

موسوعة الفقه والقضاء والتشريع

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

في

القانون المدني الجديد

المجلد التاسع

عقد الوكالة – عقد الوديعة – عقد الحراسة –
عقود الغرر (المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة)

(المواد 699 – 746)

دار محمد

9 شارع سامي البارودي – باب الخلق – القاهرة

19 شارع بيرم التونسي – زينهم – السيدة زينب

ت: 01117997998 – 23953301 – 23960443

Email- dar.mahmoud88@hotmail.com

الفصل الثالث

الوكالة

أركان الوكالة :

مادة (699)

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل.

الشرح

1- التنظيم التشريعى لعقد الوكالة :

خصص التقنين المدنى الجديد لعقد الوكالة الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الثانى كأحد العقود الواردة على العمل (المواد من 699 إلى 717). وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى الجديد تحت عنوان (نظرة عامة) التنظيم الذى وضعه المشروع لعقد الوكالة، ونكتفى بإيراد نصوص هذه المذكرة الإيضاحية فيما يلى:

"فصل المشروع عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام. فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات. وجعل عقد الوكالة فى مكانه بين العقود المسماة التى ترد على العمل، إذ الوكالة محلها عمل الوكيل. وقد روعى، بعد فصل الوكالة عن النيابة، ألا تتكرر النصوص فى الموضوعين. فاختصت النيابة بالمبادئ العامة، دون نظر إلى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون. وعرض المشروع فيها بنوع خاص إلى أثر النيابة فى العلاقة مع الغير الذى يتعاقد معه النائب. أما الوكالة، فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل، فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناحيتين، من ناحية المصدر فهى نيابة

اتفاقية مصدرها العقد، ومن ناحية الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة فى علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل. أما العلاقة بالغير فقد وردت فى الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية، مع الإحالة على مبدأ النيابة بوجه عام فى الأحكام الأخرى.

وقد راعى المشروع أن يرتب نصوص عقد الوكالة ترتيبا منطقيا لا نجده فى التقنين الحالى. فعرض فى فصول ثلاثة لإنشاء عقد الوكالة، وما يترتب عليه من أثر، وكيف ينتهى. وفى إنشاء العقد فرق المشروع بين الوكالة الخاصة والوكالة العامة. وفى الآثار عرض لالتزامات كل من الوكيل والموكل ثم لأثر الوكالة بالنسبة للغير. وبين فى النهاية الأسباب التى تنتهى بها الوكالة، فظهر منها أن الوكالة عقد غير لازم، فللموكل أن يعزل الوكيل، وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة. وإذا قورنت نصوص المشروع بنصوص التقنين الحالى، يتبين أن المشروع قد عالج عيوباً فى نصوص التقنين الحالى من وجوه، واستكمل الناقص فى هذا التقنين من وجوه أخرى.

فقد عالج العيوب من وجوه أهمها ما يأتى..... إلخ⁽¹⁾.

2- تعريف عقد الوكالة وخصائصه :

عرفت المادة 699 من التقنين المدنى الجديد عقد الوكالة بقولها:

"الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل"⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 184 وما بعدها.

(2) تعريف الوكالة شرعا:

الوكالة شرعا هى إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له معلوم قابل للنيابة شرعا.

= وتطلق الوكالة لغة على الحفظ ومنه قوله تعالى ﴿ وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾ وقوله: ﴿ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا ﴾ وتطلق لغة أيضا ويراد بها الاعتماد وتفويض

ويبين من هذا التعريف أن للوكالة عدة خصائص تخلص فيما يأتى :

1- الوكالة عقد من عقود التراضى، أى أنها تتعقد بالإيجاب والقبول.

وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا.

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة. كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل فى مهنته، كما هو الأمر فى المحامى والوكيل بالعمولة، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها⁽¹⁾.

غير أن عقد الوكالة قد يكون شكليا - كما سنرى - إذا كان التصرف القانونى محل الوكالة هو تصرف شكلى.

2- الوكالة من عقود التبرع - بحسب الأصل - وعلة ذلك أن الموكل يختار الوكيل عادة من بين أصدائه أو ذوى قرباه. فالشخص لا يعهد إلى الغير بمصالحه جزافا وعن غير خبرة، إنما يختار من بينهم من يكون محلا لثقتهم، ولا يضع الإنسان ثقته عادة إلا فى الأشخاص المتصلين به والمقربين إليه⁽²⁾.

وقد ورثت الوكالة هذا الطابع المجانى عن القانون الرومانى القديم الذى اتخذ فيه عمل الوكيل طابع الخدمة بين الأصدقاء والذى كان لا يقر مبدأ الأجر إلا بالنسبة للعمل المادى. ولكن التطور الاجتماعى والاقتصادى فى العصور الحديثة قد أضعف أهمية هذا الطابع الأصيل إذ ظهرت صور كثيرة من الوكالة المأجورة

الأمر كقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ ﴾ وقوله: ﴿ إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي

وَرَبِّكُمْ ۗ ﴾ وقوله: ﴿ وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ ۗ ﴾.

والمعنى الثانى هو المتفق مع التعريف الفقهى للوكالة.

(راجع بدائع الصنائع الجزء السادس ص 19 وما بعدها - على الخفيف فى مختصر أحكام

المعاملات الشرعية ص 115).

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 191.

(2) محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة - الطبعة الثالثة 1361هـ-1942م.

بل زادت أهمية الوكالة المأجورة بكثير من الأهمية عن الوكالة المجانية. ومع ذلك فمازال القانون ينظر إلى الوكالة على أنها فى الأصل دون مقابل، إذ تنص المادة 1/709 على أن: "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل"⁽¹⁾.

3- الوكالة عقد ملزم للجانبين، ويكون ذلك واضحا إذا اتفق على أجر للوكيل، إلا أنها تكون كذلك أيضا ولو كانت تبرعا، إذ أن الموكل يلتزم فى جميع الأحوال برد ما صرفه الوكيل فى تنفيذ الوكالة وبتعويضه عما أصابه من الضرر، وهذان التزامان ينشآن من عقد الوكالة نفسه، وليس من الضرورى أن تنشأ الالتزامات المقابلة فى العقود الملزمة للجانبين متعاصرة وقت إبرام العقد. على أنه ليس من المحتم أن تكون الوكالة ملزمة للجانبين، فقد تكون ملزمة لجانب الوكيل وحده، ولا تنشأ التزامات فى ذمة الموكل إذا كانت الوكالة بغير أجر ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يصبه ضرر يعوض عنه⁽²⁾.

4- أن محل عقد الوكالة الأصلى هو القيام بعمل قانونى لحساب الموكل، إذ نصت المادة 699 مدنى صراحة على أن الوكيل يلتزم "بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل"، وهذا ما يميز عقد الوكالة عن غيرها من العقود الواردة على العمل وخاصة عقدى المقاوله والعمل. فلا وكالة إذا كان التصرف ينصب على القيام بعمل مady لمصلحة الغير.

(1) أكثم الخولى ص 346 العقود المدنية - الصلح والهيئة والوكالة - الطبعة الأولى 1957 ص198.

(2) السنهورى الجزء السابع المجلد الأول طبعة 1989 ص 465 وما بعدها- وعكس ذلك محمد علسرفه ص 347 فىرى أن عقد الوكالة ملزم لجانب واحد، ولايفهم أن يكون العقد تبادليا إلا إذا تولدت عنه مباشرة التزامات متبادلة ومتعاصرة فى ذمة كل من طرفيه. فإذا كان لا يتولد عن العقد مباشرة إلا التزام أحد طرفيه فحسب، فإنه يكون ملزما لجانب واحد بصرف النظر عن الالتزامات التى تنشأ بسببه فيما بعد- أيضا ذات الرأى أكثم الخولى ص 99.

وذكرنا أن محل عقد الوكالة (الأصلى) هو عمل قانونى، لأن الوكيل قد يقوم بأعمال مادية تبعا للتصرف القانونى الذى وكل فيه، كما إذا وكل فى قبض الدين، فإنه يجب فى بعض الأحيان أن يسعى للمدين وأن يقوم ببعض الإجراءات المادية لقبض الدين.

وهذا المعنى لم يكن ظاهرا فى نص المادة (625/512) من التقنين الملغى، فكان يطلق فى عمل الوكيل فلا يقيد به بالعمل القانونى⁽¹⁾.

وكان ذلك الحال أيضا فى التقنين الفرنسى مما دفع بعض الأحكام الفرنسية إلى توسيع معنى الوكالة بحيث تشمل القيام بالأعمال المادية للغير كقيادة السيارات⁽²⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص185.

(2) ويلاحظ أن المادة 341 من قانون العقوبات التى تجرم اختلاس أو تبديد الأشياء التى تسلم إلى الجانى: "بصفته وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره"، لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة حسبما هو معرف فى المادة 199 مدنى بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذى يكلف بعمل مادية لمنفعة مالك الشئ أو غيره.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية- بأن:

1- "لما كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه بين واقعة الدعوى بما مفاده أن المتهم تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدنى بموجب عقد اتفاق مؤرخ فى الخامس من نوفمبر سنة 1971 لتصنيعها وتركيبها فى عمارتها إلا أنه لم يقم بتصنيعها كلها وامتنع عن رد ما تبقى منها ثم عرض الحكم لدفاع الطاعن فى شأن تكييف العقد ورد عليه بقوله "وحيث إنه لما كان لمحكمة الموضوع حق تفسير العقود على الوجه الذى تراه مفهومها منها فإن عقد الاتفاق المبرم بين المدعية والمتهم هو عقد من عقود الأمانة التى حصلتها المادة 341 ع". لما كان ذلك، وكانت المادة 341 من قانون العقوبات =

= إذ نصت على تجريم اختلاس أو تبديد الأشياء التى تسلم على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت فى نهاية عقود الأمانة حالة من "... كانت (الأشياء) سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو

استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو لغيره..." فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة - حسبما هو معرف في المادة 699 من القانون المدني - الذي بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا حالة الشخص الذي يكلف بعمل مادي لمنفعة مالك الشيء أو غيره. يؤكد ذلك أنه في النص الفرنسي للمادة 341 وضعت كلمة (عامل) بعد كلمة (وكيل) بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانوني أو بعمل مادي لمنفعة المالك أو غيره ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكتها أو غيره يكون مؤثما في حكم المادة 341 من قانون العقوبات. لما كان ذلك، وكان الطاعن لا ينازع في أنه قد تسلم الأخشاب من المدعية بالحق المدني لتصنيعها لحسابها مقابل أجر، فإن امتناعه عن رد ماتبقى منها يكون مؤثما وفق نص المادة 341 سالفه الذكر. ولا مصلحة للطاعن من تعييب الحكم فيما أخطأ فيه - في موضع منه - من تكليفه عقد الاتفاق المبرم بين الطاعن والمدعية بالحق المدني بأنه عقد وديعة طالما أن الوصف القانوني الصحيح للواقعة حسبما تقدم - تنطبق عليه المادة 341 من قانون العقوبات التي عامل الحكم الطاعن بها و أوقع عليه العقوبة المنصوص عليها فيها، ومن ثم فإن ما ينعيه الطاعن على الحكم في هذا الصدد يكون غير منتج".

(طعن رقم 1292 لسنة 46 ق جلسة 1977/5/1)

2- "حيث إن المادة 341 من قانون العقوبات إذ نصت على تجريم اختلاس أو تبديد الأشياء التي تسلم على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن وذكرت في نهاية عقود الأمانة حالة من "... كانت "الأشياء" سلمت له بصفته وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو لغيره..." فإن مفاد هذه العبارة من النص أن حكم هذه المادة لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة حسبما هو معرف في المادة 699 من القانون المدني - الذي بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل فحسب، بل يندرج تحت حكمها أيضا =

= حالة الشخص الذي يكلف بعمل مادي لمنفعة مالك الشيء أو غيره، يؤكد ذلك أنه في النص الفرنسي للمادة 341 وضعت كلمة "عامل" بعد كلمة وكيل بما يقطع أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانوني أو بعمل مادي لمنفعة المالك أو غيره، ومن ثم فإن اختلاس أو تبديد العامل للأشياء المسلمة إليه لتصنيعها أو إصلاحها لمنفعة مالكتها

والواقع أن التفرقة بين العمل القانونى والعمل المادى تدق لأن القيام بأغلب الأعمال المادية يستلزم إبرام العقود. فإذا كان الشراء والبيع والصلح أعمالاً قانونية بلا شك وكانت قيادة السيارات أوجنى المحصول أو صنع الثياب أعمالاً مادية بلا شك فإن الأمر قد لا يعرض بهذا الموضوع.

إذا عهد شخص إلى آخر ببناء منزل، فهل يعتبر بناء المنزل عملاً مادياً أم عملاً قانونياً هو إبرام العقود اللازمة للقيام بهذا العمل المادى؟ والإجابة أنه إذا كان المعهود إليه ببناء المنزل مقاولاً محترفاً لا يكون العقد وكالة لأن رب العمل لا يخول المقاول سلطة القيام بأى تصرف قانونى لحسابه والمقاول إذا تعاقد مع الغير كوسيلة لقيامه ببناء المنزل فهو يتعاقد لحسابه الخاص. أما إذا كان رب العمل قد كلف شخصاً ليس مقاولاً بالإشراف على بناء المنزل لحسابه فإن ذلك يفهم على أن هذا الشخص يكون وكيلاً عنه سواء فى التعاقد مع مقاول أو فى شراء المواد اللازمة للبناء والتعاقد مع مهندس واستئجار العمال اللازمين إذا رأى عدم اللجوء إلى مقاول. أما إذا كان المكلف بالبناء سيقوم بنفسه ببناء منزل صغير مثلاً فلا شك فى انعدام الوكالة. فالعبرة فى وصف العمل بأنه مادى أو قانونى هى فى الواقع بإرادة الطرفين⁽¹⁾.

أو غيره يكون مؤثماً فى حكم المادة 341 من قانون العقوبات، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بتبرئة المطعون ضده من تهمة تبيد الأخشاب التى سلمت إليه لتصنيعها لمنفعة مالكها - الطاعن - ورفض الدعوى المدنية قبله استناداً إلى أن العقد الذى تسلم بموجبه تلك الأخشاب لا يعد من عقود الأمانة الواردة فى المادة 341 من قانون العقوبات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، خطأً حجباً عن بحث موضوع الدعوى وتقدير أدلتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه - فيما قضى به فى الدعوى المدنية - والإحالة".

(طعن رقم 681 لسنة 50 ق جلسة 1980/10/5)

(1) أكثم الخولى ص 192 وما بعدها.

5- أن محل عقد الوكالة الأصيل هو القيام بعمل قانوني لحساب الموكل وقد نصت المادة 699 مدنى صراحة على ذلك بقولها: "الوكالة.... بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

فمن أهم مميزات الوكالة والذي يفرق بينها وبين كثير من العقود الأخرى التي تشبهها، أن الوكيل ينوب عن الموكل، فهو يعمل ويتكلم باسمه، بحيث أنه عند تمام العقد تكون الحال كما لو كان الموكل تعامل بنفسه، فيصير الموكل دائما أو مدينا بناء على عمل الوكيل، الذى لا يلتزم شخصا قبل من تعامل معهم من الغير، ولا يلتزمون هم أيضا قبله، بل إن العمل الذى يعمل به الموكل⁽¹⁾.

وليس معنى ذلك أن العمل القانوني يقوم به الوكيل حتما باسم الموكل وإن كان هذا هو الغالب بل يصح أن يقوم به باسمه الشخصى كما يقع فى الاسم المستعار وفى الوكالة بالعمولة. ولكن يجب دائما أن يعمل الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الشخصى. فيقدم عند انتهاء الوكالة حسابا للموكل عما قام به من الأعمال لتنفيذ الوكالة فالوكالة تكون تارة مقترنة بالنيابة وتكون الوكالة غير نيابية عندما يعمل الوكيل باسمه الشخصى، وسواء عمل الوكيل باسم الموكل فى الوكالة النيابة أو عمل باسمه الشخصى فى الوكالة غير النيابة فهو فى الحالتين يعمل لحساب الموكل⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويجب أن يعمل الوكيل دائما لحساب الموكل. والأصل أنه يعمل أيضا باسم الموكل، إلا إذا أبيع له أن يعمل باسمه الشخصى فيكون فى هذه الحالة "اسما مستعارا" وهو فى الحالتين وكيل"⁽³⁾.

(2) محمد كامل مرسى ص 462.

(3) السنهورى ص 466 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 191.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الفضالة - على ما تقضى به المادة 188 من القانون المدني - تقتضى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك، وإذ كانت الشركة حين عهدت للطاعن بإقامة المبانى على الأرض إنما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فإن أحكام الفضالة تكون غير منطبقة، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل".

(طعن رقم 283 لسنة 35 ق جلسة 19/6/1969)

وكانت المادة 625/512 من التقنين الملغى تشترط أن يعمل الوكيل (باسم الموكل).

6- تتميز الوكالة بتغليب الاعتبار الشخصى، فالموكل أدخل فى اعتباره شخصية الوكيل، وكذلك الوكيل أدخل فى اعتباره شخصية الموكل. ويترتب على هذه الخاصية أن الوكالة تنتهى بموت الوكيل كما تنتهى بموت الموكل.

7- الوكالة عقد غير لازم. بمعنى أنه يمكن إنهاؤه بإرادة أحد الطرفين فقط. ففى وسع الموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء، فينهى بذلك ما بينهما من روابط قانونية. كما يستطيع الوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى تراءى ذلك كما سنرى⁽¹⁾.

وتستقل محكمة الموضوع بالتعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصده وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

(2) محمد على عرفه شرح القانون المدني الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان التعرف على ما عناه المتعاقدان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكيف القانونى لما قصدها وإنزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض... لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة باعت إحدى وحدات العقار المملوك لها إلى المطعون عليها واتفقا فى العقد على التزام الأخيرة بسداد نصيبها فى مصروفاته إلى البائعة موزعا على أقساط شهرية على أن يتم تسوية الحساب بينهما فى نهاية العام من واقع المصروفات الفعلية، مما مؤداه - وعلى ما أفصحت عنه إرادة المتعاقدين ومقصودهما - إنابة المشترية للطاعنة فى الوفاء بنصيبها فى المصروفات التى تستلزمها إدارة العقار باعتبارهما مالكين على الشيوخ كل بقدر نصيبها فيها على أن توفيه لها موزعا على أقساط شهرية حتى يتم تسوية الحساب بينهما من واقع المصروفات الفعلية التى أدتها الطاعنة، وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا التكيف الصحيح للعلاقة بين المتخاصمين، ولم يعتد بإنابة المطعون عليها للطاعنة فى الوفاء بنصيبها فى مصروفات العقار، ورتب على ذلك اعتبار التزام المطعون عليها بأداء نصيبها فى هذه المصروفات للطاعنة بمثابة حق دورى متجدد يسرى عليه التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة 375 من القانون المدنى فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 1012 لسنة 54 ق جلسة 1992/5/24)

3- تمييز عقد الوكالة عما يشته به من عقود :

(1) الوكالة والبيع :

يتشابه البيع بالوكالة فى حالة الشراء باسم مستعار، والمشتري فى هذه الحالة

يشتري باسمه ما وكل في شرائه وتنتقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى من وكله في الشراء، والشراء باسم مستعار هو صورة من صور الوكالة، لأن من يعير اسمه ليس إلا وكيلًا عن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونًا أن يستأثر لنفسه بشيء وكل فيه ويجب أن يحصل عليه لحساب موكله، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة⁽¹⁾.

وتختلط الوكالة بالبيع في حالة الشراء مع الاحتفاظ بحق اختيار الغير، ويحدث ذلك في حالة انعقاد بيع بين البائع والمشتري ويتضمن عقد البيع صراحة أن المشتري يحتفظ بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرًا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنه وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جارٍ على إطلاقه، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تافراً، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين في ملكية المشتري

(1) الأستاذ محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه الجزء الثاني المجلد الأول ص 92 وما بعدها - المستشار السيد خلف في ضوء الفقه وأحكام النقض الطبعة الثانية 2000 ص 125.

(2) المستشار السيد خلف ص 120.

الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما، ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة".

(طعن رقم 101 لسنة 17 ق جلسة 1950/3/9)⁽¹⁾

2- "إذا كان محصل دفاع الطاعنة أن "والدها إنما كان يشتري لحساب والدتها وهو ما أفصح عنه بموجب الإقرار اللاحق، ولذلك فقد انصرفت آثار العقد من البائعة إلى والدتها مباشرة. فإن التكييف القانوني لهذا الدفاع هو أن العقد لم يكن بيعا نهائيا لوالدها، بل يخوله حق اختيار الغير، ولما كان يشترط لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد، حتى إذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه، اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثار العقد دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر. وإذا كان الثابت في الدعوى أن عقد البيع قد خلا من هذا الشرط فإن والد الطاعنة يكون هو المشتري الحقيقي".

(طعن رقم 236 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/28)

3- "البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لإعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بأن يحتفظ المشتري عند إبرام العقد. بحقه في

(1) منشور بمؤلف المستشار السيد خلف ص 127 وما بعدها.

التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادرا من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر".

(طعن رقم 110 لسنة 47 ق جلسة 1981/4/15)

وهناك أيضا بعض أوجه الشبه بين البيع والوكالة تجد حلها في كثير منها في الرجوع إلى العرف والاستناد إلى قرائن واقعية تستمد غالبا من حرفة القائم بالتصرف.

ففقود الشراء أو البيع التي يجريها الوكيل بالعمولة يفترض أنها لحساب الغير لا لحساب الوكيل بالعمولة. وبالعكس يفترض أن التصرف يبيع لا وكالة إذا كان الشخص الذي يظهر كوكيل يبيع الأشياء التي يتسلمها الطرف الآخر يلتزم بدفع مبلغ محدد سلفا إلى الموكل مهما كان الثمن الذي سيبيع به.

والعقد الذي بمقتضاه يتسلم تاجر من آخر بضاعة لعرضها للبيع مشروطا رد ما يتخلف عن البيع ودفع ثمن ما يبيع منها يعتبر من قبيل الوكالة، ولو وصفه المتعاقدان بأنه بيع معلق على شرط فاسخ ذلك لأن مهمة التاجر الأول قاصرة على مجرد الوساطة كما يتضح من شروط العقد فليست الغاية من مثل هذا الاتفاق نقل ملكية البضائع إليه بل مجرد تكليفه بالبيع لحساب التاجر الثاني⁽¹⁾. وكذلك يعتبر البنك الذي يتلقى الأسهم والسندات من شركة لبيعها لعملائه وكيلا إلا إذ ثبت العكس من عبارات العقد أو من ظروف خاصة⁽²⁾.

(2) الوكالة والشركة :

يثور الشك في بعض التصرفات بأنها وكالة أو شركة، ومثال ذلك ما يأتي:

(1) محمد على عرفه ص 438.

(1) أكثم الخولى ص 190.

1- أن يشتري شخص سلعة ويودعها عند آخر، ويتفقان على أنه عند بيعها يقسم الربح فيما بينهما، فهذا العقد لا يعتبر شركة، بل هو اتفاق على وكالة بالعمولة لأن من أهم خصائص الشركات أن يتوفر فيها قصد المشاركة في الربح والخسارة من أعمال متكررة لا عمل واحد أو عدة أعمال تأتي بها المصادفات والظروف⁽¹⁾.

2- شراء شخصين لسيارة أودعها عند ثالث، على أن يقسم الربح العائد من بيعها عليهم جميعا وعلى أن يتحمل الثالث الخسارة وحده إذا وقعت. فإن العقد يعتبر وكالة.

3- أن يعهد شخص بإدارة بعض أمواله إلى شخص آخر نظير حصول هذا الأخير على جزء من ثمار هذا المال.

والمناطق في تكييف هذا العقد، هو البحث عن قيام نية الاشتراك بما تفترضه من مساواة بين الشركاء في المساهمة في الإدارة وإبداء الرأي، وهو ما يتعارض مع خضوع الوكيل لتعليمات الموكل. وتطبيقا لذلك حكم بأن العقد يعتبر وكالة لا شركة إذا كان بنك قد التزم بالإشراف على إصلاح ملحج مملوك لأحد عملائه على أن يستغله البنك - باسم مالكة وتحت مسؤوليته- لمدة معينة يحصل منها على جزء معين من الأرباح وعلى أن يقدم العميل صاحب الملحج رهنا رسميا لوفاء دينه للبنك⁽²⁾.

(3) الوكالة والوديعة :

يغلب أن يقع في يد الوكيل مال للموكل، كما إذا قبض ديننا له أو قبض ثمن الشيء الموكل في بيعه. كذلك قد يقع في يد الوكيل أشياء مملوكة للموكل كمستندات يحتاج إليها في تنفيذ وكالته، أو مجوهرات وكل في بيعها، أو كمبيالة

(2) محمد على عرفه ص 348 وما بعدها.

(3) استئناف مختلط 28 مايو 1930.

وكل فى قبضها. فى جميع هذه الأحوال لا تكون هناك وديعة مقترنة بالوكالة، لأن ما فى يد الوكيل لم يتسلمه لحفظه كما هو الأمر فى الوديعة، بل تسلمه لتنفيذ الوكالة ومع ذلك فقد تقترن الوديعة بالوكالة، كما إذا أودع شخص مالا عند آخر لحفظه ووكله فى الوقت ذاته بأن يدفع هذا المال بعد مدة معينة لدائن له يستوفى منه حقه. والحراسة ليست إلا وديعة مقترنة بتوكيل الحارس فى إدارة المال الموضوع تحت الحراسة⁽¹⁾.

(4) الوكالة والإيجار:

تختلف الوكالة عن عقد الإيجار، فإن محل عقد الوكالة عمل قانونى، أما محل عقد الإيجار فيرد على منفعة الشئ المؤجر وليس على عمل الإنسان. والوكيل عادة يعمل باسم الموكل ويمثله، أما المستأجر فى الإجارة فلا ينوب عن المؤجر بل يعمل لحسابه وتحت مسؤوليته.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مما يميز عقد الوكالة عن عقد الإيجار أن الوكيل يعمل لحساب الموكل ويمثله فى حين أن المستأجر لا يمثل المؤجر ولا يعمل لحسابه".

(طعن رقم 192 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/30)

غير أنه قد يقع لبس بين الوكالة والإيجار فيما إذا اتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له جملة واحدة أعيانا يملكها الأول، على أن يؤجرها المستأجر من باطنه واحدة واحدة، ويتقاسم الأجرة مع المؤجر بنسبة معينة، أو يأخذ لنفسه مبلغا يخضمه من الأجرة.

والمعيار فى تكييف هذا العقد وهل هو إيجار أم وكالة، هو شرط استحقاق صاحب الأعيان مقابل المنفعة، فإذا كان صاحب الأعيان يستحق من المتعاقد

(1) السنهورى ص 386 وما بعدها.

معه أجرة عنها فى جميع الأحوال، أى سواء أجزت للغير أم لا، كنا بصدد إيجار، أما إذا علق شرط استحقاق المقابل على التأجير للغير، كنا بصدد وكالة. ومن القرائن التى تدل أيضا على أن العقد وكالة وليس إيجارا، اشتراط موافقة صاحب الأعيان على قدر الأجرة التى يدفعها الغير، إذ الأصل أن للمستأجر أن يؤجر العين من الباطن بالأجرة التى يريدتها⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن:

الاتفاق الموصوف بأنه عقد إيجار دون أجرة محددة، والذى يخول المستأجر أن يؤجر من الباطن بشرط أن يوافق المؤجر على الأجرة التى يدفعها المستأجرون من الباطن وبشرط أن يتقاسم هذه الأجرة كل من المؤجر والمستأجر الأصلي، لا يكون إلا عقد وكالة عامة بالإدارة مستترة تحت اسم عقد إيجار وينتهى هذا العقد بموت المستأجر الأصلي الظاهر لأنه لم يقع عليه الاختيار للإدارة إلا نظرا لما توافر عليه من صفات الاجتهاد والكفاية الشخصية. (استئناف مختلط 6 يونية سنة 1906).

كما قضت بأن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على إيجار العقار دون أجرة محددة، وبغرض الإيجار من الباطن مع تقاسم طرفى العقد للأجرة وبعد موافقة المالك على هذه الأجرة، إنما هو فى الواقع عقد وكالة أكثر منه عقد إيجار، وعلى ذلك يفسخ بموت الموكل (استئناف مختلط 3 أبريل سنة 1907).

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الخامس (عقد الإيجار فى التقنين المدنى) ص 37 وما بعدها - محمد كامل مرسى فى العقود المسماة - الجزء الخامس عقد الإيجار 1372-1953 ص 26 - الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي عقد الإيجار الجزء الأول دار الكتاب العربى بمصر ص 34 - وقارن السنهورى ص 478 ومرقس فى عقد الإيجار الطبعة الرابعة 1985 ص 35 وما بعدها إذ يذهبان إلى أن العقد وكالة مأجورة دون أعمال التفرقة المبينة بالمتن.

والعقد الذى بمقتضاه يمنح شخص آخر الانتفاع الوقتى بعقار على أن يخصم من إيراده مبلغا معيناً سنوياً لنفسه ويرد الباقي إلى المالك يعد عقد وكالة (ليون 11 ديسمبر 1868).

وعلى عكس ذلك اتفاق جريدة مع شركة على نشر إعلاناتها مقابل مبلغ لمدة معينة اعتبر إجارة لا وكالة (السين 1893/12/30 - لوا 1894/2/8)⁽¹⁾

(5) الوكالة والعمل :

عرفت المادة 674 مدنى عقد العمل بأنه هو الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

إذا كان المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه هو رب الأسرة وكان استجاره السكن ليقيم فيه مع أفراد أسرته قياماً منه بواجبات أدبية تجاههم وهى واجبات ذات طابع خاص وقابلة للتغيير والتبديل، لا يعنى اعتبار هؤلاء الأفراد مستأجرين أصليين مثله، إذ لا توجد فى هذه الصورة نيابة حقيقية، فإن الأمر يختلف إذا أثبت قيام هذه النيابة بين المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار باسمه وبين آخرين، حتى لو كانت النيابة مستترة على المؤجر وكانت لا تلزم هذا الأخير، إذ أن الوكالة المستترة ترتب فى العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة للسافرة، ولا يكون الوضع فى هذه الحالة مجرد واجبات أدبية على عاتق الوكيل بل التزامات قانونية منشؤها عقد الوكالة. لما كان ذلك وكان المؤجر غير مختصم فى الدعوى، وكانت الورقة العرفية المؤرخة.. والمنسوب صدورهما إلى.. الذى أبرم عقد الإيجار باسمه تتضمن إقراره بأن جميع منقولات شقة النزاع ملك له ولأخويه.... "الطاعن الأول" حيث قاموا بتأنيثها بالتعاون سوياً منذ أكثر من عشر سنوات وإن عقد الإيجار كتب باسمه باعتباره الأخ الأكبر، فإن ذلك يعنى أنه إنما كان نائباً عن أخويه المذكورين فى استتجار الشقة وأنها يعتبران مستأجرين أصليين لها وإن هذا الإقرار يرتب التزامات قانونية وليس مجرد واجب أدبى. و إذ كانت الورقة التى يتضمنها هذا الإقرار مذيلة بتوقيع منسوب إلى..... وكانت زوجته المطعون ضدها خلفاً عاماً له فإنها تكون حجة عليها بما دون فيها".

المتعاقد الآخر".

وواضح من تعريف المادة لعقد العمل أن هناك عنصرين أساسيين يجب توافرها في عقد العمل، هما عنصر التبعية أى تبعية العامل لرب العمل، وعنصر الأجر. ولما كان الأجر يدخل كعنصر في بعض العقود الأخرى، فإن عنصر التبعية يكون هو في الواقع ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود الأخرى ومنها الوكالة.

والرأى الراجح في الفقه والمستقر عليه قضاء، أن معيار التمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة هو توافر عنصر التبعية فإذا كان المتعاقد معه خاضعا لإشراف ورقابة رب العمل كان العقد عقد عمل، بصرف النظر عن طبيعة العمل قانونيا أو ماديا، أما إذا كان العقد محله عمل قانوني مأجور وكان المكلف به يقوم بأدائه مستقلا دون الخضوع لرقابة وإشراف من يتم العمل لحسابه كان العقد وكالة⁽¹⁾.

(1) حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية 1969 ص 65 وما بعدها - المستشار أحمد شوقي المليجي الوسيط في التشريعات الاجتماعية الكتاب الأول في قانون العمل طبعة مجلة القضاة ص 69 - محمد على عمران الوسيط في شرح قانون العمل الجديد 1983/ 1984 ص 18 وما بعدها- الدكتور عبد الودود يحيى شرح قانون العمل ص 139- الدكتور حلمى مراد قانون العمل والتأمينات الاجتماعية الطبعة الخامسة 1965 ص 242- المستشار أنور العمروسى قضاء العمال الطبعة الثانية 1981/ 1982 ص325.

وقد ظهرت في الفقه آراء أخرى- مرجوحة- للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة، ومن هذه الآراء ما قيل في ظل القانون الرومانى من أن التفرقة تقوم على أساس أن الوكالة تبرعية بينما العمل مأجور، وقد كان لهذا رأى ما يبرره وقتئذ، أما وقد أصبحت =
الوكالة في العصر الحديث أيضا مأجورة فقد أضحي هذا المعيار غير صالح للتفرقة بين =
العقدين.

وذهب رأى ثان إلى التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس طبيعة العمل نفسه، فإذا كان العمل تصرفا قانونيا فإن العقد يكون عقد وكالة إذ أن الوكالة لا تتصور إلا

ويكفى لتوافر هذه التبعية، توافر التبعية التنظيمية أو الإدارية، التي تتحقق بخضوع العامل لصاحب العمل في شأن الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل، كتحديد أوقاته ومكانه، وتقسيم العمل على العمال إذا تعددوا والتفتيش عليهم للتأكد من مراعاتهم للتعليمات الصادرة إليهم، وتوقيع الجزاء على المخالف منهم.

ولا يشترط توافر التبعية الفنية التي تتحقق لصاحب العمل بالدراسة الفنية الخاصة بالعمل الذي يؤديه.

ولا يعترض على هذا بأن الوكالة تتضمن علاقة تبعية بين الوكيل والموكل لأنها تفترض خضوع الأول للأوامر والتوجيهات التي تصدر له من الثاني، ذلك أن الوكيل رغم خضوعه لهذه الأوامر والتوجيهات، يحتفظ بحريته واستقلاله في قيامه بالمهمة

بالنسبة للأعمال القانونية، أما إذا كان العمل المطلوب عملاً مادياً فإن العقد لا يكون عقد وكالة ولكنه يكون عقد عمل (الدكتور محمود جمال الدين زكي عقد العمل في القانون المصري الطبعة الثانية 1982 ص 532 وما بعدها) - إلا أن هذا المعيار غير دقيق، إذ يغلب في الواقع قيام بعض العمال بتصرفات قانونية لحساب رب العمل دون أن ينقلبوا إلى وكلاء لكونهم يقومون بتصرفات قانونية كالخادم الذي يقوم يومياً بشراء لوازم الأسرة، كما أن الوكالة وإن كانت لا تكون إلا في الأعمال القانونية، فإن عقد العمل لا يشترط أبداً فيه أن يكون العمل الذي يكلف العامل به عملاً مادياً، لأن محل عقد العمل يصح أن يكون عملاً قانونياً أو مادياً (محمد عمران الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد 1983/1984 ص 62 - حسن كيره أصول قانون العمل الجزء الأول الطبعة الثانية 1969 ص 148 وما بعدها).

وذهب رأى ثالث إلى إقامة التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة على أساس شكل الأجر، تأسيساً على أن الأجر ثابت في عقد العمل ومتقلب في عقد الوكالة. وهذا المعيار غير منضبط فكثيراً ما يحصل العامل على أجره في صورة نسبة مئوية معينة فيكون أجره متغيراً ومتفاوتاً تبعاً للظروف، والوكيل قد يحصل على أجر أو أتعاب محددة أو ثابتة (حسن كيره ص 147).

الموكل إليه أداؤها. فالموكل لا يصدر إلا توجيهات عامة بخصوص هذه المهمة وهذا على خلاف ما هو مقرر في عقد العمل إذ يخضع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل لا من حيث الإشراف العام فقط، وإنما من حيث التنفيذ كتحديد طريقة العمل وزمانه ومكانه، بل إن العامل يتعرض لجزاءات تأديبية توقع عليه من صاحب العمل إذا أخل بأداء العمل على الوجه المطلوب⁽¹⁾.

وأظهر الصور التي يعتبر العقد فيها عقد عمل لا عقد وكالة - رغم تعلقه بتصرف قانوني - صورة محصلى الشركات وخاصة شركات المياه والغاز والكهرباء والنقل العام، وصورة الباعة في المنشآت والمحال التجارية، فيعتبرون عمالا لدى هذه الشركات والمنشآت لا وكلاء عنها رغم قيامهم بتصرفات قانونية لحسابها، إذ أن تبعيتهم لها تبعية كاملة أو كبيرة مما يتنافى مع وصف الوكيل ومركزه⁽²⁾.

وعنصر التبعية هذا يتخذ معيارا أيضا في إعطاء التكييف القانوني بالنسبة إلى بعض الطوائف الخاصة من العمال، ومثل ذلك طائفة الوسطاء وهم الذين يتدخلون لعقد بعض الصفقات لحساب صاحب العمل، ولهذا نصت المادة 676 مدنى بقولها "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء، ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة أو كانوا يعملون لحساب جملة من أرباب الأعمال، مادام هؤلاء الأشخاص تابعين لأرباب الأعمال وخاضعين لرقابتهم".

(1) عبد الودود يحيى ص 139 - حسن كيره - راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون العمل الجديد - المجلد الأول ص 804.

(2) حسن كيره ص 150 وما بعدها - وقارن حلمى مراد ص 242، محمود جمال الدين زكى 529 فيريان أن هؤلاء لا يقومون بغير أعمال مادية، وإن كانت فى ظاهر الوضع تصرفات قانونية إذ ليس لهم فى إبرام التصرف أو فى وفاء الالتزامات الناشئة عنه إلا مساهمة مادية. وإذا كان عملهم على هذا النحو يلزم صاحب العمل فليس بمقتضى نظرية الوكالة بل لأن التصرف قد أبرم مع المحل التجارى الذى يعتبر العامل أحد عناصره.

وقد قضت محكمة النقض بشأن التفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة بما يأتي:

1- "المناطق في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته، وهو ما نصت عليه المادة 674 من التقنين المدني بقولها "عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية... إلخ".

(طعن رقم 540 لسنة 35 ق جلسة 1972/2/2)

2- "المناطق في تكييف عقد العمل وتمييزه عن عقد الوكالة وغيره من العقود - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توافر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته وهو ما نصت عليه المادة 674 من القانون المدني بقولها... وما تقضى به المادة 42 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 91 لسنة 1959... وأنه يكفي لتحقيق هذه التبعية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية... وكان الحكم المطعون فيه قضى بأن علاقة الطرفين هي علاقة وكالة وليس علاقة عمل واطرح مستندات الطاعن تأسيساً على عدم صدور قرار بتعيينه في وظيفة ذات فئة مالية محددة، وهو ما لا يكفي بذاته سندا لإسباغ صفة الوكيل على الطاعن ولا يصلح لبيان سبب مخالفة الحكم الابتدائي في قضائه وليس من شأنه أن ينفي علاقة العمل التي يدعيها الطاعن ومن ثم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ومشوباً بالقصور والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم 893 لسنة 45 ق جلسة 1982/2/21 - غير منشور)

كما قضت محكمة النقض بأن مدير شركة التوصية بالأسهم وكيل عنها

وليس عاملا لديها.

إذ قضت بتاريخ 1976/6/1 فى الطعن رقم 48 لسنة 40 ق بأن :

"أفرد القانون رقم 26 لسنة 1954 بشأن الشركات، الباب الأول منه لشركات المساهمة ويضم المواد من 1 إلى 54 وأفرد الفصل الأول من الباب الثانى لشركات التوصية بالأسهم ويشمل المواد من 55 إلى 62 إذ اكتفى فى شأنها بالإحالة فى أغلب الأحوال إلى الأحكام العامة لشركات المساهمة فنصت المادة 55 منه على أنه "فيما عدا أحكام المواد 2 وما بعدها من الفصل الأول من الباب الأول و 11 والفقرة الثانية من المادة 21 و 27 و 28 و 31 و 33 والفقرة الثانية من المادة 24 تسرى على شركات التوصية بالأسهم سائر أحكام هذا القانون مع مراعاة القواعد المنصوص عليها فى هذا الفصل "مما مقتضاه أن المشرع أجرى على شركات التوصية بالأسهم أحكام شركات المساهمة إلا ما استثنى بنص خاص وعلى سبيل الحصر مما تقتضيه طبيعة شركات التوصية بالأسهم، وعلى ذلك يخضع مدير شركة التوصية بالأسهم لذات الأحكام الخاصة بعضو مجلس إدارة شركة المساهمة عدا ما استثنى صراحة فى المادة 55 السالف ذكرها ومن ثم يسرى فى شأنه نص المادة 29 من هذا القانون، ولما كانت المادة 29 من القانون المذكور معدلة بالقانون رقم 114 لسنة 1958 تنص على أنه "لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضوية مجالس إدارة أكثر من شركتين من شركات المساهمة التى يسرى عليها هذا القانون، وتبطل عضوية من يخالف هذا الحكم فى المجالس التى تزيد على النصاب المقرر وفقا لحدثة تعيينه فيها "وكان القرار الجمهورى بالقانون رقم 137 لسنة 1961 المعمول به اعتبارا من 1961/8/12 ينص فى المادة الثالثة منه على أنه "لا يجوز لأحد بصفته الشخصية أو بصفته نائبا عن الغير أن يجمع بين عضوية مجلس إدارة أكثر من شركة واحدة من الشركات المساهمة" وفى المادة الرابعة على أنه "يلغى

كل حكم يخالف أحكام هذا القرار بقانون". فإن المادة الثالثة المذكورة تعتبر ناسخة للمادة 29 المشار إليها وتسرى طبقاً لما تقدم على مدير شركة التوصية بالأسهم، فلا يجوز أن يكون في نفس الوقت عضواً بمجلس إدارة شركة مساهمة وذلك حتى تتاح للعضو فرصة إحكام عمله في الشركة وإفصاح مجال العمل للأكفاء القادرين، لا يغير من هذا النظر أنه ورد بعنوان القرار بقانون رقم 137 لسنة 1961 أنه خاص بتشكيل مجالس إدارة شركات المساهمة، إذ لا يجوز التحدى بعنوانات القوانين بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها. ولما كانت المادة 3/110 من القانون رقم 26 لسنة 1954 تنص على أنه "تبطل عضوية من يخالف الأحكام المتقدم ذكرها في المجالس التي تزيد على النصاب المقرر وفقاً لحدثة تعيينه فيها ويلزم بأن يؤدي ما يكون قد قبضه في مقابل العضوية الباطلة لخزانة الدولة" وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر بأنه يجوز أن يجمع المطعون عليه بين مدير إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة وبعدم بطلان عضويته في الشركة الأخيرة وقضى برفض الدعوى المرفوعة بإلزامه برد ما قبضه مقابل هذه العضوية الباطلة، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(ب) - "لما كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه - بجواز جمع المطعون عليه بين إدارة شركة التوصية بالأسهم وعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة - إلى أن الشركة المساهمة أذنت له بأن يقوم إلى جانب عمله بها بتصفية التزاماته لشركة التوصية بالأسهم ووافقت المؤسسة التي تتبعها الشركة الأولى على هذا القرار، وذلك عملاً بما نصت عليه المادة 30 من القانون رقم 26 لسنة 1954 بعد تعديلها بالقانون رقم 114 لسنة 1958 من أنه لا يجوز لعضو مجلس إدارة شركة المساهمة أن يقوم بصفة دائمة بأى عمل فنى أو إدارى بأية صورة كانت في شركة مساهمة أخرى إلا بترخيص من رئيس الجمهورية وقد أصبح هذا الترخيص طبقاً للمادة 29 من قانون المؤسسات العامة رقم 60 لسنة 1963 من اختصاص مجلس إدارة المؤسسة بالنسبة للشركات المساهمة التي

تشرف عليها، كما استند الحكم إلى أن لائحة نظام العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العامة الصادرة بالقرار الجمهورى رقم 3546 لسنة 1962 تجيز لرئيس مجلس إدارة الشركة فى المادة 52/ب أن يأذن للعامل أن يؤدي أعمالا بأجر أو بدون أجر فى غير أوقات العمل الرسمية، وكان لا محل لاستناد الحكم إلى ما تقدم، ذلك أن المادة 56 من القانون رقم 26 لسنة 1954 السالف ذكره إذ تنص على أن "يعهد بإدارة شركة التوصية بالأسهم إلى شريك متضامن أو أكثر ويعين عقد تأسيس الشركة ونظامها أسماء من يعهد إليهم بالإدارة و سلطاتهم فيها" وكان مفاد هذا النص هو أن مدير شركة التوصية بالأسهم ليس أجنبيا عن الشركة إنما هو أحد الشركاء المتضامنين ويجب ذكر اسمه فى عقد تأسيس الشركة ونظامها وأنه وكيل عنها وليس عاملا لديها، ومن ثم فإن الترخيص والإذن سالفى الذكر إنما ينصرفان إلى التصريح بالقيام بأعمال فنية أو إدارية لدى شركة مساهمة أخرى أو بالعمل لدى رب عمل آخر لا إلى القيام بإدارة شركة توصية بالأسهم".

كما قضت محكمة النقض بأن:

"لصاحب العمل أن يعهد إلى أحد عماله بإبرام تصرفات قانونية لحسابه إلى جانب ما يباشره من أعمال مادية أو فنية أخرى فيجمع بذلك بين صفته كأجير وصفته كوكيل متميزة كانت كل منهما عن الأخرى أو مختلفة وهو ما يتعين استظهاره والتحقق منه لإمكان تكييف العلاقة القانونية بين الطرفين. وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه كيف العلاقة بين طرفى الخصومة على أنها وكالة لا عقد عمل استنادا إلى توكيلات عامة صرح فيها الموكل (صاحب العمل) للوكيل (العامل) بحضور المزادات الرسمية وغير الرسمية والتزايد عنه فيها والشراء باسمه سواء بالنسبة للأطيان الزراعية أو العقارات أو المنقولات ودفع ثمنها وإدارة كافة أملاكه من الأطيان والعقارات وإجراء كل ما يلزم لذلك وبيع المحصولات وقبض ثمنها وغير ذلك وشراء الأطيان والعقارات والمنقولات لحسابه ودفع ثمنها حسب ما

يراه. ورتب على ذلك "استبعاد تكييف العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة عمل" بينما هي تقريرات قاصرة ليس من شأنها أن تنفى علاقة العمل التي يدعيها الطاعن ويقيم عليها دعواه فإنه يكون قاصرا في أسبابه متعينا نقضه".

(طعن رقم 3 لسنة 31 ق جلسة 1965/2/24)

(6) الوكالة والمقاوله :

عرفت المادة 646 مدنى عقد المقاوله بقولها: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". ويجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا (م 647 مدنى).

وعلى ذلك فإن الوكالة والمقاوله يتفقان في أن كلا منها عقد يرد على العمل، وأن هذا العمل يؤديه كل من المقاول والوكيل لمصلحة الغير، ولكنهما يختلفان في أن العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني في حين أنه في عقد المقاوله عمل مادي.

والعبرة في تكييف العقد بأنه وكالة أو مقاوله بما تضمنه العقد من نصوص، ويتولى قاضى الموضوع تكييف العقد، ولمحكمة النقض مراقبة هذا التكييف.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "العبرة في تكييف العقد، والتعرف على حقيقة مرماه، وتحديد حقوق الطرفين فيه هي بما حواه من نصوص، ولمحكمة النقض أن تراقب تكييف محكمة الموضوع للعقد".

(طعن رقم 143 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/9)

(ب) - "عرفت المادة 646 من القانون المدني المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

وإذا كان يبين مما تم الاتفاق عليه في العقدين - موضوع الدعويين الأصلية والفرعية - أن الطرفين قد أفرغا فيهما جميع عناصر عقد المقاوله، إذ وقع التراضى بينهما على الشئ المطلوب من المطعون عليه صنعه، وهو إقامة المبنى والأجر الذى تعهد به الطاعنان بوصفهما رب عمل، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعا لهما أو نائبا عنهما وكان ما تعهد المطعون عليه بالقيام به فى كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى. وهو محل المقاوله، فى حين أن محل الوكالة هو دائما تصرف قانونى - على ما أفصحت عنه المادة 699 من القانون المدنى - فإنه لا يصح اعتبار العقدين سالفى الذكر عقدى وكالة، ولايغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوخ، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقدين، وأن تضى على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصهما فى أن نية الطرفين قد اتجهت إلى إبرام عقدى مقاوله. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وكيف العقدين بأنهما عقدا وكالة، وأقام قضاءه فى الدعويين الأصلية والفرعية على هذا الأساس، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 143 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/9)

ومن العقود التى تلتبس فيها الوكالة بالمقاوله، العقود التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس المعمارى وقد حاول بعض الشراح أن يخرج هذه العقود باعتبارها واردة على عمل ذهنى، من نطاق عقود العمل وإحكامها فى نطاق الوكالة، بدعوى الترفع بهذه الأعمال عن أن تكون محلا للاستئجار، وتنزيه القائمين بها من الهبوط إلى مستوى المحترفين للأعمال المادية. على أن هذا الرأى لم يجد رواجاً فى الفقه ولا فى القضاء. فليس ثمة ما يدعو إلى اعتبار الوكالة أسمى من عقد العمل، لاسيما بعد أن أصبح الأصل أن يشترط الوكيل أجرا عن وكالته فصار كمن يؤجر خدماته سواء بسواء. أضف إلى ذلك أن الوكالة

تقتضى النيابة ولا مجال هنا للنيابة⁽¹⁾.

وفى الواقع أن عمل بعض أصحاب المهن الحرة كالطبيب والمهندس المعماري هو عمل مادي وإن تميز بأنه عمل ذهني، فتكون العقود المبرمة معهما مقالة.

والعقد مع المحامي يخلط بين الوكالة والمقالة وتغلب فيه الوكالة، فيعد المحامي وكيلًا⁽²⁾.

غير أنه إذا كان عمل المحامي قاصرا على إعطاء المشورة القانونية فإنه يكون عقد مقالة.

وأمين التفليسة يعتبر وكيلًا عن المفلس وعن جماعة الدائنين.

(1) محمد على عرفه ص 349 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 473 _ أكتّم الخولى ص 196 - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن التعاقد مع الطبيب أو المهندس محل عمل مادي ولا يكون وكالة إذ جرت على أن: أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملا ماديا، فالعقد لا يكون وكالة بل يكون عقد عمل. فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلا (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 191).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تعليقا على المادة 935 الخاصة بأصحاب المهن الحرة والتي حذفتم أنه: "واقع أن مركز أصحاب المهن الحرة يختلف عن غيرهم، ولا تنطبق قواعد عقد العمل عليهم إلا مع شئ من المرونة حتى تتسجم مع ظروفهم الخاصة.

وقد راعت معظم التقنينات ذلك، فأوردت بعض القواعد الخاصة بطوائف معينة من ذوى المهن الحرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 113 وما بعدها).

والنظر إلى هذه العقود كعقود عمل أصلا غير ملائم لأن عقد العمل يتميز بخضوع العامل لإشراف رب العمل وأن هذا ما يميز عقد العمل عن عقد المقالة (أكتّم الخولى ص 196 هامش 4).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن وكيل الدائنين وإن اعتبر وكيلا عن جماعة الدائنين فى إدارة أموال التقلية وتصفيها، فإنه يعتبر وكيلا أيضا عن المفلس، يحق له رفع دعاوى للمطالبة بحقوقه والطعن على الأحكام الصادرة ضده قبل شهر الإفلاس وتلقى الطعون على الأحكام الصادرة لصالحه ، مما مفاده أن هذه الأحكام تكون حجة قبله".

(طعان رقما 413، 432 لسنة 44 ق جلسة 1978/4/5)

ويعتبر وكيلا لا مقاولا أيضا، مصفى الشركة فى أثناء التصفية.

أما الخبراء والمحكمون فهم مقاولون وليس وكلاء.

وأمين النقل مقاول فى الأصل لا وكيل، ولكن قد يعهد إليه بتصرفات قانونية

كالتأمين على البضاعة وإيداعها فى مخزن وقبض ثمنها فى هذه التصرفات يعتبر وكيلا لا مقاولا⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 472.

(أركان الوكالة)

4 - تعداد :

الوكالة عقد كسائر العقود، فيجب أن تتوافر فيها الأركان الواجب توافرها فى جميع العقود، وهى الرضا والمحل والسبب. ونعرض لهذه الأركان بالتفصيل فيما يأتى.

(الرضاء فى عقد الوكالة)

5- توافق الإيجاب والقبول :

الوكالة عقد رضائى لا يختص بأحكام استثنائية من القواعد العامة فى التراضى.

فيجب لانعقاد الوكالة توافق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة، فيتم التراضى بين الموكل والوكيل على ماهية العقد والتصرف القانونى أو التصرفات القانونية التى يقوم بها الوكيل والأجر الذى يتقاضاه إن كان هناك أجر. ويكون كل ذلك خاضعا للقواعد العامة المقررة فى نظرية العقد⁽¹⁾.

والرضاء بالوكالة يجوز أن يكون ضمنيا - كما سنرى - بل يصح ألا يصدر رضاء من الموكل أصلا ومع ذلك ينصرف إليه أثر التصرف الذى عقده الوكيل كما فى حالة الوكالة الظاهرة وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"التوكيل عقد لا يتم إلا بقبول الوكيل، فإذا لم يثبت هذا القبول من إجراء العمل الموكل فيه أو من أى دليل آخر مقبول قانونا انتقت الوكالة ولم يبق إلا مجرد إيجاب بها من الموكل ولم تقترن بقبول من الوكيل، وإذن فمتى كان المطعون عليهم قد دفعوا بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا لرفعه بعد الميعاد

(1) السنهورى ص 490 وما بعدها.

القانونى، وكان الطاعن قد تمسك بأن الشخص الذى وجه إليه إعلان الحكم المستأنف ليس وكيلًا عنه لأن الوكالة لم تتعد إطلاقًا لانعدام قبول الوكيل، وبأن مجرد صدور التوكيل منه لا يثبت قيام الوكالة إذا كانت لم تقبل من الوكيل ولم يصدر منه أى عمل يفيد هذا القبول، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلاً على اعتبار الوكالة قائمة لمجرد صدور التوكيل الرسمى من جانب الطاعن دون أن يحفل بتحقيق دفاعه، فإن هذا الحكم يكون معيباً بمخالفة القانون والقصور فى التسبب مما يبطله ويستوجب نقضه".

(طعن رقم 197 لسنة 21 ق جلسة 1954/6/24)

2- "الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته فى إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريقة النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تتصرف آثاره إليه وفى غير الأحوال التى نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساساً باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما - وهو النائب - محل الآخر - وهو الأصيل فى إجراء العمل القانونى الذى يتم لحسابه - وتقتضى - تلك النيابة الاتفاقية ممثلة فى عقد الوكالة تلاقى إرادة طرفيها - الأصيل والنائب - على عناصر الوكالة وحدودها، وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمناً بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتتصرف آثاره إليه. وتخضع العلاقة - بين الموكل والوكيل فى هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة".

(طعن رقم 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29)

ويصح أن تكون الوكالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ، أو أن تكون مضافة إلى أجل واقف أو فاسخ.

(أنظر فى التفصيل شرح المادة 700).

6- حالة يجبر فيها الوكيل على الوكالة :

ذكرنا أن عقد الوكالة من العقود الرضائية، وأن مقتضى ذلك رضاء الوكيل بالوكالة. إلا أن هناك حالة نص عليها قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) جعل الوكالة فيها جبرا على المحامى. إذ نصت المادة 64 من القانون على أن "على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون، وعليه أن يودى واجبه عن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا.

ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره".

ونصت المادة 94 على أن: "مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا للحضور عن المواطن الذى ينقرر إعفاه من الرسوم القضائية لإعساره. ويقوم المحامى المنتدب للدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه".

(المحل فى عقد الوكالة)

7- تطبيق القواعد العامة :

يجب أن تتوافر فى محل الوكالة، الشروط الواجب توافرها فى محل العقد بصفة عامة، باعتبار أن الوكالة عقد كسائر العقود. وهذا ما سنعرض له بإيجاز فى البند التالى.

8- الشروط الواجب توافرها فى محل عقد الوكالة :

(1) أن يكون التصرف ممكنا :

يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة ممكنا، فإذا كان مستحيلا كان باطلا لأنه لا التزام بمستحيل، وكانت الوكالة باطلة لبطان التصرف.

واستحالة المحل قد تكون استحالة مادية، كما إذا وكل شخص آخر فى شراء منزل، كان قد استحال فى تاريخ سابق أنقاضا بسبب غارة جوية دون أن يعلم الموكل ذلك⁽¹⁾. أو التوكيل فى تصرف تم إنجازه قبل التوكيل.

وقد تكون الاستحالة قانونية، كتوكيل المحامى فى الطعن فى حكم بطريق الاستئناف أو النقض، بعد فوات ميعاد الطعن فيه.

وقد يكون الفعل ممكنا ومع ذلك لا يجوز التوكيل فيه، لأنه يتطلب بطبيعته أن يباشره الشخص بنفسه كحلف اليمين، أو يكون من التصرفات التى تعلق صحتها بصدورها من صاحبها شخصا كالوصية المكتوبة بخط الموصى⁽²⁾، أو التوكيل فى الإمضاء لأنه لا بد أن يصدر من صاحبه.

غير أن الموكل يكون مسئولا نحو الغير حسن النية الذى يجهل أن الإمضاء ليس بخط الموكل، كما لو كان الإمضاء بخطه، مادام أن الموكل هو الذى طلب إلى الوكيل كتابة الإمضاء⁽³⁾.

(2) أن يكون التصرف معينا أو قابلا للتعين:

يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة معينا أو قابلا للتعين. فإذا وكل شخص آخر وجب عليه أن يعين التصرف الذى وكله فيه تعيينا نافيا للجهالة.

غير أننا سنرى أن المادة 2/702 مدنى تقضى بأنه فى الوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع التصرفات القانونية تصح الوكالة ولولم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص، إلا إذا كان التصرف من التبرعات. فإذا كان التصرف محل الوكالة من أعمال التصرف وكان من عقود المعاوضة فإنه يكفى

(1) محمد على عرفه 315.

(2) أكثم الخولى ص 204.

(3) السنهورى ص 535 هامش (2).

ذكر نوع التصرف محل الوكالة كالبيع أو الرهن أو الصلح أو القرض، دون أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص، بأن يوكل الشخص فى بيع منزل معين أو أرض بذاتها أو الصلح فى نزاع معين. أما إذا كان التصرف من عقود التبرع فإنه يجب ذكر نوعه ومحلّه، فإذا كان التوكيل فى هبة يجب تعيين الشئ الموهوب، كأن يوكل الشخص فى هبة منزل معين أو سيارة بذاتها.

وإذا لم يكن التصرف محل الوكالة معيناً، يجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين، مثل أن يوكل المالك ناظر زراعته فى إدارة الزراعة دون أن يعين على وجه التحديد التصرفات القانونية محل التوكيل. وفى هذه الحالة تكون هذه التصرفات قابلة للتعيين، فهكل تصرف يتعلق بإدارة الزراعة كإيجار الأرض وأعمال الحفظ والصيانة وشراء البذور والأسمدة ومبيدات الحشرات ونوعها واستئجار عمال الزراعة والآلات الزراعية وبيع المحصول واستيفاء الحقوق ووفاء الدين.

(3) أن يكون التصرف مشروعاً :

يجب أن يكون التصرف القانونى محل الوكالة مشروعاً. بمعنى ألا يكون مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب. وإلا كانت الوكالة باطلة. ومثل ذلك أن يوكل شخص آخر فى شراء مخدرات أو فى عرض رشوة أو قبضها أو ارتكاب جريمة قتل أو سرقة أو فى الاتفاق مع امرأة على معاشرة غير مشروعة أو إيجار منزل لممارسة أعمال منافية للآداب.

وكذا التوكيل فى المراهنة أو المقامرة، لأن كل اتفاق خاص برهان أو بمقامرة باطل لعدم مشروعيته (م 739 مدنى) على أن يستثنى الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية وما رخص فيه قانوناً من أوراق اليانصيب (م 470 مدنى).

وتكون صحيحة الوكالة فى قبض دين القمار، ذلك أن قبض الدين منفصلاً عن القمار مشروع فتكون الوكالة فيه مشروعة. أما إذا كانت الوكالة فى لعب القمار وفى

قبض دينه أو دفعه فالوكالة باطلة في كل ذلك، لأن الوكالة في قبض دين القمار أو دفعه تصبح في هذه الحالة تابعة للوكالة في لعب القمار وتكون باطلة تبعاً لها⁽¹⁾.

ويعتبر كذلك من قبيل التوكيل بتصرف غير مشروع أن يوكل أحد المذكورين في المادة 471⁽²⁾ من القانون المدنى الجديد غيره في شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. إذ يترتب على تحريم هذا التصرف على هؤلاء الأشخاص أن يصبح غير مشروع بالنسبة لهم، فلا يجوز توكيل غيرهم⁽³⁾.

وليس هناك ما يمنع من توكيل شخص في مباشرة عمل لا يصح له أن يباشره لحسابه. وبناء على ذلك يجوز توكيل أحد الأشخاص المذكورين في المادة 471 سالفة الذكر لشراء الحقوق المتنازع فيها المحرم عليهم شراؤها لأنفسهم. وتطبيقاً لذلك أيضاً يجوز توكيل الوكيل بالبيع في شراء الشيء لحساب شخص ثالث، مع أنه محظور عليه أن يشتري لنفسه ما هو موكل في بيعه (م 479 مدنى). وهذا مشروط بعدم التحايل على المنع فإذا ثبت أن المشتري الحقيقي هو الوكيل، وأن المشتري الظاهر إنما جرى به لدفع البطلان والتحايل على نص القانون، فالبيع باطل. كما أنه مشروط أيضاً بالحصول على ترخيص من الأصل (م 108 مدنى)⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص 538.

(2) تنص المادة 471 مدنى على أن: "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً".

(3) محمد على عرفه ص 365.

(4) محمد على عرفه 365 هامش (6) وما بعدها.

9- جزاء تخلف شروط محل الوكالة :

إذا تخلفت شروط محل الوكالة الثلاثة سالفة الذكر أو تخلف بعضها، كانت الوكالة باطلة.

ويترتب على البطلان اعتبار الوكالة كأن لم تكن، فيعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان. وإذا كان الوكيل لم يقم بتنفيذ الوكالة، فإنه لا يلتزم بتنفيذها، ولا يجوز للموكل مطالبته بذلك.

أما إذا كان قد قام بتنفيذها - وهذا يحدث فى الوكالة غير المشروعة- فإنه لا يجوز لأى من الموكل والوكيل مطالبة الآخر بآثار الوكالة، فلو وكل شخص آخر فى إدارة منزل لأغراض منافية الآداب، وحقق كسبا من وراء ذلك ما جاز للموكل مطالبته بهذا الكسب.

أما إذا كانت الوكالة مأجورة، أو كان الوكيل قد أنفق مصروفات فى تنفيذ الوكالة، فإن الموكل يلتزم بدفع الأجر والمصروفات إذا كان الوكيل حسن النية، وأقدم على قبول الوكالة وتنفيذها وهو يجهل عدم مشروعية العمل الموكل فيه، ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات علم الوكيل بأن محل الوكالة غير مشروع⁽¹⁾. غير أن الوكيل لا يستند فى مطالبته بالأجر ورد النفقات إلى عقد الوكالة، ذلك أن عقد الوكالة أصبح باطلا، ولا يزيل هذا البطلان تنفيذ الوكالة، إنما يستند إلى المسؤولية التقصيرية، ويقع على عاتق الوكيل عبء إثبات خطأ الموكل⁽²⁾.

10- التصرفات التى يصح أن تكون محلا للوكالة :

تجوز الوكالة فى أى تصرف قانونى تتوافر فيها شروط المحل الثلاثة التى ذكرناها سلفا. ويستوى أن يكون التصرف القانونى عقدا أو تصرفا من جانب واحد.

(1) السنهورى ص 544 وما بعدها - محمد على عرفه ص 366.

(2) محمد على عرفه ص 366

فيصح التوكيل فى البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى. كما يصح التوكيل فى الوصية وفى قبولها وفى قبول الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون وكذلك فى الإدلاء باعتراف وفى توجيه اليمين.

ويصح التوكيل فى الزواج والطلاق.

ولكن الوكالة لا تجوز فى بعض التصرفات التى يعتبرها القانون شخصية محضة كحلف اليمين (م 2/115 من قانون الإثبات) أو التصرفات التى تعلق صحتها بصدورها من صاحبها كالوصية المكتوبة بخط الموصى⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"ويلاحظ فى التعريف أن المادة 972 من المشروع نصت صراحة على أن الوكيل يلتزم بأن يقوم بعمل قانونى، فيصح التوكيل فى البيع والشراء والرهن والارتهان والإيجار والاستئجار وفى سائر العقود الأخرى. كما يصح التوكيل فى الوصية وقبولها وفى الاشتراط لمصلحة الغير وفى تطهير العقار المرهون وكل هذه أعمال قانونية منفردة. وكذلك يجوز التوكيل فى الإدلاء باعتراف وفى توجيه اليمين وفى الدفاع أمام القضاء، وهذه كلها إجراءات قضائية تابعة لعمل قانونى هو إبداء الطلبات أمام القضاء نيابة عن الموكل (a cte de conclure). ويلاحظ أن القيام بعمل قانونى قد يستتبع القيام بأعمال مادية ملحقة به وتابعة له. أما إذا كان العمل المعهود به قد تمخض عملا ماديا، فالعقد لا يكون وكالة فالتعاقد مع طبيب لإجراء عملية جراحية أو مع مهندس لبناء منزل لا يعتبر توكيلا"⁽²⁾.

11 - مدى سعة الوكالة:

تتحدد مدى سعة الوكالة وبيان ما إذا كان تصرف معين داخلا فى حدودها أو

(1) أكثم الخولى ص 204.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 190 وما بعدها.

خارجا عن تلك الحدود أو مدى سلطة الوكيل فى هذا التصرف، وفق إرادة الطرفين وما ينفقان عليه فى عقد الوكالة، وما يستخلصه القاضى من إرادتهما ولو لم تثبت فى عقد الوكالة - كما سنرى - وقد تتسع سلطة الوكيل فتشمل كافة التصرفات أو تضيق لتتصر فى تصرف واحد.

وقد تتسع حرية الوكيل فى تنفيذ الوكالة وقد تضيق حرته فى ذلك طبقا لما يتفق عليه.

وقد يصل الموكل فى تقييد حرية الوكيل إلى حد أن يحرمه من كل تقدير، ولا يبقى للوكيل إلا أن ينفذ تنفيذا حرفيا تعليمات الموكل، ويكون الوكيل فى هذه الحالة أقرب إلى الرسول. وذلك كموزع التذاكر على الجمهور لدخول المحال العامة أو لاستعمال وسائل النقل من سكك حديدية أو مينيوبوس.. إلخ⁽¹⁾.

وقد تكون الوكالة مقيدة بالزمان، كأن تكون مقيدة بزمان معين تنقص بانقضائه أو بأن تبدأ فى وقت معين، أو بالشخص كأن يحدد الموكل الشخص الذى يتعامل معه الوكيل أو من حيث الشكل كالتعاقد بالكتابة فقط، أو تكون معلقة على شرط⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته فى إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تتصرف آثاره إليه وفى غير الأحوال التى نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساسا باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما - وهو النائب - محل الآخر - وهو الأصيل فى إجراء العمل القانونى الذى يتم لحسابه - وتقتضى - تلك النيابة الاتفاقية ممثلة فى عقد الوكالة

(1) السنهورى ص 546 وما بعدها.

(2) جمال مرسى بدر ص 200 وما بعدها.

تتلاقى إرادة طرفيها - الأصيل والنائب - على عناصر الوكالة وحدودها، وهو ما يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمناً بما من شأنه أن يصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتتصرف آثاره إليه. وتخضع العلاقة - بين الموكل والوكيل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة".

(طعن رقم 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29)

وقد قسم القانون الوكالة في التصرفات القانونية من حيث سلطة الوكيل فيها إلى قسمين: وكالة عامة ووكالة خاصة، سنعرض لهما في شرح المادتين 701، 702.

شروط صحة عقد الوكالة

(الأهلية وعيوب الرضاء)

أولا : الأهلية فى عقد الوكالة

12- (أ) - أهلية الموكل :

لم ينص القانون على أهلية خاصة يجب توافرها فى الموكل، ومن ثم فإنها تخضع للقواعد العامة.

وعلى ذلك يجب أن تتوافر فى الموكل أهلية مباشرة التصرف موضوع الوكالة لأن آثار هذا التصرف تتصرف إليه، فإذا كان الموكل غير أهل لمباشرة هذا التصرف، كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحته. ويترتب على بطلانها بطلان التصرفات التى قام بها الوكيل مع الغير لحسابه⁽¹⁾. حتى لو كان الوكيل حسن النية، أو كان الغير الذى تعاقد معه حسن النية، ما لم يكن هناك محل لتطبيق قواعد الوكالة الظاهرة⁽²⁾.

فإذا كان محل الوكالة إبرام عقد بيع مثلا يجب أن تتوافر فى الموكل أهلية التصرف، وإذا كان محل الوكالة عملا من أعمال الإدارة يجب توافر أهلية الإدارة فيه.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (97) يجرى فى فقرته الأولى على أن: "يجب أن يكون الموكل أهلا أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه" إلا أن هذا النص حذف بلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة⁽³⁾.

(1) أكثم الخولى ص 202.

(2) السنهورى ص 524.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 189.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بشأنه :

"ولما كان العمل القانوني الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة (م158 من المشروع) وجب أن يكون الموكل أهلا وقت الوكالة أن يؤدي بنفسه العمل الذي وكل فيه. فإذا وكل في بيع وجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الواجب توافرها في البائع، وإذا وكل في إيجار وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها في المؤجر"⁽¹⁾.

وبناء عليه لا تصح وكالة الصبي غير المميز ولا المجنون. ولا تصح وكالة الصبي المميز في الأمور التي هي ضرر محض في حقه وإن أذن الولي، كالهبة. وفي الأمور التي هي نفع محض يصح توكيله، وإن لم يأذن الولي كقبول الهبة. وللصبي المميز المأذون له بالإدارة أن يوكل غيره في حدود أعمال الإدارة دون أعمال التصرف أو التبرع.

ولكن يجوز للصبي المميز الوكالة في الحقوق التي يجوز له التصرف فيها طبقا لأحكام القانون، وإذا كانت الوكالة بمقابل وجب أن تتوافر لدى الموكل أهلية التصرف. كما إذا وكل شخص آخر في إيجار قطعة أرض نظير أجر. فإذا لم يكن لدى الموكل في هذه الصورة أهلية التصرف كانت الوكالة صحيحة فيما يتعلق بوكالة الوكيل عن الموكل وقابلة للإبطال فيما يتعلق بالتزام الموكل.

وإذا لم تتوافر الأهلية للموكل جاز أن تصدر الوكالة من نائبه في الحدود التي يقرها القانون.

13 - العبرة في توافر الأهلية بوقت الوكالة ومباشرة العقد :

يذهب رأى إلى أن العبرة في تحديد أهلية الموكل بوقت عقد الوكالة لا بوقت إجراء التصرف الموكل فيه. فإذا وكل ناقص الأهلية غيره بالبيع مثلا وقعت وكالته باطلة، وبطل البيع المترتب عليها ولو كان الأصيل قد بلغ سن الرشد وقت مباشرة

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 191.

الوكيل لهذا التصرف⁽¹⁾.

ويذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل العقد فى وقت واحد، فلو أن الموكل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل لم تصح الوكالة، ولا تصح أيضا إذا كان الموكل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد⁽²⁾.

14 - (ب) - أهلية الوكيل :

الوكيل لا يتأثر بالتصرفات التى يجريها لحساب الموكل ولذلك لا يشترط فيه أن يكون أهلا لمباشرة هذه التصرفات. بناء على ذلك يجوز أن ينوب الشخص عن الغير فى مباشرة تصرف قانونى لا يجوز له أن يباشره لحسابه. فيكفى إذن أن يكون الوكيل قادرا على التمييز لأنه طرف فى العقد. فيجوز توكيل الصبى المميز فى مباشرة عمل من أعمال التصرف، كما يجوز توكيل المحجور عليه للسفه فى مثل ذلك. إنما لا يجوز توكيل الصبى غير المميز أو المجنون لأنه لا إرادة لهما، فلا ينعقد العقد بوجودهما⁽³⁾.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى - كما ذكرنا سلفا - يتضمن نصا محذوفا هو المادة 974 تنص فى فقرتها الثانية على أن: "أما الوكيل فيكفى فيه أن يكون قادرا على التمييز. لكن إذا كان ناقص الأهلية، كان مسئولا قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته، على الرغم من نقص أهليته"، إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة⁽⁴⁾.

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

(1) محمد على عرفه ص 363 - محمد كامل مرسى ص 469.

(2) السنهورى ص 524 - محيى الدين علم الدين ص 202 - جمال مرسى ص 48.

(3) محمد على عرفه ص 363 - أكثم الخولى ص 202.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 189.

".... أما الوكيل فلا ينصرف إليه أثر العقد، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانوني الذي وكل فيه. ولكنه لما كان طرفا في عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلا للبطلان إذا كان قاصرا...."⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت أهلية التصرف القانوني في محل الوكالة يجب أن تتوافر في الموكل، فإنه لا يجب توافرها في الوكيل، لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف إليه بل ينصرف إلى الموكل، فيجوز توكيل القاصر في تصرف لا أهلية له فيه، بل يكفي أن يكون الوكيل مميذا مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصي".

(طعن رقم 497 لسنة 50 ق جلسة 1981/1/17)

15- جزاء عدم توافر الأهلية في الوكيل:

وإن كان لا يلزم في الوكيل - كما ذكرنا سلفا - الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانوني الذي وكل فيه، وإنما يكفي أن يكون مميذا. إلا أنه لما كان طرفا في عقد الوكالة، فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال إذا كان قاصرا. وهذا البطلان مقرر لمصلحة الوكيل القاصر، فلا يجوز للموكل أو الغير طلب إبطال عقد الوكالة لقصر الوكيل⁽²⁾.

وإذا أبطلت الوكالة، بطلت نيابة الوكيل المستمدة من هذا العقد، فإذا كان قد قام بتنفيذ الوكالة أى بالتعاقد مع الغير، جاز للأخير التمسك بالوكالة باعتبارها وكالة ظاهرة، وفي الحدود التي يجوز فيها التمسك بهذه الوكالة.

أما إذا لم يكن قد نفذ الوكالة بالتعاقد مع الغير، فلا يجوز له التعاقد مع الغير

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 191.

(2) مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 191 وما

بعدها - السنهوري ص 527.

لانعدام صفته بعد القضاء ببطلان الوكالة، غير أنه يجوز للغير التمسك بالوكالة باعتبارها وكالة ظاهرة إذا توافرت شروطها.

أما في العلاقة بين الموكل والوكيل، فلا يستطيع الموكل الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية بعد إبطال العقد، ولا يكون له إلا الرجوع عليه إما على أساس الإثراء بلا سبب وفي هذه الحالة لا يلزم ناقص الأهلية برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م 2/142 مدنى)⁽¹⁾، أو على أساس المسؤولية التقصيرية، ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا كان في يد الوكيل مال للموكل وبدده⁽²⁾.

أما إذا لم يطلب الوكيل القاصر إبطال الوكالة وقام بتنفيذها فإنه لا يجوز للموكل أن يرجع عليه بالتعويض إذا كان قد أساء تنفيذ الوكالة، إذ أنه باختياره شخصا ناقص الأهلية يكون قد رضى مقدما بأن يتحمل سائر النتائج التي تترتب على مثل هذا الاختيار.

ولا يكون له أن يطالب ناقص الأهلية بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة، كتقديم حساب عن عمله مثلا، لأن ناقص الأهلية لا تتشغل ذمته بمثل هذا الالتزام ويستطيع أن يتمسك ببطلان الوكالة.

ومع ذلك يحق للموكل أن يطالب وكيله ناقص الأهلية برد المبالغ التي يكون قد قبضها من الغير تنفيذا لعقد الوكالة، لأن تبديد ناقص الأهلية لهذه المبالغ يعتبر جريمة ونقص الأهلية لا يجعل الشخص بمنأى من المسؤولية عن العمل الضار⁽³⁾.

16 - رأى فقهي مغاير فى أهلية الموكل والوكيل :

(1) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 191 وما بعدها - محمد

على عرفه ص 364 - السنهورى ص 527 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 528.

(3) محمد على عرفه ص 364.

يذهب الدكتور السنهوري⁽¹⁾ إلى أن ما ذكرناه سلفا عن أهلية الموكل والوكيل وهو ما أشار إليه أيضا، هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء في هذه المسألة. ولكن الأمر في حاجة إلى إمعان النظر. ويبدو أن هناك خلطا بين الوكالة من حيث أنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل، والوكالة من حيث أنها عقد يضيف على الوكيل صفة النيابة عن الموكل فيستطيع التعاقد بهذه الصفة مع الغير. فالوكالة من حيث أنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل تقتضى التفصيل الآتى: لما كان الموكل يلتزم برد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها وبالأجر إذا كانت الوكالة مأجورة، وجب أن تكون أهلية الموكل هي أهلية التصرف حتى تترتب في ذمته هذه الالتزامات. ويجب أن تتوافر فيه دائما أهلية التصرف حتى لو كانت الوكالة غير مأجورة، وذلك حتى يترتب في ذمته الالتزامان الآخران وهما رد نفقات الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه من جراء تنفيذها، ولا يعترض على ذلك بأن هذين الالتزامين لا يوجدان إذا لم تكن هناك نفقات ولا ضرر، إذ يكفى احتمال قيام هذين الالتزامين حتى تجب الأهلية اللازمة لعقدتهما وهي أهلية التصرف. وهذا من ناحية الموكل، أما من ناحية الوكيل فإنه يلتزم بتنفيذ الوكالة وبتقديم حساب عنها ويرد ما للموكل عنده، وهذه أعمال تدخل كلها في نطاق أعمال التصرف، أو فى القليل هي أعمال تدور بين النفع والضرر، فتستوجب أهلية التصرف. ويرى من ذلك أن الوكالة، من حيث أنها عقد يرتب التزامات في جانب كل من الموكل والوكيل، تستوجب أهلية التصرف فى كل منهما. فإذا كان الموكل قاصرا، جاز له أن يطلب إبطال الوكالة، فينحلل من التزاماته ولا يكون مسئولا إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير. وكذلك إذا كان الوكيل قاصرا، فإنه يجوز له أيضا إبطال الوكالة، ولا يكون مسئولا قبل الموكل إلا بموجب قاعدة الإثراء على حساب الغير. غير أنه إذا كان أحد المتعاقدين قاصرا ولم يطلب إبطال الوكالة، فإنها تبقى قائمة منتجة لآثارها، بل وتضيف على الوكيل صفة النيابة عن

(1) ص 528 هامش (1) وما بعدها.

الموكل إذا توافرت في المتعاقدين أهلية الوكالة من حيث أنها عقد يضىف على الوكيل صفة النيابة.

والأهلية في الوكالة، من حيث أنها عقد يضىف على الوكيل صفة النيابة، تختلف عن الأهلية التي سبق بيانها، فالموكل يجب أن يكون أهلا للتصرف القانوني محل الوكالة، أما الوكيل فلا تشترط فيه هذه الأهلية لأن هذا التصرف لا ينصرف أثره إليه. ويكفى أن يكون مميزا. فإذا وكل قاصر شخصا بلغ سن الرشد في إيجار منزله، كانت الوكالة من حيث أنها عقد يترتب التزاماته في ذمة الموكل نحو الوكيل قابلة للإبطال لأن الموكل قاصر، ولكن الوكالة في الوقت ذاته تنتج أثرها من حيث أنها تضىف صفة النيابة على الوكيل، فلو أن الموكل لم يطلب إبطال الوكالة وأجر الوكيل المنزل، كان الإيجار صحيحا. وإذا وكل قاصر وكيلا بلغ سن الرشد في بيع منزله، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الموكل بالوكيل، وكان البيع الذي عقده الوكيل هو أيضا قابلا للإبطال في علاقة الموكل بالمشتري. وإذا وكل شخص بلغ سن الرشد قاصرا في بيع منزله، كانت الوكالة قابلة للإبطال في علاقة الوكيل بالموكل، ولكنها تنتج أثرها من حيث إضفاء صفة النيابة على الوكيل. فإذا لم يطلب الوكيل إبطال الوكالة وعقد البيع مع مشتر، كان البيع صحيحا في علاقة الموكل بالمشتري⁽¹⁾.

(1) وقد اتفق معه في هذا الرأي تقريبا الدكتور أكرم الخولي (ص 202 وما بعدها)، غير أنه يختلف معه في أنه يرى تأصيل هذا الرأي عن طريق القول بوجود عقدين متميزين: عقد وكالة ينظم الروابط بين الموكل والوكيل ويشترط فيه أهلية قبول التفصل أو الالتزام بالأجر من جانب الموكل وأهلية تحمل الالتزام العقدي من جانب الوكيل وعقد نيابة أو عقد صفة تشترط لصحته أهلية القيام بالتصرف موضوع الوكالة من جانب الموكل وأهلية التمييز من جانب الوكيل. وعلى ذلك يتصور أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية الموكل في الالتزام بالأجر أو لنقص أهلية الوكيل في التحمل بالالتزام العقدي مع بقاء عقد الصفة صحيحا منتجا لآثاره ص 203 هامش (2) وما بعدها.

(ثانياً)

(عيوب الرضا في عقد الوكالة)

17- عيوب الإرادة بالنسبة للوكيل الذي أبرم العقد:

عيوب الإرادة في عقد الوكالة، كأي عقد آخر هي الغلط والتدليس والإكراه. وتتص الفقرة الأولى من المادة 104 من التقنين المدني على أنه: "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً" وقد صرحت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني بأنه: "1- ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية. فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف فيجب أن يباط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل. وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد فإذا انتزع رضاه بالإكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس، كان العقد قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل. رغم أن إرادته براء من شوائب العيب.... إلخ" (1).

وإذن فبمقتضى الفقرة الأولى من المادة 104 يكون العقد الذي تم بطريق النيابة قابلاً للبطلان متى كان الوكيل واقفاً في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه ولو لم تتعرض إرادة الأصيل لعيوب من هذه العيوب. وإذن فيكون للأصيل أن يرفع دعوى البطلان ويصل إلى الحكم بطلان العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه وكيله أو التدليس أو الإكراه الواقع على الوكيل، بصرف النظر عن سلامة إرادة الأصيل من الغلط أو التدليس أو الإكراه.

ويلاحظ أن دعوى البطلان النسبية المترتبة على تعيب إرادة الوكيل هي للأصيل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 91.

فهو الذى يرفع الدعوى بطلب إبطال العقد للغلط أو التدليس أو الإكراه الذى شاب إرادة وكيله وليس للوكيل أن يرفع تلك الدعوى اللهم إلا إذا كان لوكالته من الشمول ما يدخل فى نطاقها مثل هذا العمل أو كان موكلا فيه بالذات.

وهذا طبيعى مادامت آثار العقد الحاصل بطريق الوكالة عائدة 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⁽¹⁾.

ورأينا أن الفقرة الأولى من المادة نصت فى عجزها أن شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار أيضا عند النظر فى "أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما" وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر، توطأ مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ"⁽²⁾.

ففى الأحوال التى يرتب القانون فيها أثرا على حسن النية يتلمس حسن النية عند النائب لا عند الأصيل، فإذا كان النائب سئ النية واشترى من بائع معسر متواطئا معه، فلدائن البائع الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية حتى لو كان الأصيل حسن النية.

18- تصرف الوكيل وفقا لتعليمات الموكل :

تنص الفقرة الثانية من المادة 104 مدنى 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 حتما أن يعلمها".

(1) جمال مرسى بدر ص 49 وما بعدها - عبد الفتاح عبد الباقي ص 225 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 91 وما بعدها.

فالوكيل إذا تصرف وفقا لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل، وجب أن ينظر إلى نية هذا الأخير فإذا وكل شخص آخر فى شراء شئ معين بالذات، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك، لم يجر أن يرجع الموكل على البائع بدعوى العيب. فالأصل إذن أن العقد ينعقد بإرادة الوكيل لا بإرادة الأصيل، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه الوكيل إذ الوكيل فى هذه الحالة يكون بمثابة الرسول⁽¹⁾.

19- تطبيق عيوب الإرادة بالنسبة لطرفى الوكالة :

من الممكن أن تشوب إرادة الموكل أو الوكيل فى إبرام العقد عيب من عيوب الإرادة السابقة.

ومن أهم هذه العيوب فى التطبيق العملى الغلط والإكراه. ومن ثم نعرض لهما فيما يلى.

20- الغلط :

تقوم الوكالة على الاعتبار الشخصى، ولذلك فإن الغلط فى شخص الوكيل يؤثر على صحة العقد ويجعله قابلا للإبطال، إن كان الوكيل يعلم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م120مدنى).

ومثال ذلك أن يعتقد الموكل أنه يوكل شخصا معينا وإذ به يوكل شخصا آخر. وطلب الإبطال كثيرا ما يكون أصلح للموكل من عزل الوكيل. فقد يكون الوكيل غير قابل للعزل إذا كانت الوكالة لصالحه، وقد يكون مأجورا، وأبرم فعلا تصرفات باسم الموكل، ولا يريد الموكل أن يلتزم بها⁽²⁾.

وقد يكون الغلط فى شخص الموكل، بأن كان يعتقد الوكيل أنه يتعاقد مع موكل معين فإذا به شخص آخر، فيكون له طلب إبطال عقد الوكالة للغلط.

(1) السنهورى الوجيز فى شرح القانون المدنى الجزء الأول 1997 ص 64.

(2) محيى الدين علم الدين ص 201.

ويحقق له إبطال العقد توى تعويض الموكل عن الضرر الذى قد يصيبه إذا ما هو تنحى عن الوكالة فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول. كما يتوى أيضا، فى حالة ما إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى، التقيد بها إذا لم توجد أسباب جدية تبرر التنحى وفقا لأحكام المادة 716 مدنى.

21- الإكراه:

يجوز إبطال الوكالة إذا وقع إكراه أدبى على الوكيل، بأن يستغل شخص نفوذه الأدبى وشوخته لدى شخص آخر فيجعله يوكله فى القيام بتصرفات تنتهى إلى الإضرار بالموكل. ويتحقق ذلك عادة فى وكالة الزوجة لزوجها ووكالة الإبن لأبيه. فإذا أثبتت الزوجة أو الإبن وقوع الإكراه الأدبى عليهما جاز إبطال العقد. والإبطال يحقق للموكل ميزة عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على عاتقه، لو أنه قام بعزل الوكيل (م 716 مدنى).

السبب في عقد الوكالة

22- إحالة إلى القواعد العامة :

السبب ركن في عقد الوكالة كسائر العقود، ومن ثم فإنه يخضع في أحكامه للقواعد العامة.

ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما نصت عليه المادة 136 مدني من أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"- ومن ثم فإنه يجب أن يكون السبب مشروعاً، فإذا قبل شخص وكالة امرأة في أعمال إدارة أو تصرف مقابل استمرار علاقة غير مشروعة معها كانت تلك وكالة باطلة لمخالفتها للآداب⁽¹⁾.

والوكالة إن كانت من غير مقابل فإنها تكون من عقود التبرعات، ويكون السبب فيها رغبة المتبرع وميله نحو المتبرع له، وإن كانت بمقابل فإنها تكون من العقود الملزمة للطرفين، ويكون التزام كل عاقد سبباً في التزام الآخر⁽²⁾.

ويتصل بالسبب في الوكالة الشخص الذي تتعقد الوكالة لمصلحته، والأصل أن الوكالة تتعقد لمصلحة الموكل. وقد تتعقد لمصلحة كل من الموكل والوكيل، كما إذا وكل شخص دائنه في بيع مال له ليتقاضى حقه من ثمنه، أو وكل أحد الشريكين في الشيوخ الشريك الآخر في إدارة المال الشائع. ولا تتعقد الوكالة لمصلحة الوكيل وحده، فلا تكون هناك وكالة إذا أشار شخص على آخر أن يعقد لنفسه صفقة رابحة.

وقد تتعقد الوكالة لمصلحة الموكل والغير، كما إذا وكل شخص آخر في بيع مال له ليسدد من ثمنه ديناً في ذمته للغير. فالوكالة انعقدت هنا لمصلحة كل من الموكل ودائنه الذي سيستوفى حقه من الثمن. ويجوز أن تكون الوكالة لمصلحة

(1) محيي الدين علم الدين ص 203.

(2) محمد كامل مرسى ص 468.

الغير وحده، كما إذا قام فضولي بإدارة عمل للغير ووكّل شخصاً آخر عنه في إدارة العمل أو في المضى فيه. وإذا انعقدت الوكالة لمصلحة الموكل والغير، جاز لكل منهما مطالبة الوكيل بتنفيذ الوكالة بموجب عقد الوكالة، والغير بموجب الاشتراط لمصلحته⁽¹⁾.



(1) السنهوري ص 489 هامش (1).

مادة (700)

يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

الشرح

23- الوكالة الضمنية:

الوكالة كسائر العقود الرضائية يمكن أن تتعد بالرضاء الضمني فلا يلزم حتما التصريح بالرضاء بها كتابة أو شفاهة، سواء من جانب الموكل أو من جانب الوكيل.

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا برقم 973 يجرى على

أنه:

"1- يجوز أن يكون قبول الوكيل ضمنيا، كما لو قام بتنفيذ الوكالة.

2- وتعد الوكالة مقبولة إذا تعلقت بأعمال تدخل في مهنة الوكيل، أو كان قد

عرض خدماته علنا بشأنها، هذا ما لم يرد الوكالة في الحال".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتي: "ولما كانت الوكالة عقدا،

وجب أن يرضى بها كل من الوكيل والموكل وأكثر ما يكون رضاء الموكل بالوكالة

إيجابا ورضاء الوكيل قبولا. وقبول الوكيل قد يكون صريحا أو ضمنيا.

ويعتبر قبولا ضمنيا من الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة. وهذا تطبيق للمبدأ

العام المنصوص عليه في المادة 143 من المشروع. كما يعتبر سكوت الوكيل قبولا

إذا تعلقت الوكالة بأعمال تدخل في مهنته، كما هو الأمر في المحامي والوكيل

بالعمولة (أنظر م142 من المشروع)، أو كان قد عرض خدماته علنا بشأنها (أنظر م

136 من المشروع)⁽¹⁾ - إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لعدم ضرورته أي

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 187 هامش (1) - ص 191.

اكتفاء بالقواعد العامة. وطالما أن النص المحذوف سالف الذكر هو تطبيق للقواعد العامة، فإنه يمكن العمل به بالرغم من حذفه. وهذا النص يضع ثلاثة أمثلة لقبول الوكيل الوكالة قبولا ضمنيا هي:

(1) أن يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة :

وهذا الفرض هو ما يحدث غالبا في العمل فالموكل يحرر التوكيل عادة ويوقعه وحده ويسلمه إلى الوكيل، فإن قبل هذا الوكالة فإنه لا يوقع الورقة مع الموكل، بل يعتمد إلى تنفيذ الوكالة، ومن ثم يكون قد قبل الوكالة قبولا ضمنيا.

(2) أن تكون الوكالة متعلقة بأعمال تدخل في مهنة الوكيل :

كما إذا وكل شخص محاميا للدفاع عنه، أو تقدم شخص للتعامل مع وكيل بالعمولة، فإن المحامي والوكيل بالعمولة يكونان قد قبلوا الوكالة ضمنا، إلا إذا ردا هذه الوكالة في الحال.

وهذا يعد تطبيقا لما تنص عليه المادة 98 من التقنين المدني من أنه: "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 في وقت مناسب".

(3) إذا عرض شخص خدماته علنا على الجمهور في شأن الوكالة :

كما إذا أعلن شخص أنه مستعد لأن يكون وكيلا عن مصابين في حادث سيارة للمطالبة بحقوقهم من شركات التأمين فيقدم إليه أحد المصابين، فإن وكالته له تعد مقبولة ما لم ترد في الحال. وليس هذا إلا تطبيقا لمبدأ الدعوة إلى التعاقد التي توجه إلى الجمهور فإذا استجاب شخص إليها كان هذا إيجابا منه، فإذا سكت من وجه إليه الإيجاب ولم يرده في الحال كان قبولا ضمنيا⁽¹⁾.

(1) عبد الفتاح عبد الباقي في نظرية العقد والإرادة المنفردة ص 125.

وفى جميع الأحوال لا تتجزأ الوكالة المعروضة على الوكيل، فإذا قبل هذا قبولا ضمنيا جزءا من الوكالة اعتبر أنه قبل الأجزاء الأخرى، ويكون مخلا بالتزامه إذا لم ينفذ جميع ما اشتملت عليه الوكالة⁽¹⁾.

وتأكيدا لفكرة الوكالة الضمنية قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان البين من تقارير الحكيم الابتدائي والاستئنافى أن الطاعنين ذهبوا إلى أن المطعون عليه الثانى كان وكيلًا عن والدته الحارسة القانونية السابقة التى كان لها حق التأجير، وأنها أجازت تعاقدته معها منذ إبرامه فى سنة 1967 وساقا قرائن عدة منها أن المؤجر لهما كان يعايش الحارسة حتى مماتها فى سنة 1972 وأنها تعلم بشغلها الحوانيت لإقامتها فى ذات العقار الكائنة به، وأنها لم تقم أى دعوى عليهما تطالب بإخلائهما، وطلبا الإحالة إلى التحقيق لإثبات الوكالة وإجازتها للتعاقد. لما كان ما تقدم فإنه وإن كانت الإحالة إلى التحقيق من إطلاقات محكمة الموضوع، إلا أنه يتعين أن يكون رفض الاستجابة لهذا الطلب قائما على أسباب مبررة تكفى لحمل قضائها، والرد على القرائن التى تدرع الخصوم بها. لما كان ما سلف، وكان الحكم المطعون فيه جعل عمدته فى قضائه أنه لم يرد بعقد الإيجارما يشير إلى تعاقد المؤجر بصفته وكيلًا عن الحارسة السالفة ورتب على ذلك أنه لا محل لإثبات الوكالة أو الإجارة، وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دعوى الطاعنين ولا يحسم القول فى شأن ما يدعيانه، فإنه فى قعوده عن تمحيص دفاع الطاعنين رغم جوهريته يصمه بمخالفة القانون علاوة على القصور فى التسيب".

(طعن رقم 572 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/10)

24- صورتان للوكالة الضمنية فى إجراءات التقاضى :

(1) السنهورى ص 496.

(أ) - إذا رفعت الدعوى من النائب القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها، وفي أثناء سير الدعوى زال سبب انعدام الأهلية أو نقصها، ومع ذلك استمر النائب القانوني في الحضور بالدعوى، فإن حضوره يكون منتجا لآثاره القانونية، لأنه بزوال سبب انعدام الأهلية أو نقصها يكون قد علم بالدعوى بواسطة نائبه ورضى بحضور هذا النائب عنه، وتقلب بالتالي نيابته عنه إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت نيابة قانونية ولما كان الأصل أن ليس للخصم أن يفيد من خطئه، ولا ينقض ما تم على يديه، فإنه يجوز للخصم اختصام النائب القانوني في الطعن الذي يرفع عن الحكم.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 394 من قانون المرافعات على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أو فقده أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة. أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدي بذاته إلى انقطاع سير الخصومة وإنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر ومتمكن الثابت أن الطاعن قد اختصم اختصاصا صحيحا في الاستئناف ممثلا في والده باعتباره وليا شرعيا عليه فإن الاستئناف يكون قد رفع صحيحا ويعتبر الطاعن عالما به فإذا بلغ سن الرشد أثناء سير الاستئناف ولم ينبه هو ولا والده المحكمة إلى التغيير الذي طرأ على حالته وترك والده يحضر عنه بعد البلوغ إلى أن صدر الحكم في الاستئناف فإن حضور هذا الوالد يكون في هذه الحالة بقبول الإبن ورضائه فتظل صفة الوالد قائمة في تمثيل ابنه في الخصومة بعد بلوغه سن الرشد وبالتالي ينتج هذا التمثيل كل آثاره القانونية ولا ينقطع به سير الخصومة لأنه إنما ينقطع بزوال صفة النائب في تمثيل الأصيل وهي لم تزل في هذه الحالة

بل تغيرت فقط فبعد أن كانت نيابته عنه قانونية أصبحت اتفاقية".

(طعن رقم 278 لسنة 31 ق جلسة 1965/12/30)

2- "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 تتبه 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 كانت وصية عليه ورضى باعتبار صفة والدته فى تمثيله لازالت قائمة على أساس من النيابة الاتفاقية بعد أن كانت نيابتها عنه نيابة قانونية فإذا التزمت والدته 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 الدعوى 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 أن ينقض ما تم على يديه، فإن اختصام المستأنف ضده فى الاستئناف ممثلا بواسطة والدته يعد اختصاما صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية. وإذا 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 159 لسنة 32 جلسة 1966/11/15)⁽¹⁾

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه:

"إذا كان الثابت أن الدعوى رفعت ابتداء ضد القاصر فى شخص الوصى عليه وصدر الحكم الابتدائى ضد الوصى بهذه الصفة ورفع الاستئناف باسمه وبصفته وصيا إلى أن = تقدم وكيل القاصر عنه باعتباره قد بلغ الرشد فى المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستئنافية = وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقى المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه

3- (أ) - "استمرار الوصى في تمثيل القاصر في الخصومة بعد انتهاء الوصاية عليه دون اعتراض منه وتبنيه المحكمة إلى زوال صفة ممثله يعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية لأن تمثيله في هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية".

(ب) - "يشترط للاحتجاج على الطاعن بزوال صفة من كانت تمثل المطعون عليهما ووجوب توجيه إجراءات الخصومة إلى كل منهما في شخصه أن يتوافر الدليل على علم الطاعن يقينا بالتغيير الذي طرأ على تلك الصفة، لما كان ذلك وكان المطعون عليهما لم يقدم الدليل الحاسم على توفر ذلك العلم إلى ما قبل التقرير بالطعن بالنقض في الحكم الصادر لصالحهما والمطعون عليهما ممثلين فيها بصفتها، فإنه يصح اختصاصهما في هذا الطعن في شخص المطعون عليها بالصفة التي كانت تتصف بها في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 35 لسنة 54 "أحوال شخصية" جلسة 1985/3/12)

وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أن تمثيل النائب القانوني للقاصر يصح ولو تغيب النائب عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصاصه فيها صحيحاً.

باعتباره قد بلغ سن الرشد في المرحلة الأخيرة من الدعوى الاستثنائية وضمن دفاعه عنه نفس الدفاع عن باقى المدعى عليهم فإن إغفال الحكم الإشارة إليه باعتباره مباشراً الخصومة بنفسه والاستمرار في إثبات اسم الوصى عليه لا يعتبر خطأ جسيماً يختص به وجه الحق في التعريف بشخص الخصم المذكور ولا يخل بدفاعه التي استمعت إليه المحكمة فعلاً بواسطة وكيله الذى كان موكلاً عن باقى المدعى عليهم. ذلك أنه متى كان النقص أو الخطأ فى أسماء الخصوم وصفاتهم ليس من شأنه التشكك فى حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة المرادة فى الدعوى فإنه لا يعتبر نقصاً أو خطأ جسيماً مما قصدت المادة 349 مرفعات أن ترتب عليه بطلان الحكم".

(طعن رقم 266 لسنة 23 جلسة 1957/6/20)

إذ قضت بأن:

"لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استمرار الولى فى تمثيل القاصر فى الخصومة بعد انتهاء ولايته عليه دون اعتراض منه أو تنبيه المحكمة إلى زوال صفة من يمثله يعتبر صحيحا منتجا لآثاره القانونية لأن تمثيله فى هذه الحالة يستند إلى نيابة اتفاقية بعد أن كانت قانونية، ذلك أن المادة 1/130 من قانون المرافعات تنص على أن ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهليته أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين، ومفاد ذلك أن مجرد وفاة الخصم أو فقده أهلية الخصومة يترتب عليه لذاته انقطاع سير الخصومة أما بلوغ الخصم سن الرشد فإنه لا يؤدي بذاته إلى انقطاع سير الخصومة إنما يحصل هذا الانقطاع بسبب ما يترتب على البلوغ زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر.

لما كان ما تقدم وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليها الأولى اختصت المطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة عن نفسه وبصفته وليا طبيعيا على أولاده القصر ومن بينهم الطاعن الأول الذى بلغ سن الرشد أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة الابتدائية، وإذ لم ينبه المطعون عليه الثانى أو الطاعن الأول بعد بلوغه سن الرشد - المحكمة إلى التغيير الذى طرأ على حالة هذا الأخير وحتى صدور الحكم فى الدعوى فإن تمثيل المطعون عليه الثانى لابنه الطاعن الأول فى الدعوى يكون بقبوله ورضائه ويبقى هذا التمثيل منتجا لكل آثاره القانونية ويكون الحكم الصادر فى الدعوى كما لو كان القاصر مختصما بشخصه بعد بلوغه حتى ولو تغيب ممثله عن حضور كل جلسات الدعوى طالما كان اختصاصه فيها صحيحا".

(طعن رقم 2306 لسنة 59 ق جلسة 1993/11/28)

(ب) - سكوت الابن الذى بلغ سن الرشد عن قيام والده برفع الدعوى أمام

محكمة أول درجة نيابة عنه، ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة 702 من القانون المدني، واختص بها المشرع أشخاصا معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقا لأحكام قانون المحاماة، تطبيقا لنص المادتين 72، 73 من قانون المرافعات، إلا أن الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطا لازما لرفع الدعوى إيذانا ببدء استعمال الحق في التقاضي، باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء. بل يكون لمحكمة الموضوع في هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة في الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول في رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد، واقتصر الدفع على ذلك فحسب - دون أن يمتد إلى الوكالة في الخصومة أمام القضاء، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه. رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاءه عن إجراء رفع الدعوى الذي اتخذه والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد في رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ماخلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤديا إلى النتيجة التي انتهت إليها دون مخالفة للقانون، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 593 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/4)

صور للوكالة الضمنية تقوم على صلة بين شخص وآخرين :

هناك بعض الصلات التي تنشأ بين الشخص وآخرين، ينشأ عن بعضها وكالة ضمنية بينه وبينهم.

مما يدعونا إلى التصدى إلى أهم هذه الحالات لأهميتها فى التطبيق العملى.

25- (1) - وكالة الزوج لزوجته :

جرى الفقه على اعتبار الزوجة وكيلة عن زوجها الذى تساكفه وكالة ضمنية فى شراء اللوازم الضرورية كالحاجيات المنزلية، وما يلزم لكسوتها ونفقات علاجها وأطفالها وكسوتهم وتأجير المكان اللازم لسكناها فى غيبة الزوج، ونفقات تعليم الأطفال إلى غير ذلك من النفقات الضرورية التى لم يكن مفر للزوج من مواجهتها لو أنه كان حاضرا.

ويكون الزوج ملزما بأثمان المبيعات للزوجة بناء على افتراض توكيله إياها فى هذه الصدد.

وهذه الوكالة الضمنية تكون فى الشراء فى غير إسراف وفى حدود مقدرة الزوج على مواجهة هذه النفقات فلا يصح مطالبة الزوج بالنفقات التى تجاوز ذلك، لأن ذلك يعتبر من الزوجة تجاوزا لحدود الوكالة يسأل عنه التاجر الذى كان فى وسعه أن يتحرى حالة الزوج قبل أن يجارى سرف الزوجة ورعونتها⁽¹⁾.

والزوج يملك إنهاء هذه الوكالة الضمنية إذا أخطر التجار الذين يتعامل معهم عادة بنسيئة فى الخروج على المألوف من الأزواج وعزمه على عدم التعهد بما تشتريه زوجته نسيئة منهم.

ولا تقوم الوكالة الضمنية إذا تركت الزوجة منزل الزوجية وكانت ناشزا، أو كانت تتقاضى نفقة من زوجها.

(1) محمد على عرفه ص 356 - الدكتور جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات القانونية

أو إذا كانت المرأة خليلية لا زوجة، إلا إذا اشتهرت بأنها زوجة شرعية⁽¹⁾.
وتقوم الوكالة الضمنية للزوجة فى أعمال التجارة إذا كانت تساعد زوجها فى تجارته. وكذلك تقوم الوكالة الضمنية للأولاد القصر من أبيهم فيما يشترونه من حاجيات يومية، ولاتقوم الوكالة الضمنية بالنسبة للأولاد الذين بلغوا سن الرشد.
غير أن محكمة النقض لم تسلّم بأن مجرد قيام رابطة الزوجية كافيا للتدليل على وجود هذه الوكالة من جانب الزوج، وإنما يترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع.

إذ قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادتين 332، 333 من القانون المدنى أن الأصل فى الوفاء حتى يكون مبرئاً لزمة المدين أن يكون للدائن أو لنائبه، أما الوفاء لشخص غير هذين فلا يبرىئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن الوفاء له أو عادت على الدائن من هذا الوفاء منفعة ويقدر تلك المنفعة أو كان هذا الشخص يحوز الدين ووفى له المدين بحسن نية معتقداً أنه الدائن الحقيقى. وإذا كانت وكالة الزوجة عن زوجها لا تستخلص ضمناً من مجرد قيام رابطة الزوجية. وكان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم المستأنف لأسبابه والذى اعتبر الإيداع الحاصل من المطعمون عليه الأول لدى المطعمون عليها الثانية وفاء لزوجها الطاعن بجزء من الثمن المستحق على المطعمون عليه الأول استناداً إلى ورقة تقدم بها موقعة ببصمة إصبع المطعمون عليها الثانية باستلامها مبلغ خمسمائة جنيه أمانة تحت الطلب، وما قرره المطعمون عليه الأول وآخر كان العقد مودعا لديه من اعتبار المبلغ المودع لدى المطعمون عليها الثانية بموجب تلك الورقة وفاء لزوجها الطاعن، ودون أن يوضح سبيله إلى اعتبار هذا الإيداع وفاء مبرئاً لزمة المطعمون عليه الأول، فإنه يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم 1395 لسنة 49 ق جلسة 1998/1/13)

(1) السنهورى ص 500 - محيى الدين علم الدين ص 200.

وبالترتيب على ذلك، فإن القاضى يستخلص وجود هذه النيابة من عدمه فى كل حالة على حدة طبقا لظروفها وملابساتها، دون أن يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض طالما كان استدلاله معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة فى الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى. وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه.

26- (2) - وكالة الزوجة لزوجها :

جرى القضاء فى مصر على وجود نيابة ضمنية من الزوجة لزوجها فى إدارة أملاكها وتصريف شئونها، وقد تأثرت المحاكم فى هذا ولاشك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها⁽¹⁾.

فقتت محكمة استئناف مصر فى 1932/3/23 بأن :

"متى ثبت أن الزوجة عاشرت زوجها مدة طويلة وعاشا معا ولم تعمل له توكيلا صريحا كتابيا بإدارة أموالها ولا بقبض ولا بصرف بل كان يجرى الأمر بينهما كما هو المعروف بين كل رجل وزوجته فيصبح وكيلا عنها بوكالة ضمنية أو عرفية مفوضة تفويضا عاما إلى رأيه فى كيفية استغلال أموالها وقبض ما يحل لها قبضه وصرفه".

(ذات المبدأ أيضا استئناف الإسكندرية فى 1949/12/31 رقم 142 لسنة 4 ق)

إلا أن محكمة النقض ذهبت فى قضائها إلى أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على إنابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يرقم فى وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة، أى أنها أوجب أن يقيم عليها الدليل، وتركت تقدير وجود هذه الوكالة الضمنية لتقدير القاضى على النحو الذى أوضحناه بالنسبة للزوجة.

(1) جمال مرسى بدر ص 188.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى ثبت من حكم محكمة أول درجة الذى أخذ الحكم الاستثنافى بأسبابه أن الطاعنة وإن اعترفت بأن الأشياء وردت لمنزلها التى كانت تشيده إلا أنها تمسكت بأنها تخالفت مع زوجها الذى اشتراها وقدمت مخالصة بذلك فلم تحفل المحكمة بمناقشة هذا الدفاع واكتفت فى الحكم على الطاعنة بما ثبت لديها من أن الأشياء المطالب بقيمتها قد وردت لمنزلها وكان الحكم الاستثنافى قد بنى مسئولية الطاعن فيما أنشأه من أسباب على أن الزوج اشترى هذه الأشياء بوصفه وكيلا عن زوجته وأن هذه الوكالة كانت ضمنية حسب ما جرى به العرف وأنه يكفى فى إثباتها مجرد قيام رابطة الزوجية. فإن الحكم المطعون فيه يكون قد عاره قصور مبطل فى خصوص قضائه بإلزام الطاعنة بثمن الأشياء التى وردت لمنزلها إذا الحكم الصادر من محكمة أول درجة أغفل الفصل فى دفاع جوهرى أدلت به الطاعنة ومن شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى كما أن حكم محكمة الاستئناف فيما حصله من أن تصرف المطعون عليه الثانى بالشراء كان بوصفه وكيلا عن زوجته الطاعنة وأن هذه الوكالة كانت وكالة ضمنية قد جاء قاصرا عن بيان الوقائع التى سوغت لديه القول بقيام هذه الوكالة وقت الشراء وبأن الزوج إذ اشترى إنما تعاقد بالنيابة عن زوجته ولا يغنى عن التحقق من كلا الأمرين مجرد ثبوت علاقة الزوجية إذ هى وحدها غير كافية فى هذا الصدد كما لا يغنى عن ذلك ما قرره الحكم من قيام عرف على هذه الوكالة إذ ليس ثابتا وجود عرف مستقر فى هذا الخصوص".

(طعن رقم 42 لسنة 20 ق جلسة 1952/3/6)

2- "وكالة الزوج عن زوجته لا تستخلص ضمنا من مجرد قيام رابطة

الزوجية".

(طعن رقم 372 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/4)

3- "ثبوت علاقة الزوجية لا يكفي بمجردده للقول بقيام وكالة ضمنية بين الزوج وزوجته".

(طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5)

27 - (3) - وكالة المخدم للمستخدم:

تعتبر هناك وكالة ضمنية من المخدم للمستخدم فى الأعمال التى جرت العادة على قيام المستخدم بها نيابة عن المخدم. فهناك وكالة للخادم صادرة ضمنا من سيده فى شراء الحاجيات المنزلية نسيئة من التجار الذين اعتاد سيده أن يتعامل معهم على هذا النحو. بشرط أن يكون من عادة السيد أن يكلف الخادم بشراء هذه الحاجيات. فإذا كان من عادة السيد أن يتعامل مع التجار مباشرة، أو كان لا يتعامل معهم إلا نقداً، فلا تقبل مطالبتهم إياه بأثمان المبيعات لخادمه لأن ظروف تعامله معهم تنفى افتراض توكيله خادمه فى هذا الصدد⁽¹⁾.

ويعتبر فى حكم الخادم بواب العمارة إذا كانت تربطه بمخدمه علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنه من الاطلاع على مكنون سره وخاصة أمره فكان خادماً له فى منزله أو انسحب عليه وصف الخادم كما وغلبت عليه هذه الصفة.

فقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

"مفاد نص المادة 674 من القانون المدنى فى تعريفها لعقد العمل والمادة الثانية من القانون رقم 91 لسنة 1959 بشأن العمل فى تعريفها للعامل والمادة 4/2 من القانون رقم 92 لسنة 1959 فى شأن التأمينات الاجتماعية الذى حل محله القانون رقم 63 لسنة 1964 بنصها على عدم سرىان أحكام هذا القانون على خدم المنازل ومن فى حكمهم - أن الخدم أياً من كانوا هم عمال سواء فى مدلول القانون المدنى أو فى مفهوم قانون العمل من حيث إنه تربطهم برب العمل تبعية

(1) محمد على عرفه ص 356.

قانونية قوامها الإشراف والرقابة. وعلى ذلك فاستثناء قانون التأمينات الاجتماعية خدم المنازل ومن فى حكمهم من تطبيق أحكامه ليس مرجعه انحسار العمالة عنهم، لأن المستثنى بالضرورة من جنس المستثنى منه، بل لقيام وصف خاص بهم هو أنه تربطهم بمخدوميهم علاقة وثقى تتسم بالخصوصية وتمكنهم من الاطلاع على مكنون سرهم وخاصة أمرهم، وهذه العلة فى الاستثناء قد أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية المصاحبة للمرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952 فى شأن عقد العمل الفردى وهو من المصادر التشريعية لقانون العمل. والبواب خادم، وهو بهذه المثابة عامل يجرى عليه حكم إلزام صاحب العمل بالتأمين عليه رجوعاً إلى حكم الواجب فى أصل التشريع إلا إذا قامت به هذه الخصوصية فكان خادماً لصاحب العمارة فى منزله، أو انسحب عليه وصف خادم المنزل حكماً وغلبت عليه هذه الصفة فحينئذ يجرى عليه حكم الاستثناء الذى يؤخذ فى تفسيره بالتضييق. ولا يقدر فى هذا النظر ما نصت عليه (لائحة الخدامين) الصادرة بقرار وزير الداخلية فى 8 من نوفمبر سنة 1916 المعدلة من وجوب الحصول على ترخيص لكل من يرغب فى ممارسة مهنة خادم أو أى مهنة أخرى مماثلة لها من المهن التى حددتها ومنها مهنة البواب، ذلك لأن وجوب الترخيص محمول على مطلق الخدمة بينما الاستثناء من قانون التأمينات الاجتماعية محمول على خصوصية الخدمة فى المنازل وحدها أو ما يجرى مجراها ويأخذ حكمها، وأنه لا تعارض بين إلزام البواب بالحصول على ترخيص قبل ممارسة خدمته فى قانون وبين حمايته بالتأمين عليه فى قانون آخر، فكل من التشريعين مجاله وحكمه وحكمته فيما استته وأوجبه. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ إذ أطلق القول بإخراج بواب العمارة أياً ما كان مجال عمله من نطاق تطبيق نصوص قانون التأمينات الاجتماعية دون تفتن إلى المعانى القانونية المتقدمة، ودون بيان لصلة بواب العمارة بالمطعون ضده ومدى الخصوصية فى هذه الصلة، والترجيح بينها وبين مباشرته العمل فى العمارة المستغلة، وكان الخطأ فى القانون قد حجب

المحكمة عن نظر موضوع الدعوى، وكان للقصور الصدارة على وجه الطعن بمخالفة القانون، فإن حكمها يكون واجب النقض مع الإحالة".

(طعن رقم 1184 لسنة 35 ق جلسة 1966/3/7)

غير أن البواب لا يكون وكيلًا عن صاحب العمارة في قبض الأجرة من المستأجرين إلا إذا كان هناك تفويض له في ذلك.

وينوب عن الطبيب الممرض الذى يعمل فى عيادته وعن المحامى وكيل مكتبه وينوب مستخدمو المحال التجارية عن صاحب المتجر فينوب مدير المحل عنه فى علاقاته مع التجار الآخرين والبنوك والشركات.

ويوجد توكيل ضمنى من المالك لناظرالعزبة فى شراء كل ما يلزم لزراعتها من بذور ومواشى وأسمدة. وأن يتعاقد مع الغير على جلب الماء اللازم لريها وتأجير العمال اللازمين لجنى المحصول، إلى غير ذلك من الأعمال التى تدخل فى طبيعة عمله، والتى يمكن افتراض توكيل المالك إياها فى مباشرتها⁽¹⁾.

إلا أنه لا يجوز لناظر الزراعة التصرف أو الهبة ولو فى صورة صلح وليس له حق التقاضى باسم الموكل⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن نفي صفة للموقع على إقرار التخالص، يترتب عليها نفي صفة الوكالة الضمنية.

إذ قضت بأن:

"متى كان الحكم المطعون فيه قد نفي فى حدود سلطته التقديرية وجود صفة للموقع على إقرار التخالص فى النيابة عن المطعون عليه (الدائن)، وكانت الوكالة الضمنية التى ادعى الطاعن (المدين) أمام محكمة أول درجة قيامها هى صورة

(1) محمد على عرفه ص 357 - السنهورى ص 501 - هامش (1) - استئناف مختلط 12 نوفمبر سنة 1930 - وعكس ذلك استئناف مصر فى 1931/1/22.

(1) استئناف مختلط 1932/3/22 - السنهورى ص 501 هامش (1).

من صور النيابة، فإن الحكم بنفيه وجود النيابة في الإقرار بالتخالص يكون قد نفي قيام تلك الوكالة وبالتالي فلا يمكن محاسبة المطعون عليه بالإقرار سالف الذكر".

(طعن رقم 340 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/5)

28- (4) - الوكالة الصادرة من الشركاء على الشيوخ لشريك منهم في

إدارة المال الشائع:

تقضى المادة 828 من التقنين المدني بأن:

"1- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

2- وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا.

3- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم".
وواضح أن الفقرة الثالثة من المادة اعتبرت أن هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء.

ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة فتتعقد الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الإدارة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص فى المادة 828 من القانون المدني على أنه... "3- إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم" يدل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني - على أنه إذا كان الأمر متعلقا بأعمال

الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن فى الإدارة، أما إذا لم يختاروا مديرا وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فإنه يمكن لمن يملك منهم أغلبية الأنصباء فيها أن يطلب إنهاء الإيجار بوصفه من أعمال الإدارة".

(طعن رقم 939 لسنة 45 ق جلسة 1979/5/12)

2- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم. ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام وكالة ضمنية من الشركاء لأحدهم فى إدارة المال الشائع، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من انفراد الطاعنة الأولى - دون باقى الورثة - بالتوقيع على عقدى الإيجار المؤرخين... وقبضها وحدها للأجرة وإدارتها للعقار الكائن به عين النزاع دون اعتراض من باقى الورثة دليلا على وكالتها الضمنية عنهم فإنه يكون قد أقيم على ما يحمله".

(طعن رقم 906 لسنة 47 ق جلسة 1981/6/20)

3- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن إدارة المال الشائع وفقا لنص المادتين 827، 828 من القانون المدنى حق للشركاء على الشيوخ مجتمعين، ومع ذلك إذا تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم، وأن الطعن فى المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتبر من أعمال الإدارة ويحق لأى من الشركاء فى ملكية العقار القيام به منفردا، ويعد فى هذه الحالة نائبا عن باقى الشركاء فى الطعن، طالما أن أحدا منهم لم يعترض على هذا الإجراء".

(طعن رقم 799 لسنة 59 ق جلسة 1990/2/14)

4- "..... المادة 3/828 من القانون المدني تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الباقيين عد وكيلا عنهم فإن مفاد ذلك أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذي تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء، ومن ثم فلا يسرى التقادم فيما بين هؤلاء الأخيرين باعتبارهم موكلين وبين ذلك الشريك طوال مدة قيام الوكالة وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة 382 من القانون المدني، غير أن الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى حساب بداية مدة التقادم في حق الطاعنين من تاريخ وفاة المورث الأصلي في سنة 1946 وقضى تبعا لذلك بعدم سماع دعواهم وفقا لحكم المادة 970 من القانون المدني ملتفتا عما أثاروه في دفاعهم سالف البيان ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهري لو صح قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 3719 لسنة 61 ق جلسة 1997/1/4)

29- (5) - الوكالة الصادرة للمحضر فى قبض الدين:

توجد وكالة ضمنية صادرة من الدائن للمحضر فى قبض الدين من المدين الذى يعلنه وفى إعطائه مخالصة، وذلك إذا أراد المدين أن يدفع للمحضر⁽¹⁾.

30 - هل يعتبر المستأجر نائبا نيابة ضمنية عن الساكنين له فى إبرام

عقد الإيجار؟

جرى فقه وقضاء الإيجارات منذ العمل بالقانون رقم 121 لسنة 1947 على اعتبار الأشخاص المقيمين بالمسكن منذ بدء العلاقة الإيجارية مستأجرين أصليين شأنهم شأن المستأجر الذى أبرم عقد الإيجار تماما، تأسيسا على أن الشخص - فى الغالب - لا يستأجر المسكن لنفسه فحسب بل ولأفراد أسرته، ومن يرى هو أن

(1) السنهورى ص 503.

يتكفل بسكناهم ولو لم يكن ملزما بذلك قانونا. ويعتبر المستأجر فى هذه الحالة نائبا عن هؤلاء جميعا فى عقد الإيجار وهم بالتالى مستأجرون أصليون مثله لأن العرف جرى على أن يستأجر الشخص لنفسه ولآله ولم يجر على أن يشترك معه فى إبرام الإجارة جميع الأشخاص الذين يقيمون معه. وهذه النيابة تستفاد ضمنا من ظروف الحال فأساس اعتبار هؤلاء مستأجرين أصليين إذن هى نظرية النيابة الضمنية.

كما جرى الفقه والقضاء، على اعتبار الأشخاص الذين يقيمون مع المستأجر فى المستقبل مستأجرين أصليين أيضا، مثل الزوجة المستقبلية والأولاد الذين سيرزق بهم، لأن الشخص يستأجر لنفسه ولهؤلاء أيضا، ويكون انصراف التأجير إليهم أساسه الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾.

غير أن محكمة النقض نبذت فى أحكام عديدة حديثة لها، الرأى الذى سار عليه الفقه والقضاء والذى يعتبر المقيمين مع المستأجر منذ بدء الإيجار مستأجرين أصليين مثله، ويبرر إقامتهم بالعين المؤجرة على أساس نيابة المستأجر عنهم فى إبرام عقد الإيجار نيابة ضمنية، ويبرر إقامة الأشخاص المستقبلين على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

وذهبت المحكمة إلى أن هؤلاء الأشخاص لا يعتبرون مستأجرين أصليين،

(2) الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن ج1 الطبعة السابعة ص723 وما بعدها

– الدكتور عبد الناصر العطار فى شرح أحكام الإيجار طبعة 1970 ص 496 وما بعدها –

أبو الوفا فى التعليق على النصوص الإجرائية طبعة 1978 ص 177 =

= الأستاذ محمد عبد الرحيم عنبر قانون الإسكان الجديد طبعة 1977 ص 118 مصر

الابتدائية 1953/10/18 الدعوى 4604 لسنة 1953، 1954/12/8 الدعوى 556 لسنة

1954، 1968/12/28 الدعوى 3635 لسنة 1968 – جنوب القاهرة الابتدائية فى

1978/1/26 الدعوى 1010 لسنة 1977 – مستعجل الحيزة فى 1978/9/14 الدعوى 976

لسنة 1975.

وعزت تمتعهم بالإقامة فى العين المؤجرة إلى أن لعقد الإيجار طابع عائلى وجماعى لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواءهم، وأن المستأجر يقوم نحوهم بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولاشأن لها بالمؤجر.

فقد قضت بتاريخ 1978/3/29 فى الطعن رقم 320 لسنة 44 ق بأن :

1- "النص فى المادة 152 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 تتصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقيه 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".

2- "العقد 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 ممتدا تلقائيا وبحكم القانون إلى غير مدة محددة طالما بقيت تلك التشريعات التى أملت 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 عاقيه الأصليين اللذين يأتزمان بقانون العقد، ومن حيث المضمون

فلا يلزم العقد إلا بما تضمنه من التزام، طالما بقى المستأجر الأصلي على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة، لم يبرحها إلى مسكن آخر، ولم ينسب إليه أنه تنازل عن حقه في الإيجار أو أجره من باطنه خلافا لما يفرضه عليه القانون. يؤيد هذا النظر الذى لم يرد به نص صريح فى القانون رقم 121 لسنة 1947 أن المشرع فى المادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 ثم فى المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 عنى بتعيين المستفيد من مزية الامتداد القانونى بعد وفاة المستأجر الأصلي أو تركه العين بما يشير إلى أن المقيمين مع المستأجر الأصلي لا تترتب فى ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي 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 أطرافا 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 وواجبات 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 16/9/1967 بين الطاعنة وبين ابنتها التى كانت زوجا للطاعن آنذاك، وأن المؤجرة استصدرت حكما فى الدعوى رقم 10977 لسنة 1970 مدنى مستعجل القاهرة قبل ابنتها المستأجرة منها بطردها من العين المؤجرة لتخلفها فى سداد الأجرة من أول يناير سنة 1968 ولتضمن عقد الإيجار الشرط الصريح الفاسخ، وكان هذا الحكم قد نفذ بإخلاء المستأجرة وزوجها المطعون عليه الذى كان يقيم معها فى 12/4/1971، 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 التي كانت تربطهما خلال الفترة المطالب بأجرتها وطالما أنه لم ينفرد بشغل الشقة بأى سبيل بعد خروج المستأجرة الأصلية منها هو النتيجة التي تتفق والتطبيق الصحيح للقانون".

(ذات المبدأ طعن رقم 595 لسنة 44 ق جلسة 1978/5/31 - طعن رقم

396 لسنة 46 ق جلسة 1980/3/26 - طعن رقم 510 لسنة 46 ق جلسة

1982/1/4 - طعن رقم 456 لسنة 45 ق جلسة 1982/2/1 - طعن رقم 913

لسنة 51 ق جلسة 1982/2/15 - طعن رقم 75 لسنة 48 ق جلسة 1982/4/21 -

طعن رقم 540 لسنة 48 ق جلسة 1982/11/8)

3- "المقرر- فى قضاء محكمة النقض - أن لعقد إيجار المسكن طابعا عائليا

وجماعيا لا يتعاقد فيه المستأجر ليقوم فى المسكن بمفرده، وإنما لينضم إليه أفراد أسرته، ومن يترأى له إيواءهم به، وأن المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المحددين بالمادة 21 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المقابلة للمادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977م 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 الاستفادة 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 تظمن إليه من أدلة الدعوى دون معقب عليها إلا أن ذلك مشروط بأن تقييم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، وأن تكون قد واجهت كل دفاع جوهرى يثيره الخصوم بما يقتضيه".

(طعن رقم 5169 لسنة 62 ق 1996/3/27)

4- "المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة

المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذى عددهم م 29 ق 49 لسنة 1977 المقابلة للمادة 21 ق 52 لسنة 1969 - أو من غيرهم. شرطه. وجوب إقامتهم فيها منذ

بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع. توافرها للمساكن. أثره. حقه فى البقاء فى العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانونى بعد انتهائها دون استنزاف إقامة المستأجر الأصلى فيها. مصدر حقه فى ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم 1712 لسنة 67 ق جلسة 1998/4/16)

5- "عقد إيجار المسكن ذو طابع عائلى يتعاقد فيه المستأجر ليقوم فيه مع أفراد أسرته ومن يتراءى له إيواءهم".

(طعن رقم 1778 لسنة 68 ق جلسة 2000/5/24)

(طعن رقم 326 لسنة 57 ق جلسة 1993/3/14)⁽¹⁾

6- "المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذين عدت لهم م 29 ق 49 لسنة 1977 - المقابلة 21 ق 52 لسنة 1969 - أو من غيرهم. شرطه. إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع. توافرها للمساكن. أثره. حقه فى البقاء فى العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانونى بعد انتهائها دون استنزاف إقامة المستأجر الأصلى فيها. مصدر حقه فى ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد فى حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم 2674 لسنة 68 ق جلسة 2000/1/30)

7- "المساكنة التى تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة حق البقاء بها بعد وفاة

(1) راجع العطار فى شرح أحكام الإيجار الطبعة الثانية ص 538- أبو الوفا فى التعليق على

النصوص الإجرائية طبعة 1982 ص 263 وما بعدها - محمد عبد المجيد مرعى =

فى التعليق على نصوص قانون إيجار الأماكن طبعة 1983 ص 219- ولم يخالف

محكمة النقض فى هذا الاتجاه سوى الدكتور سليمان مرقس الذى كان أول من نادى

بنظرية النيابة الضمنية والاشتراط لمصلحة الغير (راجع مرقس ج1 طبعة 1982 ص 713

وما بعدها).

المستأجر سواء كانوا من الأقارب الذين عدتهم م 29 ق 49 لسنة 1977 أو من غيرهم. شرطه. إقامتهم فيها منذ بدء الإجارة واستمرارها دون انقطاع. توافرها للمساكن. أثره. حقه في البقاء في العين طوال مدة العقد والانتفاع بالامتداد القانوني بعد انتهائها دون استلزام إقامة المستأجر الأصلي فيها. مصدر حقه في ذلك ما تعارف عليه الملاك من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم 355 لسنة 69 ق جلسة 2001/2/18)

وهؤلاء المساكن للمستأجر الأصلي لا تترتب لهم ثمة حقوق قبل المؤجر كما لا تترتب في ذمتهم ثمة التزامات قبل المؤجر ويبقى المستأجر الأصلي هو الطرف الأصلي والوحيد في التعامل مع المؤجر، فإذا ما أخل المستأجر بالتزاماته جاز للمؤجر مقاضاته دون اختصاصهم ويكون الحكم الصادر ضده حجة عليهم. ولا يحق للمساكن طلب إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار أو إثبات العلاقة الإيجارية عن العين كلها أو جزء منها في وجود المستأجر الأصلي. أما إذا امتد الإيجار إلى المساكن بعد وفاة المستأجر أو تركه العين، فإن المساكن يصبح مستأجراً أصلياً، وإذا تعدد المساكن وجب اختصاصهم جميعاً في الدعاوى التي ترفع من المؤجر.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "المقيمون مع المستأجر الأصلي لا تترتب في ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصلي والوحيد في التعامل مع المؤجر ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً عن المبادئ العامة في نسبية أثر العقد حين يقوم بإرادة النائب وينصرف أثره إلى الأصلي لأن هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً في 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 كان قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات 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".

(طعن رقم 508 لسنة 49 ق جلسة 1984/5/14)

2- "إن عقد الإيجار كغيره من العقود لا يلتزم به غير عاقديه فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى طرفيه دون غيرهم كالمقيمين مع المستأجر ولو كانوا من أفراد أسرته طالما بقى المستأجر على قيد الحياة يسكن العين المؤجرة ولم يتخل عنها، بما لازمه القول بانتقاء وجود علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين المؤجر وبين المقيمين مع المستأجر خلال فترة مشاركتهم له فى السكن ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر، كما لا يسوغ معه 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 طبقا للقانون ليسوا أطرافا فى عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أى علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم فى بداية الإيجار أو بعده، وإنما تمتعهم بالإقامة فى العين كانت قياما من المستأجر بواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتبديل والتغيير متعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانونى على أساس النيابة الضمنية، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وانتهى إلى أن الطاعنة - وهى زوجة المستأجر - لا تعتبر وولداها منه مستأجرين أصليين، وإلى أن المطعون ضده الثانى هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعاقد باعتباره مستأجرا فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1163 لسنة 49 جلسة 1985/2/20)

3- "المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المنصوص عليهم في المادة سالفه البيان، حقا في البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرطه أن يثبت حصولها عند بدء الإيجار، مادام أن إقامة هؤلاء المساكين في العين لم تنقطع فإنه يحق لهم الإفادة من الامتداد القانوني، فإن شغل هؤلاء للعين بعد ترك المستأجر لها أو في حالة وفاته، يكون له سنده القانوني، ولا ينال من هذا النظر أن المشرع قد عدد في المادة 29 من القانون رقم 49 لسنة 1977 فئات أقارب مستأجر عين للسكنى ممن يحق لهم الاستناد إلى مساكنتهم له كى يمتد عقد الإيجار لصالحهم بعد وفاته أو تركه للعين، ذلك لأن تخصيصهم بالذكر في النص لا ينفى حق من عداهم في التمسك بالمساكنة وما رتبته القانون عليه من استمرارهم فيها في الحالتين سالفتي الذكر، لأن حقهم مصدره ما تعارف المالكون والمستأجرون عليه في استمرار واضطراد من تحرير عقد الإيجار باسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند استئجار عين واحدة".

(طعن رقم 2296 لسنة 51 ق جلسة 1988/2/8)

4- "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه ولئن كان لعقد إيجار الأماكن طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده، بل ليعيش مع أفراد أسرته ولمن يترأى له إيواؤهم الذين لا تترتب في ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصلي والوحيد في التعامل مع المؤجر ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرون أصليين أخذا بأحكام النيابة الضمنية انحرافا عن المبادئ العامة في نسبية آثار العقد لأن هؤلاء ليسوا طبقا للقانون أطرافا في عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده وإنما تمتعهم بالإقامة في العين كان قياما من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل متعلقة به هو ولا

شأن لها بالمؤجر".

(طعن رقم 1511 لسنة 51 ق جلسة 1988/3/23)

31- هل يجب أن يسبق رضاء الموكل بالوكالة التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل ؟

يذهب رأى إلى أنه سواء كان رضاء الموكل بالوكالة صريحا أو ضمنيا، فإنه يجب أن يسبق التصرف القانونى الذى يعقده الوكيل، فإن كان لاحقا لم تكن هناك وكالة بل فضالة، وكان رضاء رب العمل إقرارا لعمل الفضولى. ويترتب على ذلك أنه لا يكفى أن يقوم شخص بتصرف قانونى لحساب آخر وباسمه حتى تكون هناك وكالة، ولو قام هذا الشخص بالتصرف القانونى بعلم رب العمل ودون معارضة منه، وإنما تكون هذه فضالة⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الرضاء يمكن أن يستفاد من مجرد علم رب العمل بتدخل الفضولى دون أن يعترض عليه، فإذا انتهى إلى علم الفضولى أن رب العمل يعلم بما يجرى خاصا بشأنه، وأنه مع ذلك لم يبد اعتراضا عليه، فحسبه ذلك لكى تصبح له صفة الوكيل عن رب العمل، لأنه يصبح من حقه أن يفسر سكوت رب العمل على أنه إجازة لعمله، والإجازة اللاحقة تعمل عمل الإذن السابق. خاصة أن المشرع المصرى لم ينقل حكم المادة 1372 من القانون المدنى الفرنسى التى يفهم منها أن علم رب العمل بما يأتیه الفضولى لا يجعل منه وكىلا عن رب العمل مما يدل على أن المشرع المصرى أراد الرجوع إلى حكم القواعد العامة التى تقضى بأن: "من يتغاضى عن منع الغير من التدخل فى شأنه يعتبر كأنه قد وكله فيه".

(1) السنهورى ص 492 - أكتثم الخولى ص 200- ويذهب الدكتور أكتثم الخولى إلى أن الصحيح أن الوكالة فى هذا الفرض لا تكون ضمنية بل تكون وكالة مفترضة تقترب من أن تكون نيابة قانونية أساسها العرف.

إنما يشترط أن يكون الفضولى على بينة من علم رب العمل حتى يمكن أن يقال بوجود وكالة ضمنية، ذلك لأن الوكالة عقد، والعقد يتطلب لانعقاده توافق إرادتين، ولا يمكن أن يتم ذلك التوافق إذا كان الفضولى يجهل موقف رب العمل، إذ لا يمكن أن ينشأ عقد بين شخصين يجهل كل منهما إرادة الآخر. ويستفاد من قضاء محكمة النقض أنها تأخذ بالرأى الأخير.

(راجع نقض طعن رقم 572 لسنة 46 ق جلسة 1979/1/10)

(المنشور سلفاً)

32- التوكيل على بياض :

يجوز صدور التوكيل من الموكل مع ترك بياض لتدوين اسم الوكيل فيه أو لتدوين التصرف محل الوكالة أو ترك بياض لتدوين الأمرين معا. ويصدر التوكيل فى الصورة الأولى أى دون تدوين اسم الوكيل فيه- عادة - إذا كان العمل محل الوكالة قليل الأهمية بالنسبة للموكل، أو هو مجرد إجراء شكلى يمكن أن يقوم به أى شخص.

ويحدث ذلك - عادة- فى التوكيل الصادر من المساهم إلى الشركة المساهمة على بياض لتعيين من ينوب عنه فى الجمعية العمومية للشركة.

أو فى التوكيل الصادر من عضو مجلس إدارة جمعية أو ناد إلى مجلس إدارته لتوكيل أحد أعضاء مجلس الإدارة فى حضور إحدى الجلسات. والتوكيل فى هذه الصورة إنما ينطوى على وكالتين، الأولى: وكالة لمجلس إدارة الشركة أو الجمعية أو النادى لتوكيل أحد الأعضاء للقيام بالتصرف محل الوكالة.

والثانى: وكالة من مجلس الإدارة إلى العضو الذى يوكله فى القيام بالتصرف محل الوكالة، وذلك تنفيذاً للوكالة السابقة.

وهذه الوكالة صحيحة قانوناً، رغم ما يوجه إليها من سهام النقد، إذ تؤدى إلى ضعف دور المساهمين فى إدارة الشركة المساهمة أو ضعف أعضاء مجلس إدارة

الجمعية أو النادي فى إدارة الجمعية أو النادي، وترك الأمر مهيباً لسيطرة الحاضرين خاصة إذا كثرت عدد التوكيلات.

والصورة الثانية: للوكالة - وهى التى يترك فيها التصرف محل الوكالة على بياض - يلجأ إليها عادة فى عمل أو أكثر من أعمال الإدارة إذا كان هذا العمل غير معلوم وقت إصدار التوكيل.

وإذا عرف التصرف محل الوكالة وجب على الوكيل كتابته بالتوكيل دون زيادة، أما إذا تجاوز حدود محل التصرف - والذى اتفق عليه بين الطرفين - فإن الغير حسن النية الذى تعامل مع الوكيل لا يضار من هذا التجاوز وينفذ أثر التصرف فى حق الموكل. وللاخير الرجوع على الوكيل.

غير أنه يجب على الموكل أن يثبت أنه دفع التوكيل إلى الوكيل وفيه بياض مخصص لتعيين محل الوكالة فيما بعد. ولايجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها لأنه يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة، ثم عليه إثبات حدود الوكالة المتفق عليها حتى يمكن التثبت من أن الوكيل فى ملئه للبياض قد جاوز هذه الحدود. ويعتبر التوكيل على بياض بعد ثبوته مبدأ ثبوت بالكتابة على أن ما قام به الوكيل كان فى حدود الوكالة⁽¹⁾.

33- التوكيل لحامله :

التوكيل لحامله، هو ذلك الذى يصدر دون تحديد الوكيل ودون ترك بياض لكتابة اسمه فيه.

وقد ذهب بعض الأحكام فى فرنسا إلى بطلان التوكيل لحامله لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى إذ تقوم على الثقة فى شخص من يختاره الموكل لتمثيل مصالحه فلا يمكن أن تصح إذا كانت لحاملها⁽²⁾.

(1) راجع السنهورى ص 505 وما بعدها - أكنم الخولى ص 200 وما بعدها.

(2) باريس 23 مايو 1919.

ولكن الراجح أن الوكالة تكون صحيحة رغم عدم تعيين الوكيل، لأن هذه الصورة تتضمن وكالة صادرة إلى شخص معين هو من يتسلم التفويض غير المحدد يكلفه فيها الموكل بأن يختار بدلا عنه شخصا آخر يراه صالحا للقيام بالعمل موضوع الوكالة أى أن العملية لا تخرج من أن تكون سماحا للوكيل بإنابة شخص آخر عنه فى تنفيذ الوكالة وهذا جائز بلا خلاف وبنص القانون⁽¹⁾.

34- الشكل الواجب توافره فى الوكالة :

تنص المادة 700 مدنى على أنه: "يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

فالنص يوجب أن تتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة.

ولما كان الأصل أن التصرفات القانونية رضائية فإنه يجوز أن تكون الوكالة فى هذه التصرفات رضائية. ومثل ذلك عقد البيع والشراء والقرض والمقاوله والعارية والوديعة.. إلخ، ولا ينال من رضائية عقد البيع تطلب قانون تنظيم الشهر العقارى تسجيله، فذلك لم يغير من طبيعته كعقد رضائى، وإنما عدل فقط آثاره بالنسبة للمتعاقدين والغير فجعل نقل الملكية مترتبا على تسجيل العقد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى- على ما أفصحت عنه المادة 418 منه - عقدا رضائيا، إذلم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين، وسواء كان فى حقيقته بيعا أو يستر هبة، فإن الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية، ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقاده عملا

(3) أكثم الخولى ص 201 - السنهورى ص 506 هامش (1) وما بعدها.

بالمادة 700 منه، وبالتالي فإن الوكالة في البيع تخضع في شكلها لقانون محل إبرامها".

(طعن رقم 216 لسنة 38 ق جلسة 1973/5/17)

2- "قانون تنظيم الشهر العقاري فيما يتطلبه من تسجيل عقد بيع العقار لا يضيف على هذا العقد شكلاً رسمياً معيناً فهو لم يغير شيئاً من طبيعته من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين وإنما قد عدل فقط آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل مترخياً إلى ما بعد حصول التسجيل، وإذا كان نص المادة 700 من القانون المدني يوجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة فإن الوكالة في بيع وشراء العقار تكون هي أيضاً رضائية ولا يستوجب القانون شكلاً رسمياً لانعقادها. وهذا الأمر يستوى سواء أكانت الوكالة ظاهرة سافرة أم وكالة مستترة".

(طعن رقم 648 لسنة 49 ق جلسة 1980/4/24)

أما إذا كان القانون يشترط توافر شكل معين في التصرف محل عقد الوكالة، فإنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك. سواء كان هذا الشكل هو الرسمية أو مجرد الكتابة. وذهب رأى إلى أن نص المادة 700 جاء عاماً في وجوب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة، دون تمييز بين ما إذا كان الشكل قد تطلبه القانون لحماية المتعاقدين أو تطلبه لحماية الغير. كما فعل ذلك أيضاً في الوعد بالتعاقد فأوجب لانعقاد الوعد أن يستوفى الشكل المعين لانعقاد التعاقد الكامل (م/101/2)، دون تمييز بين حالة وحالة. فوجب إذن الوقوف عند النص، وعدم التمييز بين ما إذا كان الشكل مطلوباً لحماية المتعاقدين أو

لحماية الغير (1).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن مناط وجوب الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة، أن يكون اشتراط الشكل الرسمى فى التصرف الذى سيجريه الوكيل مقصودا به حماية المتعاقد الذى وكل غيره بإجراء هذا التصرف. أما إذا كان الشكل مشترطا لمصلحة الغير فإنه لا يلزم توافر هذا الشكل فى التوكيل (2). ويستدرك بعض أنصار هذا الرأى (3) بأنه يصعب فى القانون المصرى إيجاد مثال على شكل يشترطه القانون لمصلحة الغير (4). وهذا ما يجعل التمييز الذى نادى به هذا الرأى ليس له ثمة أهمية عملية فى القانون المصرى.

ونرى الأخذ بالرأى الأول، لا سيما وأن عبارات المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد تساند عمومية نص المادة 700 مدنى، وأن الرأى الثانى لا يستند إلى مبررات قانونية واضحة.

فقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"وإذا كان العمل القانونى المعهود به إلى الوكيل لا يقتضى شكلا خاصا،

-
- (1) السنهورى ص 510 هامش (1).
 (1) محمد على عرفه ص 353 - محمد كامل مرسى ص 473 - أكثم الخولى ص 205 - جمال مرسى بدر ص 177 وما بعدها - وهذا الرأى يتفق مع رأى الفقه فى فرنسا حيث لا يوجد هناك نص صريح مقابل للمادة 700 مدنى.
 (2) أكثم الخولى ص 205 محمد كامل مرسى ص 472.
 (3) وكان ذلك موجودا فى القانون الملغى، مثل التوكيل لإجراء استبدال الدين بواسطة نقل التأمينات، فإنه بمقتضى المادة 255/191 لا ينفذ الاتفاق على نقل التأمينات على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلًا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية، والرسمية التى كان يشترطها القانون المختلط فى الوفاء مع الحلول بالاتفاق مع المدين (مادة 227 مختلط).
 (أكثم الخولى ص 205 هامش (2) - محمد كامل مرسى ص 473).

كالبيع والإيجار، فلا يشترط توافر شكل خاص فى الوكالة. أما إذا كان القانون يتطلب شكلاً معيناً فى هذا العمل، كالرهن الرسمى والهبة، فإن التوكيل يجب أن يتوافر فيه هذا الشكل. فالتوكيل فى رهن أو هبة يجب أن يكون فى ورقة رسمية. ويبين من ذلك أنه إذ اشترط القانون شكلاً خاصاً فى عقد معين، وجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فى الوعد بهذا العقد (م 150 فقرة 2 من المشروع) وفى التوكيل فيه (م 975 من المشروع)⁽¹⁾.

35 - حالة وجود نص يقضى بغير القاعدة الواردة بالمادة (700) مدنى:

بعد أن نصت المادة 700 مدنى فى صدرها على أن: "يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة..." أردفت بعبارته "ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

والمقصود بالعبارته الأخيرة أنه إذا نص القانون على شكل معين يجب أن يتم فيه التوكيل فإنه يجب اتباع هذا الشكل، دون النظر إلى ما إذا كان التصرف محل التوكيل يستوجب فيه القانون شكلاً ما أم لا يستوجب ذلك، وبصرف النظر عن الشكل الذى يتطلبه القانون إن كان يتطلب فيه شكلاً معيناً.

ومثال ذلك التوكيل الصادر للمحامى أو التوكيل بالخصومة إذ نصت المادة 57 من القانون رقم 17 لسنة 1983 (المعدل) بشأن إصدار قانون المحاماة على أن: "لا يلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة"⁽²⁾.

36 - أمثلة للتصرفات التى يشترط فيها القانون شكلاً معيناً:

(1) عقد الهبة بالنسبة للواهب:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 192.

(2) السنهورى ص 512.

رأينا عند شرح عقد الهبة أن القانون اشترط أن تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر (1/488 مدنى)، أما إذا تمت هبة المنقول بالقبض، فلا يشترط فيها الرسمية.

والرسمية واجبة بالنسبة لإيجاب الواهب فقط دون قبول الموهوب له. وعلى ذلك تكون الرسمية لازمة فى توكيل الواهب للغير فى الهبة.

(2) محو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى) :

تنص المادة 45 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقارى (الواردة بالبواب الخامس الخاص بأحكام القيد) على أنه: "لايجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضا الدائن بتقرير رسمى منه ومع ذلك يكتفى بإجراء المحو فى حالة رهن الحياة العقارى وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفى على التوقيع فيه".

وعلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر من الدائن للغير لإجراء المحو رسميا.

أما فى حالة التوكيل فى محو الرهن الحيازى العقارى وحقوق الامتياز العقارية، فيكفى أن يكون التوكيل الصادر للغير بإقرار عرفى مصدق على التوقيع فيه.

(3) عقد الشركة :

تنص المادة 507 مدنى على أن: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى فرغ فيه ذلك العقد".

وعلى ذلك يجب أن يكون التوكيل الصادر للغير بإبرام عقد الشركة أو بإدخال تعديلات على عقد قائم مكتوبا فى ورقة عرفية، وإلا كان التوكيل باطلا.

(4) التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق ملكية

السفينة أو غيره من الحقوق العينية عليها :

تنص المادة 1/11 من القانون رقم 8 لسنة 1990 بإصدار قانون التجارة البحري على أن: "تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة".

وبالترتيب على ذلك فإن توكيل الغير في أحد التصرفات سالفه الذكر يجب أن يكون بورقة رسمية.

وكذلك كل توكيل صادر برهن السفينة، لأن رهن السفينة لا ينعقد إلا بعقد رسمى (م 41 من القانون رقم 1990/8).

37- القانون الذى يخضع له شكل العقود :

تنص المادة 20 من التقنين المدنى على أن: "العقود ما بين الأحياء 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".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه. فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلغراد عملا بالمادة 14/64 من القانون رقم 1954/166- واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبية اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن".

(طعن رقم 383 لسنة 27 ق جلسة 1963/2/7)

2- "أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجرى به قضاء النقض- تخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه، لما كان ذلك فإنه لا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة

الصادر فى قبرص بأحكام قانون الشهر العقارى المصرى رقم 114 لسنة 1946".

(طعن رقم 59 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/2/12)

3- "المقرر أن أشكال العقود والتصرفات يخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه فلا وجه للتذرع بشأن عقد الوكالة الصادرخارج مصر بأحكام قانون الشهر العقارى والتوثيق المصرى رقم 14 لسنة 1946، لما كان ذلك وكان الثابت من الورقة المقدمة من المحامى الذى رفع الطعن رقم 641 لسنة 60ق والمعنونة "توكيل خاص" أنها تتضمن شهادة صادرة من وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن.... قد وكلا عنهما المحامى المذكور لاتخاذ إجراءات الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه وذلك بصفتها الصادر بها الحكم المطعون فيه وكان المطعون عليهما لم يتعرضا بأن إجراءات التوكيل التى تمت بدولة الإمارات قد وقعت بالمخالفة للقانون المعمول به فى هذه الدولة، كما لم يقدم ما يفيد ذلك ومن ثم فإن هذا التوكيل حجه فى إسباغ الوكالة للمحامى الذى رفع الطعن المذكور".

(طعان رقما 641، 668 لسنة 60ق جلسة 1991/4/28)

إثبات الوكالة :

38- عبء إثبات الوكالة :

يقع عبء إثبات الوكالة على عاتق من يدعيها. فإذا احتج الموكل على الوكيل بالوكالة ليطالبه بالتزاماته كان عليه إثبات هذه الوكالة. وإذا احتج الوكيل على الموكل بالوكالة لمطالبته بما أنفق من مصروفات مثلا، كان على الوكيل إثبات الوكالة.

وإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد كامل مرسى ص 477.

"عبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها، فإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانونى الذى عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداهها، وأن الوكيل قد تصرف فى نطاقها حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف، إذ الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عن الموكل إذا عمل باسم هذا الأخير وجاوز حدود الوكالة".

(طعن رقم 258 لسنة 35 جلسة 1969/5/15)

ولم يرد بالقانون المدنى الجديد نص مقابل للمادتين 634/518 من القانون القديم اللتين تخولان لمن يتعامل مع الوكيل الحق فى أن يطالبه بتقديم صورة رسمية من التوكيل لينفادى مغبة إنكار التوقيع أو إساءة استعمال التوقيع على بياض. على أن حذف هذا النص لا ينفى أن لكل شخص يتعامل مع الوكيل الحق فى أن يتحرى صفته وحدود تلك الصفة، فللغير أن يطالب بتقديم صورة رسمية من سند التوكيل وإلا كان له أن يرفض التعامل مع الوكيل، إلا إذا كان مزودا بتوكيل مصدق فيه على إمضاء الموكل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل فى قواعد الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعليه تقصيره. وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك".

(طعن رقم 22 لسنة 38 جلسة 1973/4/14)

39- إثبات الوكالة الصريحة:

(1) محمد على عرفه ص 354.

(أ) – الوكالة المكتوبة :

عادة تكون الوكالة مكتوبة، سواء كانت رسمية أو عرفية، وفي هذه الصورة يسهل إثبات الوكالة سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة للغير. ويكون ذلك بإبراز التوكيل المكتوب.

وإذا كان التوكيل رسمياً، تثبت له حجية المحرر الرسمي، وإذا كان عرفياً تثبت له حجية المحرر العرفي.

ويقوم مقام الكتابة إقرار الخصم بالوكالة وفي هذا قضت محكمة النقض

بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثانى عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكيلاً عنهم فى إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة، وفى هذا ما يقوم مقام الكتابة فى إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة رسمية منها".

(طعن رقم 1070 لسنة 48 ق جلسة 1979/1/18)

(ب) – الوكالة الشفوية :

ليس لإثبات الوكالة الشفوية قواعد خاصة. وإنما تسرى عليها القاعدة العامة فى الإثبات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 60 من قانون الإثبات التى تقضى بأنه: "فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك".

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م1/62 من قانون الإثبات). ويجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى فى الحالتين الآتيتين:

(1) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ومثل ذلك إثبات الوكالة بين الزوجين والأقارب والأصهار، وإذا جرى العرف بألا تؤخذ كتابة، كما هو الأمر فيما بين السيد والخدام والمخدوم والمستخدم، ورب العمل والعامل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كانت محكمة الموضوع قد كيفت العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة مقرض بمقرض لا وكالة بالعمولة وأقامت قضاءها في هذا الخصوص على ما استخلصته من شهادة الشهود ومن القرائن الماثلة في الدعوى استخلاصا سائغا فلا وجه للنعي عليها بالخطأ في التكييف ولا للقول بأن الدائن لم يقدم دفاتره التجارية رغم تكليف المحكمة له بذلك - إذ بحسب المحكمة بعد أن اقتنعت من الأدلة التي أوردتها في حكمها بحقيقة العلاقة بين الطرفين أن يقوم قضاؤها عليها".

(طعن رقم 300 لسنة 23 ق جلسة 1957/11/7)

2- "من المقرر أن المادة 63 من قانون الإثبات تبيح إثبات عقد الوكالة بالبينة في حالة وجود مانع أدبي لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة ممن تعاقده معه، وأن المانع كما يكون ماديا يجوز أن يكون أدبيا، وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده في جميع الأحوال يدخل في سلطة قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، فمتى رأى القاضي من ظروف الدعوى أن لعلاقة الأبوة بين الطاعن والمدعى بالحقوق المدنية قيام هذا المانع وقبل إثبات الوكالة بالبينة فلا معقب على رأيه في ذلك، ذلك أن تقدير المانع من الحصول على الكتابة من أمور الموضوع التي تفصل فيها المحكمة وجودا أو عدما تبعا لوقائع كل دعوى وملابساتها، ومتى قالت المحكمة بقيام هذا المانع بناء على ما تذكره في حكمها من أسباب فلا تقبل المناقشة في ذلك أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 4684 لسنة 60 ق جلسة 1995/12/11)

(1) السنهوري ص 516 وما بعدها.

(2) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه (م63 ق قانون

الإثبات).

وقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة - كالشأن في قواعد الإثبات عامة - مما لا يتعلق بالنظام العام ويجب على الخصم التمسك بها، ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض لأنها تتصل بواقع لم يطرح على محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن كان عقد الوكالة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا زاد مجموع التصرف محل الوكالة على عشرة جنيهاً إلا أنه إذا كان الموكل لم يتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه لا يملك التحدى به أمام هذه المحكمة لأول مرة لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولأنه لا يجوز أن يثار أمام هذه المحكمة إلا ما كان معروضاً على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع".

(طعن رقم 64 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/28)

ووضح من المادة 1/60 من قانون الإثبات أنه إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة تجارياً فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية ولو تجاوزت قيمة التصرف ألف جنيه بالنسبة للشخص الذى يعتبر التصرف تجارياً بالنسبة له. كما إذا كان الموكل تاجراً وكان التصرف محل الوكالة متعلقاً بعمل من أعمال تجارته، أو كان الموكل غير تاجر ولكن التصرف محل الوكالة كان عملاً تجارياً وتعتبر الوكالة تجارية بالنسبة للوكيل إذا كان الوكيل تاجراً وكانت الوكالة تدخل فى أعمال تجارته.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"اتفاق الطرفين على القيام بعمل تجارى هو استغلال مطحن يجعلهما تاجرين. وإذا كان تفويض المطعون ضده الأول للطاعن ينطوى على أعمال تتصل بهذا العمل ولازمة له، فإن هذه الأعمال تعتبر هى الأخرى أعمالاً تجارية تطبيقاً لمبدأ

الأعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون التجارة. وغير صحيح ما يقوله الطاعن من أن العمل التجارى يعتبر مدنيا بالتبعية لتلك الأعمال لأنه هو الأصل والأصل لا يتبع الفرع. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا النظر بحق اعتبار عقد الوكالة تجاريا وأجاز إثباته بالبينة ورد على دفاع الطاعن فى هذا الصدد، فإن النعى عليه بهذين السببين يكون على غير أساس".

(طعن رقم 452 لسنة 37 ق جلسة 1972/10/28)

ويجوز إثبات الوكالة أيضا بالإقرار واليمين.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا طُلب المدعى عليهم ببيع أطيان مدعى وضع يدهم عليها، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكيلًا عن إخوته الباقين بالتزامهم للمدعى عليهم ببيع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتًا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هذه الوكالة ولم ينازعوا فيها فى أى دور من أدوار التقاضى، وقصروا دفاعهم على أن شقيقهم (الوكيل) هو واضع اليد دونهم، فاستخلصت المحكمة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة ولم تطلب ورقة التوكيل بل قضت فى الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلك الورقة، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا بقصور فى التسبب".

(طعن رقم 82 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/3)

2- "إذا كان الحكم قد استند فى إثبات الوكالة فى التأجير إلى إقرارات الموكل سواء فى دفاعه أمام محكمة الموضوع أو فى شكوى إدارية وإلى أقوال الوكيل فى شكوى إدارية من أنه استأجر ماكينة لحساب الموكل فإن هذا الاستناد لا مخالفة فيه للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التى يجيزها

القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها".

(طعن رقم 64 لسنة 23 ق جلسة 1957/2/28)

3- "إذا استند الحكم فى إثبات الوكالة إلى إقرارات الموكل فى دعوى جنائية ودفاعه فى دعوى أخرى، فلا مخالفة فى ذلك للقانون لأن تنفيذ الوكالة أو الإقرار بها صراحة أو ضمنا من الأدلة التى يجيزها القانون لإثبات الوكالة أو لإعفاء الخصم من تقديم الدليل عليها".

(طعن رقم 288 لسنة 36 ق جلسة 1970/12/31)

4- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استدل على وكالة المطعون عليه الثانى عن الطاعنين من إقرارهم بأنه كان وكىلا عنهم فى إدارة أموالهم والتعامل باسمهم حتى إلغائهم التوكيلات المذكورة، وفى هذا ما يقوم مقام الكتابة فى إثبات الوكالة وتغنى عن تقديم صورة منها".

(طعن رقم 1070 لسنة 48 ق جلسة 1979/1/18)⁽¹⁾

"ثبوت الوكالة الاتفاقية أمر موضوعى يتوقف على فهم المحكمة للواقعة متى كان استخلاصها سائغا وله سنده من أوراق الدعوى".

40- سريان قواعد الإثبات السابقة على الغير:

تسرى قواعد الإثبات سالفه الذكر على الغير الذى يريد إثبات الوكالة فى

(1) كما قضت بأن:

"إذ كان الثابت أن الطاعن الأول قد وقع على محضر الشرطة - المتضمن عقد بيع - دون أن يذكر شيئا عن نيابته عن أولاده فى هذا التصرف، فإن استخلاص الحكم لنيابة الطاعن الأول عن أولاده من توقيعه على المحضر سالف الذكر يكون معيبا لا تؤدى إليه عبارات ذلك المحضر. ولا يغير وجه الرأى كون الطاعن الأول وكىلا عن أولاده، لأن ذلك لا يجعل توقيعه على المحضر منصرفا إليهم مادام أنه لم يعلن وقت التوقيع أنه يوقع نيابة عنهم".

(طعن رقم 211 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/18)

مواجهة الموكل. فلا يجوز له إثبات الوكالة بغير الكتابة إذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز ألف جنيه، ما لم يكن التصرف تجارياً. وقد علل البعض سريان قواعد الإثبات هذه على الغير كالمتعاقدين تماماً، بأن الغير يعتبر خلفاً للوكيل لا تتجاوز حقوقه حقوق سلفه⁽¹⁾.

بينما عللها البعض - بحق - بأن الغير يتأثر بالوكالة كما لو كان طرفاً فيها، فهو فى موقف يقترب من المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذ المنتفع يعتبر الاشتراط لمصلحته بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية⁽²⁾.

41- إثبات الوكالة الضمنية:

لا شك فى جواز إثبات القبول الضمنى للوكالة بكافة طرق الإثبات، طالما أنه يمكن استنتاج القبول من مجرد أداء العمل الموكول فيه كما رأينا سلفاً، فتلك واقعة مادية يجوز إقامة الدليل عليها بأية وسيلة من وسائل الإثبات وأخصها البيينة والقرائن⁽³⁾.

أما إثبات إيجاب الموكل فى الوكالة الضمنية، فقد ذهب رأى إلى وجوب التقيد بالقواعد العامة لإثبات الوكالة الصريحة، استناداً إلى أن الوكالة عقد وأن القانون لم يستثنها إذا انعقدت بالرضاء الضمنى من القواعد المقررة لإثبات العقود⁽⁴⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه يجوز إثبات الوكالة الضمنية بكافة وسائل

(1) محمد على عرفه ص 359 - ويذهب الدكتور أكثم الخولى ص 206 إلى أن ذلك يخالف القواعد العامة التى تبيح إثبات العقد بكافة الطرق لمن ليس طرفاً فيه. وأنه من الخطأ القول بأن الغير يعتبر خلفاً للوكيل.

(2) السنهورى ص 518.

(3) محمد على عرفه ص 360.

(4) مشار إليه فى مؤلف محمد كامل مرسى ص 476 ومؤلف أكثم الخولى ص 206.

الإثبات، ذلك لأن مسألة قبول الإثبات أو عدم قبوله تتحدد وفقا للوقائع المراد إثباتها لا وفقا للنتائج التي تترتب على إثبات هذه الوقائع. وواضح أن من يدعى وجود وكالة ضمنية إنما يرمى إلى إثبات الوقائع المادية التي يمكن أن يستنتج منها وجودها، كواقعة إرسال المستندات المتصلة بالعمل الموكل فيه، أو اعتياد المخدوم أن يتعامل نسيئة مع التاجر وأن يرسل خادمه للتعامل معه أو غير ذلك من الوقائع التي تقوم عليها الوكالة الضمنية. ولا يقيد من حرية إثبات هذه الوقائع أن يؤدي إثباتها إلى إثبات قيام رابطة قانونية بين المدعى والمدعى عليه، لأن هذه الرابطة لم تكن بذاتها محلا للإثبات، ولكنها استنتجت من إثبات الوقائع المادية التي تستند إليها الوكالة. وإثبات هذه الوقائع جائز بكل وسائل الإثبات⁽¹⁾.

وعلى ذلك يكون لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها في الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية. ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض، طالما استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهت إليها.

وقد أخذت محكمة النقض بالرأى الثاني في قضائها، إذ ذهبت إلى أن:

1- "إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في تسلم مورث المطعون عليهم الرسائل المشحونة - محل النزاع - من مصلحة السكك الحديدية نيابة عن الشاحن، وكانت الوكالة الضمنية في هذا الخصوص مما يجوز إثباته بالقرائن وقد استخلصت المحكمة قيامها من وقائع ثابتة بالأوراق تؤدي عقلا إلى النتيجة التي انتهت إليها فإن المجادلة في تقدير الدليل على قيام تلك الوكالة جدل موضوعي لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(2) محمد على عرفه ص 361 وما بعدها- أكرم الخولى ص 206 هامش (2)- السنهوري ص

503 وما بعدها - المنصورة الابتدائية 1944/2/6 - قنا الابتدائية 1928/3/10.

(طعن رقم 124 لسنة 26 ق جلسة 1962/2/15)

2- "إذا كان لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها في الدعوى، ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية، وكان الذى خلص إليه الحكم المطعون فيه سائعا، ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعنان فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل".

(طعن رقم 276 لسنة 36 ق جلسة 1971/2/2)

3- "إذا كان التحقق من توافرصفة النيابة من الخصم أو عدم توافرها مسألة موضوعية، وكان الحكم قد نفى هذه الصفة عن المطعون عليه الثالث بأسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق وتؤدى عقلا إلى المعنى الذى خلص إليه، فإن الجدل فى ذلك لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا تتحسر عنه رقابة محكمة النقض".

(طعن رقم 198 لسنة 39 ق جلسة 1976/1/26)

4- "لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن تستخلص من هذه المستندات المقدمة لها فى الدعوى ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية".

(طعن رقم 150 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/3)

5- "المقرر أن جميع التصرفات القانونية التى يجوز للشخص أن يقوم بها قد يباشرها بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء كانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، وكانت النيابة الاتفاقية لا يشترط لقيامها بحسب الأصل شكلا معيناً، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية، ولئن كان إيداع ثمن العقار المشفوع فى خزينة المحكمة وفى الموعد الذى حدده القانون من الإجراءات اللازمة لقبول دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى طلبها إلا أنه إجراء سابق على رفعها ولا يعتبر من إجراءات الدعوى ذاتها التى تبدأ بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة ومن ثم

يكون الوفاء بهذا الالتزام الذى فرضه القانون جائزا من الوكيل ولو لم تكن وكالته رسمية، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ المحررات مادام تفسيرها لها سائغا ولا تخرج عن حقيقة مدلولها، وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على نيابة ابن المطعون ضده الثانى عن المطعون ضده الأول فى إيداع الثمن بما ورد بعبارات محضر الإيداع من أنه أودع المبلغ المودع لحسابهما معا وعلى ذمة دعوى الشفعة المزمع إقامتها منهما، وكان هذا الاستدلال سائغا، فإن النعى عليه بسبب النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم 487 لسنة 50 ق جلسة 1984/1/24)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية وفقا لما تقضى به المادة 1/14 من قانون الإثبات، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده ركن فى إثبات صدور وكالة من الطاعن، إليه إلى صورة من الإقرار المؤرخ 31 من يناير سنة 1988 المنسوب صدوره إلى رئيس اللجنة الاستئنافية المختصة بنظر التظلم من تقدير ثمن الأرض مشترى الطاعن وما تضمنه هذا الإقرار من قيامه بتقديم التظلم إلى اللجنة المذكورة ومباشرته أمامها وحضور المعاينة التى أجرتها للأرض محل التقدير، وكانت تلك الصورة لا تصلح دليلا على قيام الوكالة لأنها لا تحمل توقيعيا للطاعن فإن الحكم إذ عول عليها وحدها لإثبات قيام الوكالة بين الطاعن والمطعون ضده ورتب على ذلك قضاءه بأحقية الخبير فى مبلغ الأتعاب المقضى به فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 1693 لسنة 59 ق جلسة 1990/11/8)



مادة (701)

- 1- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.
- 2- ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون. ويدخل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله.

الشرح

42- المقصود بالوكالة العامة:

الوكالة العامة هي التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها للتصرف محل الوكالة أو لنوع التصرف محل الوكالة. ومثل ذلك أن تتضمن الوكالة تخويل الوكيل مباشرة (كل الأعمال التي يراها في صالح الموكل) أو (كل التصرفات القانونية التي يصح أن تبأشر بوكيل)⁽¹⁾ أو (بجعل الوكيل مفوضا عن الموكل). والجامع في هذه العبارات أنها لا تعين محل التصرف القانوني المعهود به للوكيل، ولا نوع التصرف القانوني ذاته. وإن كان لا يمنع أن تتضمن عبارات الوكالة ما يشير إلى الإدارة كأن يوكل الموكل الوكيل في إدارة أعماله. والوكالة العامة لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وتحتيز له مباشرة أعمال الإدارة جميعها. وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة 701 مدني عدة أمثلة

(1) محمد على عرفه ص 367.

لأعمال الإدارة هي:

- 1- الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات.
- ولاشك أن الإيجار الذي تزيد مدته على ثلاث سنوات هو أيضا من أعمال الإدارة، ولكنه يخرج عن نطاق الوكالة العامة، ويجب أن يصدر به وكالة خاصة.
- 2- أعمال الحفظ والصيانة.
- 3- استيفاء الحقوق ووفاء الديون.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"... وإذ كانت هذه النيابة واردة في ألفاظ عامة ولا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني الحاصل فيه الإنابة فإنها حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة 701 من القانون المدني لا تخول الحارس صفة إلا في أعمال الإدارة وما يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات. ولما كانت الفقرة الثانية من المادة 701 من القانون المدني، نصت على أن وفاء الديون يعد من أعمال الإدارة فإن وفاء الديون متى كانت ثابتة في الذمة يدخل في سلطة الحارس ويدخل في سلطته تبعا لذلك حق التقاضى فيما ينشأ عن هذا الوفاء من منازعات فيصح أن يكون مدعيا أو مدعى عليه فيها".

(طعن رقم 308 لسنة 30 ق جلسة 1965/5/27)

وهذه الأعمال - كما ذكرنا - وردت بالنص على سبيل المثال لا الحصر - فيصح أن يضاف إليها كل عمل آخر يعتبر من أعمال الإدارة حسب طبيعته وفقا للعرف الجارى⁽¹⁾.

ومثال ذلك ما يأتى:

- 1- التنفيذ على أموال الموكل لاستيفاء حقوقه، بطريق حجز المنقول أو العقار أو حجز ما للمدين لدى الغير.

(1) جمال مرسى بدر ص 206.

2- المطالبة بسداد الديون التي في ذمة الغير لموكله، وأن يباشر الدعاوى الخاصة بذلك عند اللزوم بشرط عدم الصلح فيها أو قبول التحكيم أو قبول الأحكام الصادرة ضد موكله إن كانت قابلة للطعن فيها.

3- تلقى الوفاء بالديون وتحرير مخالصات عنها.

4- رفع دعاوى وضع اليد، ولكن لا يجوز له رفع دعاوى الملكية أو القسمة لأن المرافعة فيها تقتضى المساس بأصل الحق⁽¹⁾.

5- قبول الوفاء بمقابل إذا لم يكن في ذلك إضرار بحقوق الموكل.

6- عرض وفاء دين الموكل بمقابل، بشرط أن يكون هذا المقابل منقولاً، لأن عرض العقار كمقابل للوفاء يعتبر من قبيل بيع العقار الذي يتطلب توكيلاً خاصاً.

7- الوكالة العامة، التي تفوض المحامى في إجراء كل ما يراه في مصلحة الموكل، تتضمن تفويضه في رفع الدعاوى باسم موكله دون حاجة إلى تفويض مستقل.

8- اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم⁽²⁾.

ولكن ليس للوكيل أن يتنازل عن التقادم المكتسب.

9- بذل المنح المعتادة للخدم والعمال والمستخدمين في المناسبات المختلفة لأن مثل هذه العطايا تعتبر في الواقع جزءاً من الأجر⁽³⁾.

ويمكن أن يقتصر التوكيل على بعض أعمال الإدارة، أو على عمل معين بالذات.

وفي هذه الحالة يكون التوكيل خاصاً لا عاماً.

43- مباشرة أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة؛

(1) محمد على عرفه ص 371 هامش (2).

(2) محمد كامل مرسى ص 526.

(3) محمد على عرفه ص 372 - محمد كامل مرسى ص 526.

بعد أن أوردت الفقرة الثانية من المادة 701 مدنى بعض الأمثلة لأعمال الإدارة أوردت أنه "ويدخل فيها (أى أعمال الإدارة) كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة"، وأوردت أمثلة أيضا لذلك ببيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله.

ومعنى ذلك أن هناك بعض أعمال التصرف تدخل فى أعمال الإدارة، طالما أن هذا العمل تقتضيه أو تتطلبه الإدارة.

ويضاف إلى الأمثلة الواردة بالنص أمثلة أخرى منها:

- 1- استئجار عقارات لحساب الموكل، إذا استلزم ذلك حسن القيام بالإدارة المعهودة إلى الوكيل⁽¹⁾.
- 2- بيع نتاج الماشية.
- 3- افتراض المال اللازم لإدارة أموال الموكل من حفظ وصيانة وإصلاح وترميم.
- 4- شراء الآلات الزراعية والأسمدة والبذور والمواشى اللازمة للزراعة.
- 5- شراء وسائل النقل اللازمة لاستغلال المتاجر من سيارات ومركبات ونحو ذلك.
- 6- التوقيع على السندات الإذنية عن الموكل المتعلقة بأعمال الإدارة، لأنها وغيرها من الصكوك التجارية الوسيلة الطبيعية لنماء التجارة وسرعة تداول العروض، فإذا توقف التاجر الموكل عن دفع ديونه الثابتة بهذه السندات جاز الحكم بشهر إفلاسه⁽²⁾.
- 7- استثمار أموال الموكل فيما يرى أنه يعود بالمنفعة عليه، سواء فى شراء

(1) محمد كامل مرسى ص 524 هامش (2).

(1) السنهورى ص 554 هامش (6) وما بعدها.

عقارات أو قيم منقولة.
فهو يتطلب منه أن يسهر على ضمان مصلحة الموكل حتى لا يتهم بسوء الإدارة⁽¹⁾.



مادة (702)

- 1- لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.
- 2- والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات.
- 3- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى.

الشرح

44- المقصود بالوكالة الخاصة :

الوكالة الخاصة، هى تلك التى تلزم لأعمال التصرف والتبرعات، وكذلك أعمال الإدارة الخاصة على النحو الذى أوضحناه سلفا.

واشترطت الوكالة الخاصة هنا لخطورة أعمال التصرف والتبرع⁽¹⁾.

فكل عمل ليس من أعمال الإدارة تلزمه وكالة خاصة.

والوكالة الخاصة يجوز أن ترد على نوع من أنواع التصرفات القانونية، دون تحديد لمحل التصرف الذى ترد عليه، إذا كان التصرف من المعاوزات فيجوز أن ترد الوكالة الخاصة على البيع أو الشراء أو الإقراض أو الصلح أو الرهن أو ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق (وهى أنواع التصرفات القانونية)، دون تحديد

(1) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 198.

المحل الذى يرد عليه كل تصرف، كمنزل معين مثلا فى حالة التوكيل فى الشراء أو البيع.

فالوكالة هنا خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله، فيجوز للتوكيل القيام بهذه التصرفات على كافة أموال الموكل دون التقيد بمال معين. ويجوز أن ترد الوكالة على أكثر من نوع من أنواع التصرفات القانونية ولو وردت فى توكيل واحد، كأن ترد على البيع والشراء والرهن، طالما أن هذه الأنواع محددة بالوكالة. كما يجوز أن تقتصر الوكالة على تصرف واحد من التصرفات السابقة أى ترد على محل محدد، كأن تكون الوكالة فى بيع منزل معين أو قطعة أرض محددة فيكون التوكيل قاصرا على هذا المحل، ولايجوز للتوكيل التدرع بهذه الوكالة فى بيع منزل أو أرض أخرى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وأعمال الإدارة يصح أن تكون محلا لوكالة عامة أو لوكالة خاصة كما تقدم. أما أعمال التصرف فلا يصح أن تكون محلا إلا لوكالة خاصة لخطورتها. فلا يصح أن يوكل شخص آخر توكيلا عاما فى جميع أعمال التصرفات دون أن يخصص أعمالا معينة، منها فإن خصص اقتصرت الوكالة على ما خصص ولا تتناول غير ذلك من أعمال التصرفات، كما إذا وكل شخص آخر فى بيع ماله وفى التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات فلا تتناول الوكالة فى هذه الحالة إلا البيع دون غيره. على أن التوكيل فى البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقا لطبيعته وللعرف الجارى، فيجوز للتوكيل فى البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع"⁽¹⁾.

وقد أوردت الفقرة الأولى من المادة أمثلة على التصرفات التى تستوجب

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 198.

الوكالة الخاصة وهي:

- 1- البيع.
- 2- الرهن.
- 3- التبرعات.
- 4- الصلح.
- 5- الإقرار.
- 6- التحكيم.
- 7- توجيه اليمين ولكن لا يصح القيام بالحلف بواسطة وكيل، لأن هذا يتعلق بذمة الحالف⁽¹⁾.
- 8- المرافعة أمام القضاء.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويلحق بأعمال التصرفات وجوب أن تكون الوكالة فيها وكالة خاصة، أعمال تتطوى على شئ من الخطورة يعلو بها عن مستوى أعمال الإدارة، وهذه هي الصلح والإدلاء باعتراف وتوجيه اليمين والدفاع أمام القضاء عن موضوع الحق"⁽²⁾.

(أنظر في الوكالة في المرافعة أمام القضاء بند 48).

وهناك أمثلة أخرى لم يرد النص عليها بالمادة منها: الرهن والإقراض وترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أى حق عيني آخر أصلى أو تبعي، أو دفع حصة فى شركة⁽³⁾. وطلب الوكيل إيقاع البيع على موكله⁽⁴⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 529.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 198.

(3) السنهورى ص 558.

(4) وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كانت الوكالة المراد إثباتها، صريحة كانت أو ضمنية، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وكان قطع القطن ونقله إلى استحقاق تال لا يعتبر أيهما من بين هذه الأعمال ولا بد لمن يجريهما نيابة عن صاحب الشأن من أن يكون لديه وكالة خاصة بالبيع لأن هذين الأمرين هما من مقتضيات البيع وتوابعه الضرورية، ومن ثم فإن إثبات وكالة الإبن عن والده في أعمال الإدارة لا تؤدي إلى ثبوت صفة للإبن في نقل القطن من استحقاق إلى آخر نيابة عن والده".

(طعن رقم 323 لسنة 35 ق جلسة 19/6/1969)

2- "النص في المادة 2/702 من القانون المدني على أن الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات يدل على أن الوكالة الخاصة في المعاوزات يصح أن تصدر دون تحديد لمحل التصرف، ولما كان التوكيل الصادر من المطعون عليها الأولى لمحاميها ينص على أنه له أن يشتري لذمتها العقار المطلوب بيعه فإنه يخوله صفة في أن يشتري عنها الأطيان موضوع التنفيذ

"لئن كان طلب الوكيل إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة تبيح له ذلك إعمالاً لنص المادة 702 من القانون المدني، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، وأبرم تصرفاً فإن هذا التصرف يكون موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أقره اعتبر نافذاً في حقه من وقت إبرامه. وإذا كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامي الذي كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقاري، وطلب إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية، فإن إجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحي التصرف صحيحاً وناظراً في حقهم، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح".

(طعن رقم 485 لسنة 40 ق جلسة 1/1/1975)

عملا بالمادة 2/702 السالف ذكرها دون حاجة إلى أن يعين فيه على وجه التحديد بيان هذه العقارات التي انصب عليها التصرف، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون لرفض دفاع الطاعنة من أن التوكيل لم يكن يخول الوكيل شراء العقار بجلسة المزاد لأن عبارته غامضة ولا تتضمن تحديدا لموضوعه يكون على غير أساس".

(طعن رقم 371 لسنة 39 ق جلسة 1974/10/22)

أما إذا كانت الوكالة صادرة لأعمال التبرعات، كالهبة والوصية والإبراء، فإنه يجب تحديد المحل الذى ترد عليه الوكالة، كأن تكون الوكالة فى بيع مزرعة معينة أو مصنع محدد أو سيارة بذاتها.

أما إذا وردت الوكالة فى أعمال التبرع مطلقا كان التوكيل باطلا. وقد تشدد المشرع فى التبرعات أكثر من المعاوضات لما تنطوى عليه من خطورة أكبر لتجرد الموكل من ملكه أو حقه، فلا يسوغ ترك الوكيل مطلق اليد فى التبرع بما يشاء من أموال الأصيل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

1- "أما إذا كان العمل تبرعا كالهبة والعارية، فلا تكفى الوكالة الخاصة دون تعيين المال الذى يرد عليه العمل القانونى وإذا صح أن يوكل شخص آخر فى بيع ماله دون أن يعين المال الذى يباع، فلا يجوز ذلك فى التوكيل فى الهبة، بل يجب أن يعين التوكيل الخاص المال الذى يوهب، ولا يجوز للوكيل هبة غير هذا المال وذلك لخطورة أعمال التبرعات".

2- "ويلاحظ أن تدرج الأعمال فى الخطورة يتمشى مع تدرج الوكالة فى التخصيص فما كان من الأعمال محدود الخطورة، كأعمال الإدارة، تكفى فيه الوكالة العامة، فإذا زادت خطورة العمل، كما فى أعمال التصرف وملحقاتها. وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى. حتى إذا وصلت الخطورة إلى

الذروة، كما فى أعمال التبرع، وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل وفى محله".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملا بالمادتين 516 و 517 من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك. فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصورا على الاستدانة وrehن ما يفى الدين من أملاك الموكل. ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين".

(طعن رقم 3 لسنة 7 ق جلسة 1937/4/1)

2- "تصح الوكالة الخاصة فى نوع معين من الأعمال القانونية ولولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات (م 2/702 مدنى) فإن الوكالة الخاصة فيها لا تصح إلا إذا كان المال محل التبرع معيناً على وجه التخصيص بحيث إذا لم يرد بالتوكيل بيان للأعيان محل التبرع فلا يكون للوكيل سلطة القيام بأعمال التبرع نيابة عن الأصيل، ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال الذى انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلاً، ولو كان الوكيل عالماً بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل".

(طعن رقم 46 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

3- "طبقا لحكم المادة 517 من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة 2/702 من القانون المدنى الحالى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تصح الوكالة الخاصة فى أعمال التبرعات إذا كان المال محل التبرع معنا فى سند التوكيل".

(ظعن رقم 10 لسنة 36 ق "أحوال شخصية" جلسة 1968/3/6)

4- "إبراء المطعون ضده من الأجرة عمل تبرعى بالنسبة للطاعة صاحبة الحق فى اقتضاؤها دون الوكيل، مما كان يلزم لانصراف أثره إليها أن يعين محله على وجه التخصيص فى التوكيل الصادر منها عملا بالفقرة الثانية من المادة 702 من القانون المدنى، والثابت أن التوكيل خلا من هذا التعيين فلا يكون للوكيل سلطة القيام بهذا العمل، ويكون تنازله عن الأجرة قد وقع باطلا بالنسبة للموكله "الطاعة" بعد أن أبرمت مع المطعون ضده عقدى الإيجار بالأجرة المسماة فى كل منهما".

(ظعن رقم 139 لسنة 45 ق جلسة 1981/12/7)

45- هل يلزم ذكر محل التبرع فى سند الوكالة ؟

كل ما اشترطته المادة 702 هو أن يعين محل التصرف على وجه التخصيص إذا كان هذا التصرف من التبرعات ولايشير النص إلى ضرورة ذكر محل التبرع فى سند الوكالة، ولما كانت حكمة النص هى حماية الموكل إزاء الخطورة التى تتسم بها أعمال التبرع فإنه يكفى لتحقيق هذه الحكمة أن يكون الموكل عالما علما كافيا بالمال الذى سيتصرف فيه وكيله على وجه التبرع، وقد يتوفر هذا العلم لدى الموكل إذا أحال سند الوكالة على وثيقة أخرى صادرة من الموكل وحاوية بيانا وافيا للمال محل التصرف⁽¹⁾.

(1) جمال مرسى بدر ص 208.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"وحيث إن حاصل السبب الثاني أن الحكم المطعون فيه خالف قواعد الإثبات إذ تطلب من الطاعنة أن تقيم الدليل على أن التغيير لم يصدر وفق ما تريده الواقفة- حالة أن الواقفة اشترطت في سند التوكيل الذي أجرته للأستاذ قراعة أن يتم التغيير في مصارف الوقف على الوجه الذي تريده وليس في أوراق الدعوى من دليل على أن الواقفة اقترحت التغييرات التي أجراها الأستاذ قراعة في الشهادات موضوع التداعى أو أنها ارتضتها بعد إجرائها.

وحيث إن هذا النعى مردود بما قرره الحكم الابتدائي الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه من أنه "لا يجوز للأصيل إجازة التصرف الصادر باسمه من وكيله إن جاوز نيابته والثابت من التغييرات التي أجراها الأستاذ قراعة الوكيل المذكور أن الواقفة كانت توافق عليها بدليل أنها باعت ما غيره الوكيل من إخراج 3 ف 16 ط 2س وأنها ماتت وهى راضية عن التغيير الأخير بالإشهاد رقم 75 سنة 1950 بل ولم تعترض المدعية على أى تغيير حتى وفاة الواقفة حسبما سلف القول وهذا الرضا حتى وفاة الواقفة هو إقرار منها لما أجراه الوكيل.... " وما جرى عليه الحكم من ذلك استخلاص موضوعى سائغ ولا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 10 لسنة 36 ق "أحوال شخصية" جلسة 1968/3/6)⁽¹⁾

(1) ولا ينال من ذلك قضاء محكمة النقض بتاريخ 1962/11/8 فى الطعن رقم 46 لسنة 27 ق من أنه". ... ومن ثم فإذا كان المطعون عليه قد عهد إلى وكيله بالتنازل عن نصيبه فى ميراث ولم يعين فى عقد الوكالة المال الذى انصب عليه التبرع بالذات فإن هذا التنازل يكون قد وقع باطلا، ولو كان الوكيل عالما بالمال محل التبرع طالما أن القانون قد اشترط تحديده فى ذات سند التوكيل".

(طعن رقم 46 لسنة 27 ق جلسة 1962/11/8)

لأن الظاهر من الحكم أن الأصيل قد لا يكون عالما بعناصر التركة التى تلقى الإرث فيها علما كافيا ولا عالما بما يدخل فى نصيبه بالذات من أموال التركة ولذلك فالوكالة =

46- الوكالة الخاصة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية :

تنص الفقرة الثالثة من المادة على أن الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى.

ذلك أن هناك أعمال يتضمنها التوكيل حتما ولم تذكر فيه صراحة لكونها ضرورية لتنفيذ الوكالة⁽¹⁾.

فالوكالة فى الشراء تشمل تسلّم العين المشتراه، والوكالة فى البيع تشمل تسليم المبيع⁽²⁾.

والوكالة بقبض الدين تتضمن الوكالة بإعطاء مخالصة به، وبالتنازل عن التأمينات المقررة لضمائه لأن ذلك من حق المدين الذى يتقدم للوفاء. والوكالة بسداد دين الموكل يشمل الوكالة بالاقتراض لسداد الدين وإحلال الدائن الجديد محل الدائن القديم.

= فى التنازل عن ذلك النصيب جملة يشوبها عدم تحديد محل التنازل ولا يغنى عن ذلك - كما يقول الحكم - أن يكون الوكيل عالما بالمال محل التبرع فالعبرة فى تخصيص الإنابة فى التبرعات بالمحل هى بعلم الأصيل لا بعلم النائب (جمال مرسى بدر ص 208 وما بعدها).

(1) محمد على عرفه ص 373 وهامش (2) ونقض فرنسى 1906/11/13 الذى أشار إليه.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الوكالة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل. فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قدر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة فى الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية فى الدعاوى التى ترفع عليها فى الديار المصرية أولا تشمل ذلك، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون".

والوكالة بالمرافعة يتيح للوكيل أن ينوب عن موكله في استجواب الخصوم.
والوكالة في بيع أسهم لوفاء دين الموكل يتيح إعطاء هذه الأسهم للدائن في مقابل دينه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"... على أن التوكيل في البيع يتناول ما يقتضيه البيع من أمور تابعة له وفقا لطبيعته وللعرف الجارى، فيجوز للوكيل في البيع أن يقبض الثمن وأن يسلم المبيع"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الوكالة الخاصة في نوع معين من الأعمال القانونية لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى وذلك على ما تقضى به المادة 3/702 من القانون المدنى".

(طعن رقم 572 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/2)

2- "مؤدى نص المادة 702 من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو بأعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء والعرف الجارى".

(طعن رقم 1257 لسنة 51 ق جلسة 1987/4/26)

3- "تختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل ومؤدى نص المادة 702 من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على سواء وهى وإن اقتصرت على محل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقا لطبيعة الأشياء

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 198.

والعرف السارى، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بماله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة التوكيل وبظروف الدعوى وملاساتها طالما كان الاستخلاص سائغا".

(طعن رقم 598 لسنة 44 ق جلسة 1978/6/21)

4- "إذا كان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المستأجرة الأصلية إلى المطعون ضده الثانى أنه توكيل رسمى تضمن توكيلا خاصا مضافا إليه فيه "البيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابت والتوقيع على عقد البيع الابتدائى وقبض الثمن فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثانى فى التنازل عن حق الإيجار باعتباره بيعا لمنقول".

(طعن رقم 598 لسنة 44 ق جلسة 1978/6/21)

47- الوكالة فى التقاضى (الخصومة) :

تختلف الوكالة فى التقاضى (الخصومة) عن الوكالة فى المرافعة أمام القضاء.

فالوكالة فى التقاضى (الخصومة) تخضع للقواعد العامة فى الوكالة. وهذه الوكالة تخول الوكيل القيام بكافة ما يتصل بالتقاضى سواء كانت أعمالا سابقة على رفع الدعوى كتوجيه الإنذار أو الإعدار أو التنبيه أو إجراءات رفع الدعوى كإيداع صحيفتها قلم الكتاب أو تقديم طلبات استصدار الأوامر الوقتية أو أوامر الأداء أو إيداع صحف الدعاوى فى الطعون أو إعلانها أو سداد الرسوم أو استلام الأوراق وصور الأحكام أو مباشرة إجراءات التنفيذ إلى غير ذلك من إجراءات التقاضى. والأصل عملا بالفقرة الثالثة من المادة 702 مدنى أن التوكيل فى التقاضى يخول الوكيل ما يقتضيه التقاضى من توابع ضرورية وفقا لطبيعته كأن يخول الوكيل فى التقاضى القيام بكافة ما يتصل بالدعوى أو يثور فيها. وقد أشار إلى ذلك نص المادة 75 من قانون المرافعات الذى ينص على أن

التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها أو الدفاع فيها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم فى موضوعها فى درجة التقاضى التى وكل فيها وإعلان هذا الحكم وقبض الرسوم والمصاريف غير أنه يستثنى من ذلك ما ورد بشأنه نص خاص يستلزم تفويضا خاصا أى إيراده بنوعه فى التوكيل ومن ذلك ما تضمنته نص المادة 702 مدنى من ضرورة صدور توكيل خاص بالإقرار وتوجيه اليمين وما نصت عليه المادة 76 من أنه لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه ولا رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضى ولا مخاصمته ولارد الخبير ولا العرض الفعلى ولا قبوله ولا أى تصرف يوجب القاضى فيه تفويضا خاصا⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

1- "العرض الحقيقى الذى يتبعه الإيداع - سواء أكان هذا العرض على يد محضر أو أمام المحكمة وقت المرافعة - هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوفر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق. لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن عرض المبلغ المذكور فى الجلسة على محامى المطعون ضده فى غيبة موكله، وإذ كان قبول هذا العرض يعتبر من التصرفات القانونية التى لا يجوز للمحامى مباشرتها إلا إذا كان مفوضا فيها فى عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى المطعون ضده أنه غير مفوض فى قبول العرض، فإن العرض يكون قد تم على غير ذى صفة فى استيفاء الحق

(1) محمد كمال عبد العزيز ص 516.

ويكون الإيداع المشار إليه بسبب النعى غير مسبوق بإجراءات العرض الحقيقي التي يتطلبها القانون مما لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة".

(طعن رقم 1386 لسنة 51 ق جلسة 1983/3/14)

2- "مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 702 من القانون المدني والمادة 76 من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطوياً على تصرف قانوني هو النزول عن حق فإنه يعد عملاً من أعمال التصرف الذي يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض".

(طعن رقم 74 لسنة 57 ق جلسة 1990/1/25)

3- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن العرض الحقيقي الذى يتبعه الإيداع هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوفر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم عرضوا بتاريخ 1985/7/24 - مبلغ 250 جنييه على محامى الطاعنين كما عرضوا بتاريخ 1987/11/15 بمبلغ 1170 جنييه إلا أنه رفض استلام المبلغين على سند من أنه غير مفوض من الطاعنين فى قبض المبلغ المعروف، وإذا كان قبول العرض يعتبر من التصرفات القانونية التى لا يجوز مباشرتها إلا إذا كان مفوضاً فى عقد الوكالة وكان الثابت من سند وكالة محامى الطاعن الأول أنه خلا من تفويض فى قبول العرض كما خلت الأوراق من ثمة ما يفيد وكالته أصلاً عن باقى الطاعنين فإن هذا العرض يكون قد تم على غير ذى صفة فى استيفاء الحق ومن ثم فإن الإيداع الحاصل من المطعون عليهم لا يعتبر وفاء مبرئاً للذمة ولا يرتب أثراً، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بالإيداع المبني على إجراءات عرض غير قانونية فإنه يكون أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 1804 لسنة 58 ق جلسة 1990/5/27)

غير أنه لا يشترط في هذه الوكالة أن يكون الوكيل محامياً أو من الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة، كما هو الشأن في الوكالة في المرافعة أمام القضاء بالتطبيق للمادة 72 من قانون المرافعات.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "حق التقاضى غير المرافعة أمام القضاء، وحق التقاضى رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء أما المرافعة أمام القضاء التى تستلزم وكالة خاصة وفقاً للمادة 1/702 من القانون المدنى - فهى النيابة فى الخصومة للدفاع أمام القضاء وقد اختص بها المشرع أشخاصاً معينين حسبما تقضى المادة 25 من قانون المحاماة".

(طعن رقم 308 لسنة 30 ق جلسة 1965/5/27)

2- "التوكيل فى الخصومة جائز طبقاً للقواعد العامة فى الوكالة ولو لم يكن الوكيل محامياً أو قريباً أو صهراً للموكل. أما ما تنص عليه المادة 81 من قانون المرافعات من أنه "فى اليوم المعين لنظر الدعوى يحضر الخصوم أنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين بمقتضى توكيل خاص أو عام وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يختارونه من الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثالثة" فإن مفاده أن هذه المادة قاصرة على تحديد من يجوز توكيله فى الحضور أمام القضاء وهم المحامون والأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة".

(طعن رقم 419 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/29)

3- "لئن كان القانون يشترط للمرافعة أمام القضاء وكالة خاصة حسبما تقضى الفقرة الأولى من المادة 702 من القانون المدنى. واختص بها المشرع أشخاصاً معينين واستلزم إثبات هذه الوكالة وفقاً لأحكام قانون المحاماة، تطبيقاً لنص المادتين 72، 73 من قانون المرافعات، إلا أن الوكالة الخاصة على هذه الصورة ليست شرطاً لازماً لرفع الدعوى إيذاناً ببدء استعمال الحق فى التقاضى،

باعتبار هذا الحق رخصة لكل فرد في الالتجاء إلى القضاء بما يكون لمحكمة الموضوع في هذا الصدد أن تستخلص من المستندات المقدمة في الدعوى ومن القرائن ومن ظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية في رفع الدعوى إذ كان ذلك وكان دفع الطاعنين محل النعى قد أسس على انتفاء صفة والد المطعون ضده الأول في رفع الدعوى نيابة عنه لبلوغه آنذاك سن الرشد، واقتصر الدفع على ذلك فحسب - دون أن يمتد إلى الوكالة في الخصومة أمام القضاء وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من سكوت المطعون ضده الأول عن قيام والده برفع الدعوى أمام محكمة أول درجة نيابة عنه رغم بلوغه سن الرشد ثم مبادرته إلى استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى توصلا إلى الحكم له بالطلبات المرفوعة بها موافقته ورضاه عن إجراء رفع الدعوى الذي اتخذه والده نيابة عنه مما يدل على استناد الوالد في رفعها إلى قيام وكالة ضمنية بينهما فإن ما خلص إليه الحكم يكون سائغا ومؤديا إلى النتيجة التي انتهى إليها دون مخالفة القانون، ومن ثم يعدو النعى بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 593 لسنة 55 ق جلسة 1990/1/4)

4- "يجوز للشخص أن يباشر تصرفاته القانونية بنفسه أو بمن ينوب عنه قانونا سواء أكانت هذه النيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، فإن التوكيل في إقامة الخصومة أمام القضاء جائز طبقا للقواعد العامة في الوكالة ولولم يكن الوكيل محاميا أو قريبا أو صهرا للموكل حتى الدرجة الثالثة على ما نصت عليه المادة 72 من قانون المرافعات، لأن حكم هذه المادة قاصر على من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء".

(طعن رقم 2247 لسنة 66 ق جلسة 1997/4/27)

ولذلك يجوز إقامة الدعوى من الوكيل إذا أفصح عن صفته واسم موكله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان يبين من حكم محكمة أول درجة أن الدعوى أقيمت من شخص بصفته وليا على ولده ووكيلا عن آخرين فإن الخصومة تكون قد انعقدت صحيحة بين المدعين والمدعى عليه ويكون التمسك بقاعدة "لا يجوز لأحد أن يخاصم بوكيل عنه" في غير موضعه ذلك أنه لا محل لإعمال هذه القاعدة عندما يفصح الوكيل عن صفته وعن اسم موكله".

(طعن رقم 124 لسنة 28 ق جلسة 1963/3/28)

2- "الإعلانات التي توجه من الوكيل أو إليه تعد موجهة من الموكل أو إليه متى تمت في حدود الوكالة واقترن فيها اسم الوكيل باسم الموكل، وإذا رفعت الدعوى من شخص أو على شخص بصفته وكيلا عن غيره فإن الأصيل يكون هو الخصم فيها، كما أن الحكم الصادر في هذه الدعوى للوكيل أو عليه بصفته هذه يكون صادرا للأصيل أو عليه".

(طعن رقم 322 لسنة 55 ق جلسة 1988/11/29)

48- الوكالة في المرافعة أمام القضاء:

1- رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 702 مدنى توجب وكالة خاصة فى (المرافعة أمام القضاء).

والمقصود بالمرافعة أمام القضاء تمثيل الخصم فى الحضور أمام المحكمة والدفاع عنه وما يستلزمه ذلك من إجراءات. وقد سبق أن أوضحنا أن التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال المذكورة بالمادة 75 مرافعات عدا ما يستلزم فيه القانون تفويضا خاصا على النحو الذى فصلته المادة 76 مرافعات.

وقد نصت المادة 72 مرافعات على أن: فى اليوم المعين لنظرالدعوى يحضرالخصوم بأنفسهم أو يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين وللمحكمة أن تقبل فى النيابة عنهم من يوكلونه من أزواجهم وأقاربهم وأصهارهم إلى الدرجة الثالثة".

كما نصت المادة 132 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 على أن: "للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين في أن ينيبوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة".

وعلى ذلك فحق الحضور أمام المحاكم مقصور على الخصوم أنفسهم، أو من يوكلونه من المحامين. وتكون وكالة المحامين وحضورهم طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983.

وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين في أن ينيبوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة. أى أن وكالة الأزواج والأقارب المذكورين في الحضور أمام المحاكم يجب أن تكون بإذن المحكمة.

وحق المحكمة في هذا الإذن مطلق يرجع إلى تقديرها تراعى فيه ظروف الدعوى وظروف الموكل وحالة الوكيل وما إذا كان يستطيع أن يعرض وجهة نظر موكله أم لا، فإذا رأت أنه غير كفاء لهذه الوكالة رفضت وكالته⁽¹⁾. ويعتبر إثبات المحكمة وكالتهم بمحضر الجلسة قبولا لوكالتهم.

وتحسب درجة القرابة طبقا لما نصت عليه المادة 36 مدنى من أنه: "يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة".

أما بالنسبة للقرابة بالمصاهرة، فقد نصت المادة 37 مدنى على أن: "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

(1) المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص 336- الدكتور عاشور مبروك النظام القانونى لمثول الخصوم أمام القضاء المدنى الطبعة الأولى ص70.

2- يكون حضور المحامى أمام المحكمة إما بموجب توكيل عام أى يخول الحضور عن الموكل فى كافة الدعاوى والطعون وإما بموجب توكيل خاص وهو الذى يخول الوكيل الصفة فى الحضور عن الموكل فى دعوى معينة أو طعن بذاته. والتوكيل العام والخاص يخولان الوكيل القيام بكافة ما يفرضه الدفاع فى الدعوى أو الطعن.

وهذا التوكيل يجب أن يكون موثقاً بالشهر العقارى سواء كان توكيلاً رسمياً أو عرفياً مصدقاً على توقيع الموكل فيه. وكان نص المادة 81 من التقنين السابق ينص على ذلك صراحة ولكن نص التقنين الحالى أسقط عبارة "بمقتضى توكيل خاص أو عام" اكتفاءً بأحكام قانون المحاماة فى هذا الصدد - وقد جرت نصوص قوانين المحاماة المتعاقبة على النص على أن يكون حضور المحامى عن موكله فى الجلسة بموجب توكيل عام يخوله الحضور عن الموكل فى كافة الدعاوى إلا أن نص المادة 57 من قانون المحاماة الحالى - كما سنرى - لم تشر إلى ذلك، وإنما نصت على أن لا يلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى ويكتفى بالاطلاع عليه وإثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة.

أما إذا كان التوكيل خاصاً بدعوى بذاتها أودع التوكيل ملف الدعوى.

ويسرى ما تقدم على وكالة غير المحامين عن الخصوم.

وللمحكمة عند الضرورة أن ترخص للوكيل فى إثبات وكالته فى ميعاد تحدده

على أن يتم ذلك فى جلسة المرافعة على الأكثر (م73 مرافعات).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة

1968 أنه:

"عدل المشروع فى المادة 72 منه من صياغة المادة 82 المقابلة لها فى

القانون القائم على نحو يبرز معه أنه يقع على الوكيل الحاضر عن الخصم واجباً أساسياً أن يقرر حضوره عن خصمه فى محضر الجلسة وذلك حتى تتحدد صفة الموكل الذى يمثله بها، وثانيهما أن يثبت قبل جلسة المرافعة

وكالته عن قمر حضوره عنه، ولم ير المشروع أن يتعرض لطرق إثبات هذه الوكالة مكتفياً فى ذلك بالإحالة إلى قانون المحاماة الذى نظم الأمر فى المواد 26 و27 و28 من القانون رقم 96 لسنة 1957، ويلاحظ فى هذا الصدد أن الإحالة إلى مضمون الأحكام التى نصت عليها تلك المواد غير مقصورة على من وجهت الخطاب إليهم فيها، فىسرى حكمها على إثبات وكالة كل من يجوز حضوره عن الخصم ولو لم يكن محامياً، وهو ما أدى إلى الاستغناء عن حكم الفقرة الثانية من المادة 82 من القانون القائم التى كانت تجيز إعطاء التوكيل فى الجلسة إذ أن حكمها مقرر فى المادة 27 من قانون المحاماة المشار إليه".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "إن تمثيل المحامى للخصم فى الجلسة يجب - عملاً بنص المادة 26 من قانون المحاماة رقم 135 لسنة 1939 - أن يكون بمقتضى توكيل رسمى أو مصدق على التوقيع عليه. فإذا لم يكن بيد المحامى توكيل من هذا القبيل كانت المحكمة على حق إذ هى اعتبرت الخصم الذى جاء المحامى ليمثله غائباً وقضت فى الدعوى على هذا الاعتبار".

(طعن رقم 35 لسنة 12 ق جلسة 1943/1/21)

(ب) - "اشتراط المشرع فى المادة 702 من القانون المدنى وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة. ومن ثم فلا يكفى القول بقيام فضالة فى التقاضى إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة. وإذ كانت لجنة الطعن تختص بالفصل فى خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب فإنه لا يكفى لاعتبار الخصومة قائمة أمامها تمثيل الممول فيها بطريق الفضالة".

(طعن رقم 316 لسنة 28 ق جلسة 1963/6/19)

(ج) - "مقتضى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 72 من القانون المدني والمادة 811 من قانون المرافعات أنه إذا كان الإقرار الصادر من الوكيل أمام القضاء منطويا على تصرف قانوني، هو النزول عن حق، فإنه يعد عملا من أعمال التصرف التي يتعين أن يصدر بها توكيل خاص أو أن يرد ضمن توكيل عام ينص فيه صراحة على هذا التفويض".

(طعن رقم 185 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/15)

(د) - "مؤدى المواد 72 و75 و76 من قانون المرافعات الحالى رقم 13 لسنة 1968 أن من حق الخصم ألا يمثل أمام المحكمة بشخصه فينيب عنه فى ذلك وكيلا إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون، ومن المقرر أن الوكالة بالخصومة أمام القضاء وإن كانت تخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها إلا أنها لا تجيز له الصلح بغير تفويض خاص يذكر بلفظه فى التوكيل".

(طعن رقم 18 لسنة 41 ق "أحوال شخصية" جلسة 1975/2/12)

(هـ) - "إذا كان الثابت أن سند التوكيل قد ذكر به أنه خاص بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض ولما كان النزاع المطروح فى الطعن خاصا بعقد واحد رفعت بشأنه دعويان إحدهما بفسخه والأخرى بصحته ونفاذه وكان البين أن دعوى فسخ العقد والدعوى التى تستهدف تنفيذه بنقل الملكية إلى المشتري فيه يعتبران فى حقيقتهما وجهين لنزاع واحد فإن تخصيص الوكالة بالقضية المنظورة أمام محكمة النقض إنما ينصرف إلى النزاع المتعلق بالعقد بوجهيه تنفيذه أو فسخه ومن ثم يكون الدفع - بعدم قبول الطعن لرفعه من غير ذى صفة - متعين الرفض".

(طعن رقم 137 لسنة 48 ق جلسة 1978/12/27)

(و) - "النص فى المادة 73 من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة 89 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1968 يدل - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات - على أنه يقع على الوكيل الحاضر عن موكله

واجبان أساسيان أولهما: أن يقرر حضوره عنه فى محضر الجلسة حتى تتحدد صفة الموكل التى يمثل بها، وثانيهما: أن يثبت قبل المرافعة وكالته عن قرر حضوره عنه بإيداع التوكيل بملف الدعوى إذا كان خاصا والاقتصار على إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاما. وإذ كان ذلك، وكان البين من محاضر جلسات محكمة الاستئناف المودعة صورتها الرسمية فى ملف الطعن أنها خلت من دليل إثبات وكالة المحامى عن الطاعن الذى أنكر وكالته عنه. وكانت المحكمة بعد أن حجزت الدعوى للحكم لجلسة 1976/3/22 عادت وأعادتها للمرافعة لجلسة 1976/5/23 دون أن تعلن الطاعن بالجلسة المذكورة، واعتبرت النطق بقرارها إعلانا له ولم يحضر الطاعن بتلك الجلسة أو أية جلسة تالية إلى أن صدر الحكم المطعون فيه، فإن هذا الحكم يكون باطلا بما يوجب نقضه ولايمنع من ذلك حضور محام قرر بجلسة 1977/1/16 أنه يحضر عن الطاعن عن محام آخر مادام أنه لم يثبت وكالة الأخير عنه، تلك الوكالة التى جدها الطاعن".

(طعن رقم 1166 لسنة 47 ق جلسة 1980/2/19)

(ز) - "مؤدى ما نصت عليه المادة 73 من قانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة 89 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1968 الذى يحكم الواقعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجب على الوكيل الحاضر عن موكله أن يثبت وكالته عنه، بإيداع التوكيل ملف الدعوى إن كان خاصا أو إثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة إن كان عاما".

(طعن رقم 288 لسنة 52 ق جلسة 1986/1/29 - لم ينشر)

(ل) - "المشروع لم يتطلب أن يكون المحامى الموقع على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة مفوضا تفويضا خاصا فى هذا الشأن، أو حتى موكلا فى ذلك بتوكيل سابق".

(طعن رقم 1837 لسنة 60 ق جلسة 1995/3/29)

ويجب لاعتبار التوكيل المصدق عليه بإحدى القنصليات المصرية فى الخارج توكيلا موثقا أن تعتمد وزارة الخارجية توقيع من باشر التصديق عليه فى الخارج.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"تنص المادة 253 من قانون المرافعات على أن يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض، مما مؤداه أن التوكيل بالطعن بطريق النقض يعتبر من الإجراءات المتعلقة بهذا الطعن، ولما كانت المادة 22 من القانون المدنى تقضى بأن يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تباشر فيه تلك الإجراءات وكان البين من التوكيل الصادر من الطاعن إلى المحامى الذى رفع الطعن أنه حرر فى دولة قطر وتم التصديق على إمضاء الطاعن بقنصلية مصر بالدوحة، فإن هذا التوكيل يتعين أن يتم وفقا لما يتطلبه القانون المصرى، لما كان ذلك وكانت المادة 64 من القانون رقم 166 لسنة 1954 بإصدار قانون نظام السلكيين الدبلوماسى والقنصلى قبل إلغائه بالقانون رقم 45 لسنة 1982. قد ناطت بأعضاء بعثات التمثيل القنصلى بعض الاختصاصات، من بينها التصديق على توقيعات المصريين، واشترطت أن يتم ذلك باتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية، وكان قرار وزير الخارجية المصرية الصادر فى يوليو سنة 1977 بناء على القانون سالف الذكر والقانون رقم 435 لسنة 1955 بتنظيم وزارة الخارجية - قد حدد الاجراءات التى يتم بها التصديق على المحررات الموقع عليها من المصريين المتواجدين بالخارج ويرغبون فى تقديمها إلى السلطات الرسمية المصرية أو الأجنبية وأوجب على أعضاء البعثات المخولين حق مباشرة الأعمال القنصلية بصفة عامة والتصديق على المحررات بصفة خاصة - موافاة وزارة الخارجية بثلاث صور من نماذج توقيعاتهم باللغتين العربية والإنجليزية مقرونة بالخاتم المستعمل للتصديق على النموذج المعد لهذا الغرض، حتى تقوم

وزارة الخارجية باعتماد التصديقات التي تقوم بها تلك البعثات في الخارج للتحقق من سلامة إجراءات التصديق وحق من باشره في إجرائه، مما مفاده ضرورة اعتماد وزارة الخارجية لتوقيع من باشر إجراءات التصديق خارج مصر حتى تستوفى هذه الإجراءات الشكل القانوني لها ويمكن الاحتجاج بها، لما كان ما تقدم وكان التوكيل آنف الذكر قد خلا من اعتماد وزارة الخارجية المصرية لتوقيع القنصل المصرى الذى صدق على توقيع الطاعن خارج مصر فإنه لا يعتبر توكيلا موثقا وفقا لأحكام القانون المصرى".

(طعن رقم 913 لسنة 49 ق جلسة 1983/12/21)

5- كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة (م79 مرافعات).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "النص في المادة 79 من قانون المرافعات على أن "كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة" يدل على أن كل ما يصدر عن الوكيل في حضور موكله يكون حجة على الآخر إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة".

(طعان رقما 128 و 549 لسنة 65 جلسة 1996/6/20)

(ب) - "إذا كان الثابت بمحضر جلسة 1990/3/15 حضور الطاعن بشخصه وقدم محاميه مذكرة أقر فيها بإدراج اسم المطعون ضده في ترخيص المخبز، ولم يعترض الطاعن على هذا الإقرار أثناء نظر القضية بالجلسة، فإن هذا الإقرار يعد حجة على الطاعن بما ورد فيه حتى ولو كان المحامى حاضرا عنه بغير توكيل، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن بهذا الوجه من أن توكيل محاميه لا يبيح له الإقرار يضحى - أيا كان وجه الرأى في الدعوى - غير منتج، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه على غير أساس".

(طعان رقما 549,128 لسنة 65 ق جلسة 1996/6/25)

(ج) - "النص فى المادة 79 من قانون المرافعات على أن "كل ما يقرره الوكيل بحضور موكله يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة، يدل على أن كل ما يصدر من الوكيل فى حضور موكله يكون حجة على الأخير إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية فى الجلسة".

(طعن رقم 6611 لسنة 65 ق جلسة 1996/10/22)

6- للمحامى سواء كان خصما أصليا أو وكىلا فى دعوى أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعات أو فى غير ذلك من إجراءات التقاضى محاميا آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص ما لم يكن فى التوكيل ما يمنع ذلك (م56 من القانون رقم 17 لسنة 1983).

وهذه الإنابة لا تستوجب توكيلا مكتوبا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد النص فى المادة 73 من قانون المرافعات والمادة 2/89 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 المعدل - المنطبق على واقعة الدعوى - يدل - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات - على أن المشرع لم يتعرض فى قانون المرافعات لطرق إثبات الوكالة مكتفيا فى ذلك بالإحالة إلى قانون المحاماة الذى بينت أحكامه طريقة إثبات الوكالة. لما كان ذلك وكان حضور محام عن زميله أمام المحكمة لا يستوجب توكيلا مكتوبا مادام أن المحامى الأخير موكل من الخصم وكان الثابت بالأوراق أن الأستاذ (.....) وكيل عن الطاعن بالتوكيل رقم (....) عام الزيتون فإن حضور الأستاذة (....) عنه أمام محكمة أول درجة على نحو ما أثبت بمحضر جلسة (....) يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون ولايغير من هذا النظر أن الحاضرة عن زميلها الوكيل الأصىلى لم تلتزم بما جاء بالمادة 2/89 من قانون المحاماة سالف البيان إذ أن عدم ذكرها بيانات التوكيل -

ولئن كان قد يعد خطأ يعرضها للمساءلة التأديبية - إلا أنه لا يغير من حقيقة وجود وكالة للأستاذ (...) عن الطاعن على النحو سالف البيان وأن زميلة حضرت عنه بهذه الصفة".

(طعن رقم 346 لسنة 57 ق جلسة 1992/12/21)

7- لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله.

8- مباشرة المحامى للإجراءات نيابة عن موكله لا يستلزم حصوله على سند بالوكالة قبل مباشرته للإجراء، ما لم ينص القانون على غير ذلك. فيكون صحيحا تحرير المحامى صحيفة الدعوى والتوقيع عليها وإيداعها قلم الكتاب ومباشرة إعلانها قبل الحصول على سند الوكالة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "المحامى الذى يحرر صحيفة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف ويعلنها للخصم بغير أن يكون بيده حينئذ توكيل بذلك ممن كلفه لا يمكن - بحسب العرف الجارى - اعتبار أنه لم تكن له صفة فى عمل الورقة لمجرد أن التوكيل الذى أعطى له من ذوى الشأن لم يحرر إلا بعد تاريخ إعلان الورقة المذكورة، بل يجب - مراعاة للعرف - اعتبار تلك الورقة صادرة فعلا من ذوى الشأن فيها منتجة لكل آثارها. وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة، أو لم يرسل وكيلاً ثابتة وكالته بالطريقة القانونية، سواء أكان هو المحامى الذى حرر الورقة واتخذ فيها مكتبه محلاً مختاراً لذى الشأن فى الورقة أم كان محامياً آخر خلفه، فإن المعول عليه الوحيد فى حفظ حقوق الخصوم هو ما خوله القانون لهم من حق إبطال المرافعة. أما الطعن فى صفة المحامى لحضوره أول مرة من غير توكيل، واعتبار أن فقده صفة النيابة ينسحب إلى وقت تحرير الورقة

وإعلانها واستنتاج أن صاحب الشأن لم يشترك في الورقة ولم يرض بها، فكل هذا تجاوز في الاستدلال ضار بحقوق الناس لما فيه من التدخل بغير موجب في علاقة ذوى الشأن بوكلائهم تلك العلاقة التي لا يجوز للقضاء التدخل فيها إلا في صورة إنكار ذوى الشأن لو كالة وكيله (Desaveu)."

(طعن رقم 50 لسنة 4 ق جلسة 1935/4/18)

(ب) - "مباشرة المحامي للدعوى بتكليف من ذوى الشأن قبل صدور توكيل له منهم بذلك، لا يؤثر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - في سلامة الإجراءات التي يتخذها فيها، إلا إذا أنكر صاحب الشأن توكيله لذلك المحامي، لما كان ذلك فإنه لا تثريب على محكمة أول درجة إن هي عولت على المذكرة المقدمة لها من المطعون ضده أثناء حجز القضية للحكم".

(طعن رقم 191 لسنة 36 ق جلسة 1970/11/10)

(ح) - "إذ كان القانون لم يتطلب أن يكون بيد المحامي الذى يحضر صحيفة الاستئناف توكيلا من ذوى الشأن عند تحريرها وإعلانها، فإنه لا يؤثر في سلامة إقامة الاستئناف من الطاعن والموقع عليه من محاميه عدم ثبوت وكالة محاميه عنه قبل إقامة الاستئناف الذى يكون قد أقيم بإجراءات سليمة ومنتجا لكل آثاره لأن القانون لا يستلزم ثبوت وكالة الوكيل عن موكله وفقا لأحكام قانون المحاماة إلا في الحضور عنه أمام المحكمة حسبما تقضى المادة 73 من قانون المرافعات، لما كان ذلك، وكانت الأوراق خالية مما يفيد إنكار الطاعن تكليف الأستاذ/... المحامي بتحرير صحيفة الاستئناف وإعلانها ولا يوجد ما يفيد إنكار وجود وكالة بينهما فإن الاستئناف يكون قد أقيم ممن له صفة في رفعه، وكانت المادة 82 من قانون المرافعات مؤداها أن المشرع أورد قاعدة مستحدثة مقتضاها أنه إذا تغيب المدعى والمدعى عليه وجب على المحكمة أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها طالما أبدى الخصوم أقوالهم وإلا قررت شطبها إذ كان ذلك، وكانت

محكمة الاستئناف قد انتهت إلى عدم وجود سند وكالة مع المحامي الحاضر عن الطاعن أمامها فإن المستأنف يكون قد تخلف عن الحضور أمامها فكان يتعين عليها إما أن تفصل في الاستئناف إذا كان صالحا للفصل فيه أو تقرر شطب الاستئناف وفقا للسلطة المقررة لها في المادة 82 من قانون المرافعات، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم قبول الاستئناف لرفعه من غير ذى صفة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 1451 لسنة 56 ق جلسة 1992/3/16)

49 - درجة قيد المحامي الذي تجوز له الوكالة في الحضور أمام

المحاكم:

تنص الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون رقم 17 لسنة 1983 بإصدار قانون المحاماة على أن: "ويجوز له (المحامي تحت التمرين) الحضور أمام المحاكم الجزئية باسم المحامي الذى يتمرن بمكتبه أو عن محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها دون أن يكون له الحق فى أن يوقع صحف الدعاوى أو المذكرات أو الأوراق التى تقدم إلى المحاكم المذكورة أو إلى مكاتب الشهر والتوثيق أو مكاتب السجل التجارى أو أن يعد عقودا باسمه".

وتنص المادة 26 على أن: "للمحامي تحت التمرين فى السنة الثانية أن يتزاف باسمه أمام المحاكم الجزئية - فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم المستعجلة - وذلك تحت إشراف المحامى الذى التحق بمكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها.

كما يجوز له الحضور باسمه فى تحقيقات النيابة والشرطة فى مواد المخالفات والجنح وباسم المحامى الذى يتمرن فى مكتبه فى الجنايات.

ويجوز له الحضور أمام المحاكم الابتدائية عن المحامى الذى يتمرن فى مكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها.

كما يجوز له الحضور أمام هذه المحاكم عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل.
 كما يجوز له أن يعد باسمه العقود التى لا تتجاوز قيمتها خمسة آلاف جنيه
 والتى لا تحتاج إلى شهر أو توثيق.
 وفى جميع الأحوال لا يجوز للمحامى تحت التميرين تقديم فتوى كتابية باسمه
 أو التوقيع على العقود التى تقدم إلى الشهر العقارى فيما عدا طلبات إثبات
 التاريخ".

وتنص المادة 1/34 على أن: "يجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية
 أن يفتح مكتباً باسمه منفرداً أو مع غيره، ويكون حضوره أمام المحاكم الجزئية
 والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التى تناظرها ويجوز له الحضور أمام محاكم
 الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه
 المحاكم وعلى مسئوليته كما يكون له أن يحضر باسمه فى سائر التحقيقات التى
 تجريها النيابة العامة".

وتنص المادة 37 على أن: "للمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف حق
 الحضور والمرافعة أمام جميع محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى، ولا
 يجوز قبول صحف الدعاوى أمام هذه المحاكم وما يعادلها إلا إذا كان موقعاً عليها
 منه. وإلا حكم ببطلان الصحيفة".

ويكون للمحامى أمام محاكم الاستئناف حق الحضور والمرافعة أمام جميع
 المحاكم فيما عدا محاكم النقض والإدارية العليا والدستورية العليا.
 كما يكون..... إلخ".

وتنص المادة 38 على أن: "ينشأ جدول خاص للمحامين المقبولين أمام
 محكمة النقض وما يعادلها وتعد المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا
 فى ذلك معادلة لمحكمة النقض".

ويبين من النصوص السابقة أن حق المحامين للوكالة فى الحضور أمام
 المحاكم كالاتى:

(1) المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم الإدارية التي تناظرها :

تكون الوكالة للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية. كما يجوز لهذا المحامى الحضور أمام محاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام هذه المحاكم وعلى مسؤوليته.

وبالنسبة للمحاكم الجزئية، تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى تحت التمرين فى السنة الأولى أمام المحاكم الجزئية باسم المحامى الذى يتمرن بمكتبه أو عن محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها بالنسبة لمحامى الإدارات القانونية، دون أن يكون له الحق فى أن يوقع صحف الدعاوى أو المذكرات أو الأوراق التى تقدم إلى المحاكم المذكورة.

أما فى السنة الثانية فله الوكالة فى الحضور أمام المحاكم الجزئية - فيما عدا محاكم أمن الدولة والمحاكم المستعجلة - وذلك تحت إشراف المحامى الذى التحق بمكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها.

أما عن حضور المحامى تحت التمرين أمام المحاكم الابتدائية فيجوز له فى السنة الثانية الحضور أمامها عن المحامى الذى يتمرن فى مكتبه أو محامى الإدارة القانونية التى ألحق بها.

كما تجوز له الوكالة للحضور أمامها عن محام آخر لإبداء طلب التأجيل. كما تجوز الوكالة فى الحضور أمام المحاكم الابتدائية والجزئية للمحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف والنقض.

(2) بالنسبة لمحاكم الاستئناف ومحاكم القضاء الإدارى :

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى المقيد بجدول محاكم الاستئناف. ويجوز للمحامى المقيد أمام المحاكم الابتدائية الحضور أمامها نيابة عن أحد المحامين المقيدين أمام محاكم الاستئناف وعلى مسؤوليته.

كما يجوز ذلك للمحامى المقيد أمام محكمة النقض.

(3) بالنسبة لمحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة

الدستورية العليا :

تجوز الوكالة للحضور أمامها للمحامى المقيد بجدول محكمة النقض. وقد أشرنا إلى أن للمحامى المقيد بجدول محكمة النقض حق الوكالة فى الحضور أمام جميع المحاكم الأخرى.

وكانت المادة 53 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 (الملغى) تنص على أنه: "لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بمحكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومة أو من فى درجته فى النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى.

ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدى لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون".

وكان لا يترتب على مخالفة هذا الحظر تجريد العمل الذى قام به المحامى من آثاره القانونية والنيل من صحته، وإنما تترتب المخالفة مسئولية المحامى تأديبياً.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى حكم لها صادر بتاريخ 1988/5/9 فى الطعن رقم 912 لسنة 51 ق ذهب فيه إلى أن:

"النص فى المادة 53 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 65 لسنة 1970 - والمطبق على واقعة الدعوى - على أنه: "لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بمحكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة أو إدارة قضايا الحكومة أو من فى درجته فى النيابة العامة أو النيابة الإدارية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا

ومحاكم الاستئناف ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى ولايسرى هذا الحظر على المحامين المقيدىن لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون "يدل على أن الشارع لم يضع شرطاً من شروط صحة العمل الذى يقوم به المحامى الذى كان يعمل بالجهات الواردة بالنص بل أصدر إليه أمراً لا تعدو مخالفته أن تكون مهنية تقع تحت طائلة الجزاء الإدارى ولا تستتبع تجريد العمل الذى قام به المحامى من آثاره القانونية ولا تتال من صحته متى تم وفقاً للأوضاع التى تطلبها القانون، وكل ما يترتب على هذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو توقيع العقوبات التأديبية التى نص عليها القانون، لما كان ذلك فلا يترتب على مباشرة محامى المطعون ضده الأول الذى شغل منصب مستشار بإدارة قضايا الحكومة إجراءات الدعوى أمام المحكمة الابتدائية أى بطلان سواء فى إجراءاتها أو الحكم الصادر فيها".

ولما صدر القانون رقم 17 لسنة 1983 (بشأن إصدار قانون المحاماة) نص فى المادة 15 منه على أنه: "لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية وأسائذة القانون بالجامعات المصرية أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى.

ولا يسرى هذا الحظر على المحامين المقيدىن لدى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون. ويقع باطلا كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة".

وواضح من النص أن المادة نصت على البطلان جزاء على مخالفة أحكامها، فيتربى على توقيع أحد ممن ورد ذكرهم بالمادة صحيفة دعوى مرفوعة أمام محكمة ابتدائية أو محكمة جزئية بطلان صحيفة الدعوى كما يعتبر حضورهم أمام هذه المحاكم باطلا غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 16/5/1992 فى القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية "دستورية" (المنشور بالجريدة الرسمية العدد 23 فى 4 يونية سنة 1992). بعدم دستورية المادة (15) سالفة الذكر. ونورد

فيما يلي أسباب الحكم كاملة.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى الثانى كان قد أقام الدعوى رقم 12074 لسنة 1989 مدنى كلى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية ضد المدعى عليهما الثالثة والرابع، وفيها حضر المدعى الأول مدافعا عن المدعى الثانى، وإذ نعى المدعى عليهما على إجراءات الدعوى بطلانها استنادا إلى أن المدعى الأول كان وزيرا سابقا للعدل ويشغل حاليا منصب أستاذ القانون العام بجامعة الإسكندرية، ولا يجوز بالتالى أن يمارس المحاماة أمام المحاكم الابتدائية عملا بنص المادة (15) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، فقد دفع الطاعن بعدم دستورية تلك المادة، وصرحت له المحكمة برفع الدعوى الدستورية، فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة (15) من قانون المحاماة المشار إليه التى تنص على أنه "لا يجوز لمن ولى الوزارة أو شغل منصب مستشار بإحدى الهيئات القضائية وأساتذة القانون بالجامعات المصرية، أن يمارس المحاماة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى" كما تنص فقرتها الثانية على ألا يسرى هذا الحظر على المحامين المقيدى لى غير هذه المحاكم وقت صدور هذا القانون. وتنص فقرتها الثالثة على أن يقع باطلا كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة.

وحيث إن المدعيين ينعين على هذه المادة مخالفتها لنص المادتين (40)، (69) من الدستور، التى تكفل أولاهما مبدأ المساواة أمام القانون، وتقرر الثانية أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وذلك قولا منهما بأن النص المطعون فيه حرم من المرافعة لدى المحاكم الجزئية والابتدائية الوزراء ومستشارى الهيئات القضائية السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية، وكفل فى الوقت ذاته لمن

عدهم من المحامين ممارسة المحاماة لدى المحاكم جميعا وبالنسبة إلى درجات التقاضى على اختلافها، مقيما بذلك تمييزا تحكيميا بين هؤلاء وأولئك رغم تماثل مراكزهم القانونية وخضوعهم جميعا لذات الواجبات التى فرضها عليهم قانون المحاماة، وبالتالي أخل هذا التمييز بنص المادة (40) من الدستور وكذلك بما كفلته المادة (69) لكل متقاض من الحق فى اختيار محاميه الذى يثق فى قدراته القانونية ومستواه الخلقى. هذا بالإضافة إلى أن النص المطعون فيه يعكس انحرافا فى استعمال السلطة التشريعية فى أبلغ صورة وأكثرها مجافاة للمصلحة العامة وخروجا عليها، ذلك أن ما قصد إليه النص المطعون فيه من استبعاد فئة بذاتها من المحامين من المرافعة لدى المحاكم الجزئية والابتدائية، لا يعدو مجرد الرغبة فى التضييق عليهم فى الرزق إضراراً بهم، ومحاباة للآخرين، وهو ما تؤكد غرابية القيود التى أتى بها النص الطعين، إذ لا تعرفها تشريعات النقابات المهنية الأخرى.

وحيث إن ما ينعاه المدعيان من مخالفة النص المطعون فيه للمادة (69) من الدستور، فى محله، ذلك أن الدستور نظم حق الدفاع محددًا بعض جوانبه مقررًا كفالاته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية ولصون الحقوق والحريات جميعا سواء فى ذلك تلك التى نص عليها الدستور أو التى قررتها التشريعات المعمول بها فأورد فى شأن هذا الحق حكما قاطعا حين نص فى الفقرة الأولى من المادة (69) من الدستور على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، ثم خطأ الدستور خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية منها التى تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين ماليا وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم مخولا المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التى يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحررياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها، وهى بعد ضمانة لازمة كلما كان حضور المحامى فى ذاته ضروريا كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى انتفاء الرقابة على أعمالهم أو غفوتها، بما

مؤداه أن ضمانته الدفاع لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة وحدها، بل تمتد كذلك مظلتها وما يتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها التي يمكن أن تحدد نتيجتها المصير النهائي لمن قبض عليه أو اعتقل وتجعل بعدئذ من محاكمته إطارا شكليا لا يرد عنه ضررا، وبوجه خاص كلما أقر بالخداع أو الإغواء بما يدينه، أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه وتقييد حريته على وجه أو آخر وتوكيدا لهذا الاتجاه وفي إطاره، خول الدستور في المادة (71) منه كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعنيه ذلك من ضمان حقه في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين، وهي مشورة لازمة توفر له سجايا من الثقة والاطمئنان، وتمده بالمعونة الفعالة لمواجهة القيود التي فرضتها السلطة العامة على حريته الشخصية والتي لا يجوز معها الفصل بينه وبين محاميه "بما يسئ إلى مركزه" سواء أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله وضمنته الدفاع هذه هي التي اعتبرها الدستور ركنا جوهريا في المحاكمة المنصفة التي تطلبها في المادة (67) منه كإطار للفصل في كل اتهام جنائي تقديرا بأن صون النظام الاجتماعي ينافيه أن تكون القواعد التي تقرها الدولة في مجال الفصل في هذا الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، وأن إنكار ضمانته الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة والتي تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. كما ينال الإخلال بضمنته الدفاع من أصل البراءة، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية - ولضمان فعاليته - بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر كذلك - ومن ناحية أخرى - وثيقة الصلة بالحق في الدفاع وتمثل في حق المتهم في مواجهة الأدلة التي قدمتها النيابة العامة إثباتا

للجريمة، والحق في دحضها بأدلة النفي التي يقدمها، وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وقررت النصوص الصريحة للتعديل السادس للدستور الأمريكي والمادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. متى كان ذلك، وكانت الفقرة الأولى من المادة (67) من الدستور التي افترض بموجبها براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، تعكس الموازنة التي أجراها بين حق الفرد في الحرية من ناحية وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى، وكان المتهم بجناية غالبا ما يكون مضطربا، مهددا بإدانته بارتكابها وبأن تفرض عليه عقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة إذا أساء عرض دفاعه وأعوذته الحجة القانونية، وهو ما يقع في الأرجح إذا حرم من حقه في الاتصال بمحاميه في حرية وفي غير حضور أحد، أو افتقد المعاونة الفعالة التي يقدمها، فقد حتم الدستور بنص الفقرة الثانية من المادة (67) أن يكون لكل متهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه ويكفل من خلال الأدلة الواقعية والنصوص القانونية الحماية الواجبة لها سواء كان هذا المحامي منتدبا أو موكلا. والحق أن دور ضمانات الدفاع في تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوما في مجال الاتهام الجنائي باعتبار أن الإدانة التي قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه وبين الجماعة التي ينتمي إليها منهية - أحيانا - آماله المشروعة في الحياة، ويتعين بالتالي أن يكون حق النيابة العامة في تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانات الدفاع التي يتكافأ بها مركز المتهم معها في إطار النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية كي يتمكن بوساطتها من مقارعة حججها ودحض الأدلة المقدمة منها. ولقد غدا أمرا مقضيا أنه إذا كان حق الدفاع - في هذا المجال - يعني في المقام الأول حق المتهم في سماع أقواله، فإن هذا الحق يغدو سرايا بغير اشتماله على الحق في سماعه عن طريق محاميه، ذلك أن ما قد يبدو واضحا في الأذهان لرجال القانون، يكون شائكا محاطا بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة إلى غيرهم أيا كان حظهم من الثقافة،

وبوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام وخفاء جوانبها المتعلقة بالقواعد التي تحكم الأدلة بما يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامي الذي يقيمه الشخص باختياره وكبلا عنه إذا كان قادرا على الوفاء بأتعابه، أو معونة من تندبه المحكمة له إذا كان معسرا، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها.

وحيث إن النصوص التي أو أوردتها الدستور في شأن حق الدفاع على النحو السالف بيانه تتضافر جميعها في توكيد أن هذا الحق ضمانا أساسية يوفر الدستور من خلالها الفعالية لأحكامه التي تحول دون الإخلال بحقوق الفرد وحرياته بغير الوسائل القانونية التي يقرها الدستور سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية، وهي بعد حماية تؤمن لكل مواطن حماية متكافئة أمام القانون وتعززها الأبعاد القانونية لحق التقاضي الذي قرره الدستور في المادة (68) انصرافه إلى الناس كافة، مسقطا عواقبه وحواجزه على اختلافها، وملقيا على الدولة بمقتضاه التزاما أصيلا بأن تكفل لكل متقاض نفاذا ميسرا إلى محاكمها للحصول على الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق التي يدعيها أو الإخلال بالحرية التي يمارسها، وكان حق الدفاع - بالنظر إلى أبعاده وعلى ضوء الأهمية التي يمثلها في بلورة الدور الاجتماعي للقضاء كحارس للحرية والحقوق على اختلافها انتقالا بمبدأ الخضوع للقانون من مجالاته النظرية إلى تطبيقاته العملية - قد أضحي مستقرا كحقيقة مبدئية لا يمكن التقرير فيها، مندرجا في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة، واقعا في نطاق القيم التي غدا الإيمان بها راسخا في وجدان البشرية، ولم تعد ضمانا الدفاع بالتالي ترفا يمكن التجاوز عنه، كذلك فإن التعلق بأهدابها الشكلية دون تعمق لحقائقها الموضوعية يعتبر إنكارا لمضمونها الحق مصادما لمعنى العدالة منافيا لمتطلباتها، ومن ثم لم يجز الدستور للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق أو الانتقاص منه بما يعطل فعاليته أو يحد منها انطلاقا من أن إنكار ضمانا الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض

المقصودة منها، إنما يؤول في أغلب صورته إلى إسقاط الضمانة التي كفلها الدستور لكل مواطن في مجال الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، ويعرض حق الإنسان في الحياة والحرية الشخصية والكرامة الواجبة لصون آدميته لمخاطر مترامية في أبعادها عميقة في آثارها، وهو ما يعتبر هدمًا للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها، سواء كان الإنكار أو التقييد منصرفًا إلى حق الدفاع بالأصالة - بما يقوم عليه من ضمان الحرية الكاملة لكل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الوقائع المنسوبة إليه وأن يبين حكم القانون بصدها - أم كان متعلقًا بالدفاع بالوكالة - حين يقيم الشخص باختياره محامياً يراه أقدر على تأمين المصالح التي يرمى إلى حمايتها، على أساس من الخبرة والمعرفة القانونية والثقة.

وحيث إن ضمانة الدفاع وإن كانت لا ترتبط لزوماً بمرحلة المحاكمة وحدها كما سلف القول، إلا أن الخصومة القضائية تمثل مجالها الأكثر أهمية من الناحية العملية، وهو ما يحتم انسحابها إلى كل دعوى سواء كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية أم كان الاتهام الجنائي موضوعها. ولقد كان تقدير هذه المحكمة لحق الدفاع وإقرارها لأهميته واضحاً في مجال تحديدها للشروط التي يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائياً، وذلك بما جرى قضاؤها من أن القرار الذي يصدر عن جهة خولها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين، لا يكون قراراً قضائياً إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية وتبين حدودها.

وحيث إنه وإن صح القول بأن المعسرين لاحق لهم في اختيار محاميهم وإن حقوقهم في مجال ضمانة الدفاع لا تتجاوز الحق في تمثيل ملاتم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون من المحامين لهذا الغرض، فإن من الصحيح كذلك أن اختيار الشخص لمحام يكون قادراً على تحمل أتعابه، إنما يتم في إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين طرفيها، ويتعين بالتالي أن يظل الحق في هذا الاختيار محاطاً بالحماية التي كفلها الدستور لحق الدفاع كي

يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التى يطلبها معتصما فى بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسما فيه أنه الأقدر - لعلمه وخبرته وتخصصه - على ترجيح كفته، ذلك أنه فى نطاق علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بين الشخص ومحاميه، فإنه يكون مهياً أكثر للقبول بالنتائج التى يسفر عنها الحكم فى دعواه. فضلا عن أن حدود هذه العلاقة توفر لمن كان طرفا فيها من المحامين حرية إدارة الدفاع وتوجيهه الوجهة التى يقدر أنها الأفضل لخدمة مصالح موكله فى إطار أصول المهنة ومقتضياتها. وعلى ضوء هذه الوكالة القائمة على الاختيار الحر التى يودع من خلالها الموكل بيد محاميه أدق أسراره وأعمق دخائله اطمئنانا منه لجانبه، يتخذ المحامى قراراته حتى ما كان منها مؤثرا فى مصير موكله، بل إن حدود هذه العلاقة تحمله على أن يكون أكثر يقظة وتحفزا فى متابعتة للخصومة القضائية وتعقبه لمسارها ومواجهته بالمشاورة لما يطرح أثناء نظرها مما يضر بمركز موكله فيها أو يهدده وبوجه خاص كلما كان الحكم بالإدانة أكثر احتمالا أو كانت النتائج المحتملة للحكم فى النزاع بعيدة فى آثارها العملية القانونية.

وحيث إن ضمانات الدفاع قوامها تلك المعاونة الفعالة التى يقدمها المحامى لمن يقوم بتمثيله، وهى ترتد على عقبيها إذا ما حمل الشخص على أن يختار محاميا أقل خبرة منحيا بذلك - وإعمالا للنص التشريعى المطعون عليه - من يقدر أنه أكثر موهبة وأنفذ بصرا، متى كان ذلك فإن حق الشخص فى اختيار من يوليه ثقته من المحامين يغدو لازما لفعالية ضمانات الدفاع، والانتقال بها إلى آفاق تعزز معاونة القضاء فى مجال النهوض بالرسالة التى يقوم عليها، وتحقق لمهنة المحاماة ذاتها تقدما لا ينتكس بأهدافها بل يثريها بدماء الخبرة والمعرفة وبغيرها قد يؤول أمر الدفاع - فى عديد من صوره - إلى النمطية العقيمة التى لا إبداع فيها، وإلى إفراغ متطلباتها من محتواها.

وحيث إنه إذ كان ما تقدم، وكان الأصل فى الحقوق التى كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تدرج هرمى يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو

فى مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ فى أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقيود التى تفرضها النصوص التشريعية وكان هذا المجال يتحدد بالنسبة إلى الحقوق التى نص عليها الدستور فى صلبه على ضوء طبيعة كل حق منها، وبمراعاة الأغراض النهائية التى قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره، وفى إطار الرابطة الحتمية التى تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التى كفلها الدستور باعتباره مدخلا إليها أو معززا لها أو لازما لصونها، وكان إنكار حق الشخص فى أن يختار من المحامين من يقدر تميزه فى الدفاع عن المصالح التى يتوخى تأمينها والذود عنها، لا يتمخض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها، باعتبار أن فعالية ضمانات الدفاع ينافيها ما قرره النص المطعون فيه من حرمان فئة بذاتها من المحامين - الأصل أن تتوفر لها الخبرة العريضة والإحاطة بفروع القانون المختلفة مع تعمقها لأغوارها وتفصيها لدقائقها - من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما فى حكمها، لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين بأعبائها، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاضى فى اختيار محام من بينهم يكون محل ثقته - سواء فى مجال قدراته القانونية أو القيم التى يتحلى بها فى أداء عمله أو الكيفية التى يواجه بها مسؤولياته المهنية من الناحية العملية - وليس ذلك كله إلا عدوانا على حق الدفاع ينال من القيمة العملية لحق التقاضى مهدرا كذلك مبدأ الخضوع للقانون ومجردا الحقوق والحريات التى نص عليها الدستور من أبرز ضماناتها. ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد اقتحم الحدود التى رسمها الدستور مجالاً حيويًا لحق الدفاع، وأخل بالحقوق الأخرى المرتبطة به برابطة وثيقة، ووقع من ثم باطلا.

وحيث إن ما ينعاه المدعيان على النص التشريعى المطعون فيه من مخالفته مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه فى المادة (40) من الدستور، فى محله، ذلك أن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا بدستور 1923 وانتهاء بالدستور القائم، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون وكفلت تطبيقه على المواطنين

كافة، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحياتهم في مواجهة صور التمييز التي تتال منها أو تقيده ممارستها، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال إعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للمصلحة العامة. ولئن نص الدستور في المادة (40) على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينها هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، إلا أن إيراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظوراً فيها مرده أنها الأكثر شيوعاً في الحياة العملية ولا يدل البتة على انحصاره فيها دون غيرها، إذ لو صح ذلك، لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون تحقيق الأغراض التي قصد إليها من إرسائها. وآية ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة (40) من الدستور ما لا تقل في أهميتها - من ناحية محتواها أو في مجال خطورة الآثار المرتبة عليها - عن تلك التي عينتها بصريح نصها، كالتمييز بين المواطنين - في مجال الحقوق التي يتمتعون بها وفقاً لأحكام الدستور أو في نطاق حرياتهم التي يمارسونها بمراعاة قواعده - لاعتبار مرده إلى الملكية أو المولد أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو عصبية قبلية أو مركز اجتماعي معين أو الانحياز إلى آراء بذاتها أو الانضمام إلى جمعية أو مساندة أهدافها أو الإعراض عن تنظيم تدعمه الدولة وغير ذلك من أشكال التمييز مما يؤكد أن صورته المختلفة التي تناقض مبدأ المساواة وتفرغه من محتواه، يتعين إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية، لما كان ذلك، وكان الدستور قد كفل حق الدفاع بالوكالة بما يعنيه ذلك أصلاً من ضمان حق الموكل في فرصة موأتية يؤمن من خلالها اختيار محام يطمئن إليه ويثق فيه - مادام قادراً على أداء أتعابه - وكان

الحق في هذا الاختيار يلعب دورا متميزا - سواء في مجال فعالية المعونة التي يقدمها التي يقدمها الوكيل إلى موكله أو باعتباره مكونا أساسيا لحق الدفاع بالوكالة في مجالاته العملية الأكثر أهمية - وكانت المعاونة الفعالة التي يقدمها المحامي في علاقته بموكله أمام المحاكم لا تقتصر على درجاتها العليا، وإنما تمتد كذلك إلى الخصومة القضائية في مراحلها الأولى أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية - وما في حكمها - وذلك لإرساء أسسها من البداية على دعائم قوية تؤمن مسارها وترجح كفتها سواء من ناحية عناصرها الواقعية أو دعوماتها القانونية بما قد يضع نهاية مبكرة لها ويوفر لموكله جهدا يهدر وما لا يتبدد إذا استطل أمرها، وكان المحامون الذين منعه النص التشريعي المطعون فيه من مباشرة المهنة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما في حكمها - هم هؤلاء الذين يشغلون وظيفة معينة أو كانوا يقومون بأعبائها - ولا يعتبرون بسببها أقل خبرة أو علما بالقانون ممن خولهم ذلك النص حرية ممارستها أمام هذه المحاكم ذاتها بل هم مهياؤون للاضطلاع بمسئولياتهم المهنية أمامها بالنظر إلى خبراتهم المتميزة وإحاطتهم المتعمقة بعلم القانون وكونهم من المقبولين للمرافعة أمام المحاكم الأعلى درجة، وكان من المقرر أن المحامين ورجال القضاء يلعبون معا دورا متكاملًا في مجال ضمان إدارة أفضل للعدالة، وأنه في مجال مهنة المحاماة فإن الحماية الملائمة لحقوق الأفراد وحررياتهم مناطقها أن تزيل الدولة من خلال تنظيماتها التشريعية القيود غير المبررة التي تحول دون النفاذ الفعال إلى الخدمات القانونية التي يقدمها المحامون لمن يطلبونها، وكان مبدأ المساواة أمام القانون مؤداه ألا يخل المشرع بالحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة مراكزهم القانونية، في حين حرم النص التشريعي المطعون فيه الفئة التي شملها الحظر من الحق الذي كفله لغيرهم من المحامين، دون أن يستند في التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة، بل عمد إلى نقيضها، فإن هذا التمييز يكون مفتقرا إلى الأسس الموضوعية التي تبرره، ويكون بالتالي تحكما ومنهيا عنه بنص المادة (40) من الدستور.

وحيث إنه على ضوء ما بسطناه فيما تقدم يكون حكم الفقرة الأولى من المادة (15) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 مخالفا للمواد (40)، (67)، (68)، (69)، (71) من الدستور إذ كان ذلك وكانت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (15) من قانون المحاماة- فيما تتصان عليه من عدم سريان الحظر المشار إليه في فقرتها الأولى على المحامين المقيدين لدى غير المحاكم المنصوص عليها في هذه الفقرة وقت صدور ذلك القانون، ووقوع كل عمل يتم بالمخالفة لأحكام هذه المادة باطلا - مرتبطين بفقرتها الأولى ارتباطا لا يقبل التجزئة، إذ لا قوام لهما بدونها ولا يتصور إعمالهما استقلالا عنها، ومن ثم فإنهما يسقطان بسقوطها ويبطلان تبعاً لها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (15) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

ويترتب على الحكم سالف الذكر عدم جواز تطبيق نص المادة المذكورة من اليوم التالي لنشر الحكم عملاً بالمادة 3/49 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا. وبالتالي فقد أصبح للمحامين المذكورين بالمادة سألفة الذكر ممارسة المحاماة أمام كافة المحاكم.

ونص المادة سألفة الذكر ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم⁽¹⁾.

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 48 لسنة 1979.

50- جزاء حضور المحامي أمام محكمة غير مقيد للمرافعة أمامها :

إذا وكل محام في الحضور أمام محكمة غير مقيد أمامها، كما لو كان مقيدا أمام المحاكم الابتدائية فوكل في الحضور أمام محكمة الاستئناف فإن حضوره يكون باطلا ويعتبر كأن لم يكن.

ويترتب على ذلك اعتبار الخصم الذي حضر عنه غائبا بالجلسة التي حضرها المحامي الموكل عنه، وما يترتب على ذلك من آثار.

الوكالة في الطعن بالنقض :

51- النصوص القانونية :

تنص الفقرة الأولى من المادة 253 مرافعات على أن: "يرفع الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض".

وتنص الفقرة الأولى من المادة 255 على أن: "يجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة وقت تقديم الصحيفة صوراً منها بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب وسند توكيل المحامي الموكل في الطعن.. إلخ".

كما تنص المادة 58 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن: "لا يجوز في غير المواد الجنائية التقرير بالطعن أمام محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا إلا من المحامين المقررين لديها سواء كان ذلك عن أنفسهم أو بالوكالة من الغير".

52- أحكام الوكالة في الطعن بالنقض :

(أ) - وجوب توقيع صحيفة الطعن من محام مقيد أمام محكمة النقض :

يجب توقيع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقيد أمام محكمة النقض. ويترتب على مخالفة ذلك القضاء ببطان الطعن لرفعه من غير ذي صفة.

غير أن المادة 253 مرافعات لم تتطلب وضعاً معيناً في توقيع المحامي على

صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح، ومن ثم يجوز أن يرد فى أى جزء من الصحيفة. والأصل هو افتراض صدور التوقيع ممن نسب إليه حتى يثبت العكس. ولا يكفى التوقيع غير المقروء الذى لم يقرن باسم صاحبه وما يدل على أنه محام مقبول أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "مفاد المادة 253 مرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين مقبولين أمام محكمة النقض فى القيام بالإجراءات والمرافعة أمامها والحكمة فى ذلك أن هذه المحكمة لا تنتظر إلا إلى المسائل القانونية فلا يصح أن يتولى تقديم الطعن إليها أو التوقيع عليها والمرافعة فيها إلا المحامون المؤهلون لبحث مسائل القانون، ويترتب على مخالفة هذا الحكم بطلان الطعن. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن أصل صحيفة الطعن قد خلا مما يفيد أن من وقع عليه محام مقبول أمام محكمة النقض إذ ذيل أصل الصحيفة بتوقيع غير مقروء ولم يشر فيها إلى اسم من وقعها وأنه محام مقبول هذه المحكمة، فإن الطعن يكون باطلا، ولا يغير من ذلك إيداع صحيفة الطعن من محام مقبول أمام محكمة النقض موكل من الطاعنين ذلك أن الغاية من توقيع محام مقبول أمام محكمة النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة لأن هذا التوقيع هو وحده الذى يضمن جدية الطعن وكتابة أسبابه على النحو الذى يتطلبه القانون".

(طعن رقم 3867 لسنة 61 ق جلسة 1997/3/9)

2- "المادة 253 من قانون المرافعات لم تتطلب وضعاً معيناً فى توقيع المحامى على صحيفة الطعن يكشف عن اسمه بوضوح وكان الأصل بالنسبة للتوقيع هو افتراض صدوره مما نسب إليه حتى يثبت العكس. وكان الثابت من صحيفة الطعن أنها صدرت من الأستاذ.... المفوض من مجلس إدارة الشركة

الطاعنة فى مباشرة الطعن بموجب التوكيل الصادر له من رئيس مجلس الإدارة والممثل القانونى لها فإن التوقيع المذيل به صحيفة الطعن أسفل عبارة وكيل الشركة الطاعنة فإنه يكون منسوباً إليه ومفترضاً صدوره منه".

(طعن رقم 3859 لسنة 60 ق جلسة 1997/7/10)

ويكفى توقيع المحامى المقبول أمام محكمة النقض على أصل صحيفة الطعن المودعة قلم الكتاب دون التوقيع على الصورة المعلنه منها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه ليس فى نصوص القانون ما يوجب توقيع المحامى على الصورة المعلنه من صحيفة الطعن اكتفاء بتوقيعه على أصلها المودع قلم الكتاب ومن ثم فإن خلو الصورة المعلنه من صحيفة الطعن للشركة المطعون ضدها من توقيع المحامى الذى قرر بالطعن بالنقض لا يبطل الطعن".

(طعن رقم 6834 لسنة 62 ق جلسة 1997/1/22)

(أنظر أيضاً قضاء النقض المنشور فى "ب").

(ب) عدم اشتراط سبق الوكالة لتوقيع المحامى :

لا يشترط أن يسبق توقيع المحامى صحيفة الطعن بالنقض صدور وكالة له من الخصم برفع الطعن، غير أنه يتعين إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، ويجوز إيداعه حتى المرافعة فى الطعن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إنه وإن كان لا يلزم وفقاً للمادة 253 من قانون المرافعات حصول المحامى الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق إلا أنه يتعين وفقاً للمادة 255 من قانون المرافعات إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة، لما كان ذلك، وكان الثابت أن المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته

وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعده، وأنه يتعين الحكم ببطلان الطعن لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 347 لسنة 40 ق جلسة 1975/4/30)

2- "إنه وإن كان لا يلزم وفقا للمادة 253 من قانون المرافعات حصول المحامى الموقع على صحيفة الطعن على توكيل سابق، وكانت المادة 255 من قانون المرافعات توجب إيداع سند توكيل المحامى وقت تقديم الصحيفة إلا أن ذلك لا يمنع من تقديمه بعد ذلك وحتى جلسة المرافعة. لما كان ذلك وكان الثابت أن المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن لم يقدم سند وكالته عن هؤلاء الطاعنين وقت تقديم صحيفة الطعن أو بعده وحتى جلسة المرافعة فإنه يتعين الحكم ببطلان صحيفة الطعن بالنسبة لهم لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 825 لسنة 44 ق جلسة 1979/6/4)

3- "لما كانت المادة 255 من قانون المرافعات قد أوجبت على الطاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامى الموكل فى الطعن، وكان الثابت أن المحامى الذى رفع الطعن عن الطاعنين قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن توكيلا صادرا إليه من الطاعن الثالث عن نفسه وبصفته وكيلا عن الطاعنات الرابعة والسادسة والسابعة إلا أنه لم يودع - أو يقدم للمحكمة لدى نظر الطعن وتداوله بالجلسات - التوكيل المذكور للتحقق من صفة الطاعن الثالث فيه وليبيان ما إذا كان هذا التوكيل يجيز له توكيل محام للطعن بالنقض، لما كان ذلك فإن الطعن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يضحى - بالنسبة للطاعنات الرابعة والسادسة والسابعة - غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 12 لسنة 43 ق جلسة 1982/10/26)

4- "الطاعنة الأولى لم تقدم - حتى قفل باب المرافعة فى الطعن. سند التوكيل الصادر منها إلى الطاعن الرابع الذى وكل المحامى الذى رفع هذا الطعن

ومن ثم يتعين عدم قبول الطعن من الطاعنة الأولى".

(طعن رقم 196 لسنة 61 ق جلسة 1997/6/17)

(ج) يكفى أن يكون المحامى مقيدا أمام محكمة النقض عند رفع الطعن

ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل :

كل ما تشترطه المادة 253 مرافعات أن توقع صحيفة الطعن بالنقض من محام مقبول أمام محكمة النقض. ومن ثم فإن هذا الشرط يتحقق إذا كان المحامى مقبولا أمام محكمة النقض وقت الطعن بالنقض ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل إليه من الطاعن إذا كان التوكيل سابقا على رفع الطعن⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لما كان كل ما تقتضيه المادة 429 من قانون المرافعات أن يوقع تقرير الطعن بالنقض محام مقبول أمام محكمة النقض بوصفه وكيلًا عن الطاعن فإن مفاد ذلك هو وجوب تحقق هذا الشرط وقت التقرير بالطعن بالنقض ولو لم يكن المحامى الذى قرر به مقبولا أمام محكمة النقض وقت صدور التوكيل له ذلك لأن العبرة فى تحديد نطاق التوكيل وبيان سلطات الموكل بالوقت الذى يجرى استعمال التوكيل فيه بتنفيذ العمل المشار إليه به. فإذا كان المحامى الذى قرر بالطعن بطريق النقض - وقت صدور التوكيل - مقيدا بجدول المحامين لدى المحاكم الشرعية ولم يكن مقبولا أمام محكمة النقض، وكان الثابت أن عبارة التوكيل تخول له حق التقرير بطريق النقض ولم يحدد التوكيل بقيد زمنى ولم يعدل عنه فهو ينصرف إلى الحال والاستقبال على السواء".

(طعن رقم 9 لسنة 27 ق "أحوال شخصية" جلسة 1959/6/25)

(1) المستشار طه الشريف نظرية الطعن بالنقض فى المواد المدنية والمواد التجارية ص 370.

(د) عدم اشتراط صدور توكيل مباشر الى المحامى الذى وقع صحيفه**الطعن:**

إنما يلزم فى هذه الحالة تقديم التوكيل السابق وإيداعه قلم الكتاب قبل المرافعة فى الطعن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الثابت أن التوكيل المودع بملف الطعن بالنسبة للطاعنين الثامن والتاسع لم يصدر من هذين الطاعنين إلى المحامى الذى قرره، بل صدر إليه من الطاعنة السابعة عن نفسها وبصفتها وكيلة عنهما دون تقديم ذلك التوكيل للتعرف على حدود وكالتها وما إذا كانت تشمل الإذن لها فى توكيل محامين للطعن بالنقض أولاً تشمل هذا الإذن، فإن الدفع بعدم قبول الطعن بالنسبة للطاعنين الثامن والتاسع للتقرير به من غير ذى صفة يكون فى محله".

(طعن رقم 479 لسنة 49 ق جلسة 1979/2/2)

(هـ) إذا كان الطاعن محامياً مقبولاً أمام محكمة النقض جاز له توقيع صحيفة الطعن.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وأخيراً أخذ قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 فى المادة 253 منه بالتعديل الذى أدخله القانون رقم 106 لسنة 1962 علالمادة السابعة آنفة الذكر، وفى ذلك كله ما يدل على أن عبارة "الموكل عن الطالب" - الملغاة - لم تكن تعنى منذ وضعها إلزام الخصم المقبول أمام محكمة النقض أن ينيب عنه محامياً للتقرير بالطعن. لما كان ذلك وكانت الاعتبارات التى من أجلها أوجب المشرع على الخصوم أن ينيبوا عنهم أمام محكمة النقض محامين مقبولين لديها، متحققة فى الخصم - وهو الأصيل - إذ كان هو نفسه محامياً مقبولاً أمام هذه المحكمة، فإن ما ذهب إلىه الأحكام السابق صدورها من دوائر المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية وغيرها، من استلزام الغيرية بين الخصم وبين المحامى الحاصل منه التقرير بالطعن بالنقض، وما يستتبعه ذلك من إلزام الخصم على الرغم من كونه محامياً مقبولاً أمام محكمة النقض بتوكيل محام للنيابة عنه فى ذلك، وبطلان الطعن الذى يوقع هذا الخصم المحامى تقريره بنفسه يكون غير سديد ومن أجل ذلك فإن هذه الهيئة تقضى بإجماع الآراء بالعدول عن المبدأ الذى قررته الأحكام السابقة بالمخالفة لهذا النظر".

(طعن رقم 592 لسنة 35 ق "هيئة عامة" جلسة 1974/3/4)

(و) - إيداع التوكيل حتى الفصل فى الطعن :

يجب إيداع التوكيل ملف الطعن حتى الفصل فى الطعن، حتى تتمكن المحكمة من التعرف على مدى اتساعه للطعن بالنقض. فإذا قام المحامى بسحبه ولم يقدمه حتى جلسة المرافعة بطل الطعن ولا يغنى عن التوكيل ذكر رقمه فى

صحيفة الطعن⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "وإن كان القانون رقم 106 لسنة 1962 - الذي رفع الطعن في ظله - قد ألغى ما كانت تشترطه المادة السابعة من القانون رقم 57 لسنة 1959 من ضرورة حصول المحامي المقرر بالطعن على توكيل سابق على التقرير، إلا أن هذا الإلغاء - كما جاء بالملذكرة الإيضاحية لهذا القانون - لا يعفى بطبيعة الحال المحامي من واجب تقديم التوكيل فيما بعد وقبل الفصل في الطعن. فإذا كان المحامي المقرر بهذا الطعن لم يقدم سند توكيله عن الطاعن حتى حجزت الدعوى للحكم وكان لا يغنى عن تقديم التوكيل المذكور مجرد ذكر رقمه في التقرير بالطعن إذ أن تقديم التوكيل واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود الوكالة. وما إذا كانت تشتمل الإذن للمحامي الموكل في الطعن بطريق النقض، فإن الطعن يكون غير مقبول للتقرير به من غير ذي صفة".

(طعن رقم 221 لسنة 34 ق جلسة 1967/12/28)

2- "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على الطاعن بالنقض أن يودع سند وكالة المحامي الموكل في الطعن وذلك وفقا لنص المادة 255 من قانون المرافعات، وأنه وإن كان لا يشترط أن يكون التوكيل صادرا مباشرة من الطاعن إلى المحامي الذي رفع الطعن وإنما يكفي صدوره إليه من وكيل الطاعن إلا أنه يلزم أن تكون هذه الوكالة تسمح بتوكيل المحامين بالطعن بالنقض، كما أن عدم تقديم المحامي رافع الطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن وحتى حجز الطعن للحكم ليتسنى للمحكمة التحقق من صفته في إجراءاته والوقوف على مدى هذه الوكالة يترتب عليه عدم قبول الطعن. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المحامي رافع الطعن وإن قدم التوكيل الصادر له من قبل الطاعنين إلا أنه لم

(1) المستشار طه الشريف ص 372.

يقدم التوكيل الصادر له من الطاعنين الأول بصفته والثانى الذى يبيح له رفع الطعن كما لم يقدم التوكيل رقم 2107/ب لسنة 1983 جنوب القاهرة الصادر من الطاعنين من الثالثة حتى العاشرة إلى الأستاذ/..... الذى وكله فى رفع الطعن رغم وجوب تقديمه لتحقيق المحكمة من وجودها وتستطيع معرفة حدودها وما إذا كانت تشمل الإذن له فى توكيل المحامى رافع الطعن لمباشرة إجراءاته، ولا يغنى عن ذلك مجرد رقم التوكيل الذى بموجبه أوكل المحامى الذى قرر بالطعن ومن ثم فإن الطعن يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 3880 لسنة 67 ق جلسة 2010/12/22)

3- "أن المادة 255 من قانون المرافعات - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - توجب أن يودع المحامى المقرر بالطعن إلى ما قبل حجز الطعن للحكم التوكيل الصادر ممن وكله عن الطاعن أو صورة رسمية منه. لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المحامى الذى قرر بالطعن وإن أرفق بصحيفة الطعن صورة طبق الأصل من التوكيل الصادر له من وكيل الطاعن إلا أنه لم يقدم التوكيل الصادر للأخير من الطاعن لدى نظر الطعن أمام المحكمة وحتى تاريخ حجه للحكم، وكان لا يغنى عنه مجرد ذكر رقمه فى التوكيل الصادر من الوكيل للمحامى إذ إن تقديمه واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده ويتسنى لها معرفة حدود تلك الوكالة وما إذا كانت تشمل الإذن لوكيل الطاعن فى توكيل غيره من المحامين فى الطعن بالنقض، ومن ثم فإن الطعن يضحى غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة".

(طعن رقم 1337 لسنة 72 ق جلسة 2011/2/16)

(ز) لا يشترط أن تكون عبارات التوكيل صريحة فى إجازة الطعن بالنقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يشترط فى عبارة التوكيل صيغة خاصة ولا النص فيها صراحة على إجازة الطعن بالنقض فى القضايا المدنية متى كانت هذه الوكالة مستفادة من أية عبارة واردة فيه تتسع لتشمل الحق فى النيابة أمام المحاكم على اختلافها، ولما كان الثابت من أوراق الطعن أن محامى الطاعنين قد أودع عند تقديم صحيفة الطعن التوكيل الصادر إليه من الطاعن الثانى عن نفسه وبصفته وكيلًا عن باقى الطاعنين، وكانت عبارة توكيل هؤلاء الأخيرين للطاعن الثانى وهو رقم.... الذى أشير إليه عند إيداع صحيفة الطعن. وقدمه الطاعنون لهذه المحكمة تشمل وكالته عنهم أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها فإنها بهذا الشمول تتسع لمباشرة القضايا أمام محكمة النقض طعنا وحضورا، ومن ثم يكون الطعن المقام من أولئك الطاعنين مقديما من ذى صفة".

(طعن رقم 306 لسنة 46 ق جلسة 1980/5/31)

(أنظر أيضا طعن 969 لسنة 44 ق جلسة 1978/3/15)

53- عدم المنازعة فى الوكالة :

سارت محكمة النقض فى قضائها إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله، ولو باشر الوكيل الإجراء قبل صدور الوكالة.

وليس للموكل الذى لم يطالب بتقديم وثيقة التوكيل فى كافة درجات التقاضى أن يثير للمرة الأولى أمام محكمة النقض نزاعا حول ذلك⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 360.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا طُلب المدعى عليهم ببيع أطيان مدعى وضع يدهم عليها، وبنيت المطالبة على ورقة صادرة من أحدهم تعهد فيها عن نفسه وبصفته وكيلًا عن اخوته الباقيين بالتزامهم للمدعى عليهم ببيع ما زاد على نصيبهم من الأطيان المتفق بموجب هذه الورقة على اختصاصهم بها مؤقتًا حتى تتم القسمة القضائية بين الجميع، وكان سائر المدعى عليهم لم ينكروا هذه الوكالة ولم ينازعوا فيها في أى دور من أدوار التقاضى، وقصروا دفاعهم على أن شقيقهم (الوكيل) هو واضع اليد دونهم، فاستخلصت المحكمة من ذلك أنهم مسلمون بالوكالة ولم تطلب ورقة التوكيل بل قضت فى الدعوى على أساس الالتزام الثابت عليهم بموجب تلك الورقة، فحكمها هذا لا مخالفة فيه للقانون ولا إخلال بحق الدفاع ولا قصور فى التسبب".

(طعن رقم 82 لسنة 14 ق جلسة 1945/5/3)

2- "لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله، فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(طعن رقم 311 لسنة 35 ق جلسة 1969/11/11)

3- "المقرر- فى قضاء هذه المحكمة- أنه لا يجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله لأن فى ذلك تجاوزا فى الاستدلال ضار بحقوق الناس، فإذا باشر المحامى إجراء قبل أن يستصدر توكيلا له من ذى الشأن الذى كلفه بالعمل فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الإجراء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن مأمورية الضرائب أخطرت الطاعن بصافى أرباحه

عن عام 1949 بالنموذج 6 مكرر ضريبة عامة على عنوانه بفرنسا بتاريخ 1955/9/26 وقد تسلمه الطاعن فى 11/9/1955 وطعن محاميه على هذا التقرير أمام لجنة الطعن بتاريخ 1955/12/7 بوصفه وكيلًا رسميًا عنه، وأن التوكيل الصادر من الطاعن لمحاميه مصدق عليه بتاريخ 1955/5/8 وأودع أصله مصلحة الشهر العقارى بالقاهرة بموجب محضر الإيداع الرسمى رقم 5152 لسنة 1956 توثيق القاهرة كما خلت الأوراق من وجود منازعة من الطاعن على وكالة محاميه فإن الطعن يعد مرفوعا فى الميعاد المقرر قانونًا، وإذا خاف الحكم المطعون فيه هذا النظر مستندا إلى أن طعن المحامى فى تقدير اللجنة كان فى 1955/12/7 وأن التصديق على الوكالة تم فى تاريخ لاحق لذلك مما يجعل الطعن مقدم من غير ذى صفة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 338 لسنة 45 ق جلسة 1977/11/15)

4- "إدعاء الطاعن - بحضور محام عن المطعون ضده الأول وهو ليس موكلًا عنه، لا محل له إذ أن صاحب المصلحة فى التمسك بذلك هو المطعون ضده الأول وليس الطاعن".

(طعن رقم 499 لسنة 39 ق جلسة 1977/2/23)

5- "جرى قضاء هذه المحكمة على أنه لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله، والمطعون ضده الرابع لم ينكر وكالة المطعون ضده الأول فى التوقيع نيابة عنه على صحيفة الاستئناف كما لم يجحد حضوره عنه أمام المحكمة فاستخلصت محكمة الموضوع من المستندات المقدمة لها ومن القرائن وظروف الأحوال قيام الوكالة الضمنية وجاء استخلاصها سائغا يودى إلى النتيجة التى انتهى إليها بحيث يعد النعى عليه جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة".

(طعن رقم 671 لسنة 46 ق جلسة 1980/2/6)

6- "لا يجوز للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. لا محل لادعاء الخصم بحضور محامى عن خصمه وهو ليس موكلا عنه إذ أن صاحب المصلحة فى التمسك بذلك هو الموكل وحده".

(طعن رقم 1382 لسنة 52 جلسة 1989/1/1)

7- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن تتصدى المحكمة لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك ولم يعتد بالاتفاق المبرم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الأول بصفته وكيلا عن زوجته لعدم تقديمه سند الوكالة للوقوف على مدى سعته رغم أن المطعون ضدها الثانية مثلت فى الدعوى بمدافع عنها لم يعترض على وكالة زوجها عنها فى إبرام الاتفاق ولم ينع عليه بشئ، وكان الثابت بالمخالصة المؤرخة 1989/6/27 المقدمة من الشركة الطاعنة استلام المطعون ضده الأول عن نفسه وبصفته وليا طبيعيا على أولاده القصر ووكيلا عن زوجته المطعون ضدها الثانية مبلغ خمسة آلاف جنيه قيمة التسوية الودية التى تمت بينه وبين الشركة عن الأضرار المالية والأدبية والموروثة نتيجة وفاة ابنه إثر حادث سيارة هيئة النقل العام المؤمن عليها لدى الشركة الطاعنة وتنازله عن أصل الحق وعن الاستئناف المقام منه ومن المطعون ضدها الثانية، بما مؤداه أن المطعون ضده الأول قد قبض قيمة التعويض المحكوم به نهائيا لأولاده القصر الثلاثة ومقداره ألف وخمسمائة جنيه بواقع خمسمائة جنيه لكل منهم وأنه تنازل عن نفسه وبصفته وكيلا عن زوجته على وجه التقابل عن جزء من ادعائه فيما يتعلق بالتعويض المتنازع عليه وتخالص عما حكم به لهما ابتدائيا، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا حسم النزاع بالصلح فإنه لا يجوز لأى من المتصالحين أن يجدد النزاع لا بإقامة دعوى به ولا بالمضى فى الدعوى التى كانت مرفوعة بما حسمه الطرفان صلحا، وانقضاء ولاية المحكمة فى الفصل فى النزاع بما يعنى انتهاء

الخصومة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ويتعين نقضه والحكم بانتهاء الخصومة في الاستئنافين صلحا".

(طعن رقم 6677 لسنة 64 ق جلسة 1996/3/12)

وقد ذهب - بحق - رأى إلى أن ما ورد في بعض الأحكام السابقة من مباشرة المحامى للأعمال القانونية قبل أن يستصدر توكيلا ممن كلفه بها، هو تعبير غير دقيق إذ لا بد من وكالة سابقة على قيام الوكيل بالعمل وقد تمت هذه الوكالة بالفعل بالتكليف الصادر من الموكل وتنفيذ الوكيل لما كلف به، ولكن المقصود هو قبل توثيق سند الوكالة بالحضور في الدعوى وهو أمر يختلف عن الوكالة في التقاضى وكذلك الشأن فيما ورد في بعض الأحكام من عدم جواز تصدى المحكمة والخصوم لصفة المحامى في الحضور إذ ذلك واجب على المحكمة وجائز للخصوم للثبوت من توافر شروط الحضور عن الموكل أمام القضاء ولكن المقصود هو عدم جواز التصدى للوكالة في أعمال التقاضى غير الحضور أمام القضاء وما استلزم فيه المشروع تفويضا خاصا⁽¹⁾.

54- عدم التوسع في تفسير الوكالة الخاصة:

يلزم في حالة الوكالة الخاصة عدم التوسع في تفسير الوكالة. فيجب على الوكيل أن يباشر العمل الذى وكل فيه بالكيفية التى رسمت له. وأن يلتزم في تصرفاته الحدود المرسومة له في عقد الوكالة. وهذا ما عناه المشرع بالنص في الفقرة الثالثة من المادة 702 على أن: "الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها"⁽²⁾.

فالوكالة بالرهن لا يتضمن التوكيل بعقد الكفالة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

(1) محمد كمال عبد العزيز ص 518 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 372.

1- "إن الكفالة من عقود التبرع فيجب عملاً بالمادتين 516 و517 من القانون المدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك. فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أملاك الموكل ويقبض مقابل الرهن فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى الدين من أملاك الموكل. ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مدينا وأن يرهن أطيان الموكل تأمينا للوفاء بالدين".

(طعن رقم 3 لسنة 7 ق جلسة 1937/4/1)

2- إذا قضت المحكمة بأن تصرف الوكيل كان فى حدود التوكيل وأن التوكيل يبيح له الانفراد بالتصرف، وبنت ذلك على تفسيرها عقد الوكالة واعتمدت فى هذا التفسير على عبارة التوكيل وعلى قصد المتعاقدين المستفاد من الوقائع والملابسات التى اتصلت بتصرف الوكيل، وكان ما انتهت إليه متسقا مع الوقائع التى استندت إليها وغير متنافر مع عقد الوكالة، فذلك من شأنها ولا معقب عليها فيه لمحكمة النقض".

(طعن رقم 59 لسنة 13 ق جلسة 1944/2/17)

والوكالة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الوكالة فى إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة فى تمثيل الموكل فى الخصومات التى تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد اتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل. فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قرر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البائعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة فى الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة وما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة

الأصلية فى الدعاوى التى ترفع عليها فى الديار المصرية أولا تشمل ذلك، فإن الحكم بتجهيله حدود النيابة التى قال بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون".

(طعن رقم 482 لسنة 30 ق جلسة 1965/6/30)

والتوكيل الذى يعطى من بعض الورثة مفوضا فيه إلى وكيلهم قبض وتسلم حقوقهم فى التركة، وإعطاء المخالصة والمرافعة والمصالحة والإبراء والإقرار، والإنكار فى شأن ذلك وفى جميع الدعاوى التى تقام، لايشمل بيع عقار مملوك للورثة⁽¹⁾.

وتوكيل شخص فى إيجاد مشتر لعقار لا يتضمن توكيله فى بيع هذا العقار. وإذا كانت الوكالة خاصة بنوع من التصرفات فى مستوى معين من الخطورة، فإنه يثور التساؤل عما إذا كان يدخل ضمن حدود مكنة الوكيل إجراء تصرفات مشابهة أقل خطورة مما صرح به فى الإنابة وذلك على أساس أن (من يملك الأكثر يملك الأقل).

وقد ذهب الفقه إلى أنه من الأوفق أن يترك الأمر للقضاء فى كل حالة على حدة ليقدر ما إذا كان العمل الأقل خطورة - من حيث نوعه - داخلا فى نطاق الوكالة طبقا للقاعدة المشار إليها أو خارجا عنها لما يلزمه فى العمل من ظروف قد تجعل خطورته العملية أكبر من خطورة العمل المصرح به فى الوكالة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى 1994/12/9 بأن الزوجة التى صدرت لها وكالة من زوجها فى البيع والشراء والرهن والقبض لها أن تفترض باسم زوجها عن طريق توقيع سندات إذنيه.

وبعكس ذلك قضت فى حكمها الصادر فى 1942/11/25 فى دعوى زوج صدرت له من زوجته إنابة فى رهن أموالها وقام الزوج بالاقتراض باسم الزوجة

(1) محمد على عرفه ص 372 واستئناف أهلى 1904/2/11 المشار إليه بهامش (5).

(2) جمال مرسى بدر ص 210.

بمقتضى هذه الإنابة وذلك بغير رهن وعن طريق توقيع سندات إذنية إذ قضت بأن تصرف النائب على هذا الوجه خارج عن حدود نيابته ولا يلزم الأصيل مقررة أن المبدأ القائل "من يملك الأكثر يملك الأقل" ليس مؤداه إدخال عمل غير مصرح به كالاقتراض عن طريق توقيع سندات فى نطاق إنابة قاصرة على رهن أموال الأصيل. وقد أوضحت المحكمة فى حيثياتها أن خطورة الاقتراض عن طريق توقيع سندات وبغير رهن قد تتجاوز فى العمل خطورة الاقتراض برهن وذلك لأن التزامات الأصيل فى هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تتجاوز مبلغا يتناسب وقيمة أمواله التى سترهن ضمانا للدين بينما التزاماته فى حالة الاقتراض بغير رهن لا تتحدد بشيء من ذلك وقد تتجاوز المدى الذى كان يقصده الأصيل عند صدور الإنابة⁽¹⁾.

وفى تقديرنا أن التوكيل بالتنازل يبيح للوكيل ترك الخصومة والصلح. والتوكيل الذى يبيح الصلح لا يجيز التنازل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان التوكيل خالية عبارته عن النص على التنازل عن الحقوق ولكنه صريح فى تخويل الوكيل إجراء الصلح، وتنازل الوكيل عن حقوق موكله قبل خصمه مقابل تنازل الخصم عن حقوقه، فهذا لا يكون تنازلا محضا من طرف واحد، وإنما هو صلح مما تتسع له حدود التوكيل".

(طعن رقم 28 لسنة 13 ق جلسة 1943/11/18)

55- إثبات نطاق الوكالة:

لا يخضع إثبات نطاق الوكالة ومدى سعتها لقواعد إثبات الوكالة ذاتها، فيجوز إثبات نطاق الوكالة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، ولو كانت الوكالة ذاتها لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها. وعلى من

(1) أورده جمال مرسى بدر ص 211 وما بعدها.

يدعى سعة الوكالة لتشمل أمرا معيناً عبء إثبات ذلك. وللمحكمة استخلاص مدى الوكالة من عبارات العقد والظروف والملابسات التي صدر فيها.

ويخضع ذلك في النهاية لمطلق تقدير القاضي دون معقب عليه من محكمة النقض، طالما أن ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساققتها ولا تتعارض مع أي نص في عقد الوكالة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن لقاضي الموضوع بما له من السلطة في تعرف حقيقة ما أراده العاقدان في العقد المبرم بينهما أن يحدد مدى الوكالة على مدى ظروف الدعوى وملابساتها. فإذا كانت المحكمة في الدعوى المرفوعة على المحامي من موكله يطالبه بمبلغ مقابل ما أضعه عليه بإهماله تجديد قيد الرهن على الأطنان التي وكله في مباشرة إجراءات نزع ملكيتها حتى سقط القيد وأصبح دينه عادياً قد قضت على المحامي بالتعويض مؤسسة قضاءها على ما استظهرته من عقد الوكالة المحرر للمحامي، وما استخلصته من الظروف والملابسات التي صدر فيها من أنه وإن كان متعلقاً بدعوى معينة إلا أنه عام فيها فيشمل التزام المحامي بالعمل على تجديد قيد الرهن في الميعاد، وكان ما حصلته المحكمة من ذلك تبرره المقدمات التي ساققتها ولا يتعارض مع أي نص في عقد الوكالة، فلا تقبل مناقشتها لدى محكمة النقض والإبرام بدعوى أنها مسخت ذلك العقد وحرفت معناه".

(طعان رقما 69 لسنة 10 ق، 70 لسنة 11 ق جلسة 1942/5/21)

2- (أ) - المناط في التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية حول الموكل الوكيل إجراءها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات، يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته، وما جرت به نصوصه وإلى الملابسات التي صدر فيها التوكيل وظروف الدعوى. ولا عبرة في هذا الخصوص بما قد يتمسك به الموكل قبل الغير الذي تعامل مع الوكيل من أسباب تتعلق

بالشكل الذى أفرغ فيه التوكيل أو بالجهة التى تم توثيقه أمامها إلا إذا كان العمل الذى صدر التوكيل من أجله يتطلب شكلا معيناً ، فيتعين عندئذ أن يتخذ التوكيل هذا الشكل".

(طعن رقم 413 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/6)

(ب) - "تحديد مدى سعة الوكالة يعد تفسيراً لمضمونها، مما يضطلع به قاضى الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه، ومما تحتمله عبارته بغير مسخ".

(طعن رقم 413 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/6)

3- "إذ كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا لم يكن التوكيل صريحاً فى تخويل المحامى أن يطعن نيابة عن الموكل بطريق النقض، فللمحكمة أن تحصل ذلك من عبارة التوكيل والملابسات التى حرر فيها. لما كان ذلك وكانت عبارات التوكيل تدل على أن الطاعن فوض زوجته إدارة كافة أمواله والتصرف فيها وأنه وكلها فى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ عليها، فإن صدور التوكيل فى الخارج ومن شخص غير مصرى ليس له دراية بإجراءات التقاضى فى مصر يشير إلى أن نطاق التوكيل العام يرخص لزوجة الطاعن ووكيلته فى توكيل محامين نيابة عنه لمباشرة إجراءات الدعاوى أمام المحاكم بمختلف درجاتها ومنها محكمة النقض".

(طعن رقم 969 لسنة 44 ق جلسة 1978/3/15)

4- (أ) - "تختلف سعة الوكالة باختلاف الصيغة التى يفرغ فيها التوكيل ومؤدى نص المادة 702 من القانون المدنى أن الوكالة الخاصة تحدد بعمل أو أعمال قانونية معينة وترد على أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء وهى وإن اقتصرت على عمل معين فهى تشمل كذلك توابعه ولوازمه الضرورية وفقاً لطبيعة الأشياء والعرف السارى، وتحديد مدى الوكالة مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بماله من السلطة فى تعرف حقيقة ما أراده العاقدان مستعينا بعبارة

التوكيل وبظروف الدعوى وملابساتها طالما كان الاستخلاص سائعا".
 (ب) - "إذا كان البين من مطالعة التوكيل الصادر من المستأجرة الأصلية إلى المطعون عليه الثانى أنه توكيل رسمى عام تضمن توكيلا خاصا مضافا إليه فى "البيع والشراء فيما يتعلق بالمنقولات وكل ما هو منقول وثابت والتوقيع على عقد البيع الابتدائى وقبض الثمن..." فإن نطاق هذه الوكالة يتسع لتصرف المطعون عليه الثانى فى التنازل عن حق الإيجار باعتباره بيعا لمنقول".

(طعن رقم 598 لسنة 44 ق جلسة 1978/6/21)

5- "لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تحديد نطاق الوكالة وبيان ما قصده المتعاقدان منها مستعينة، فى ذلك بعبارة التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها، متى كان استخلاصها سائعا يودى إلى ما انتهت إليه".

(طعن رقم 142 لسنة 49 ق جلسة 1981/10/26)

6- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المناط فى التعرف على مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للتوكيل إجرائها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلى الملابسات التى صدر فيها وظروف الدعوى، فإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا للعقد أو المحرر وأضافا إليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطا أو عبارات تتعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة وجب تغليب الشروط والعبارات المضافة باعتبارها تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين".

(طعن رقم 1490 لسنة 61 ق جلسة 1992/6/25)

7- "تفسير عبارات الوكالة وتحديد سعتها هو مما يختص به قاضى الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع على توكيل لم يتم إلغاؤه ومما تحتمله عباراته بغير مسخ".

(طعون أرقام 315، 632، 702 لسنة 59 ق جلسة 1992/7/30)



آثار الوكالة

مادة (703)

- 1- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة.
- 2- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة.

الشرح

56- مضمون التزام الوكيل:

أهم التزام تنشغل به ذمة الوكيل بمجرد قبوله الوكالة هو التزامه بتنفيذ العمل الموكول إليه. ولعل هذا هو الالتزام الأساسي في عقد الوكالة. وهو الذي نصت عليه المادة 703 بقولها: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة".

فيجب على الوكيل أن يلتزم بالحدود المرسومة للوكالة، سواء من ناحية التصرفات القانونية المحددة بعقد الوكالة، أو من ناحية تنفيذ الوكالة، أو من ناحية سعة الوكالة. أي يجب عليه - طبقا لما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي "أن يقوم بالعمل أو الأعمال القانونية التي وكل فيها وما يتبع ذلك من أعمال مادية ملحقة دون نقص أو زيادة. فإن نقص أو زاد كان بين التفريط والإفراط، وكلاهما يكون مسئولا عنه⁽¹⁾.

فإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع لشخص معين أو بثمن محدد وجب عليه الالتزام بشخص المشتري أو بالثمن المحدد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 206.

وإذا كانت الوكالة صادرة بالبيع بالأجل وحدد هذا الأجل، وجب على الوكيل الالتزام بالأجل المحدد.

ويلتزم الوكيل بالقيام بالأعمال المادية التابعة للتصرف محل الوكالة. فإذا كانت الوكالة فى بيع عقار ولم يحدد فيها اسم المشتري التزم الوكيل بالبحث عن مشتر، وكذا بتحرير العقد وبتخاذ إجراءات تسجيل العقار.

فهذه الأعمال تابعة لعقد الوكالة وتدخل فى نطاقه ويحكمها عقد الوكالة، فلا تنشأ بشأنها علاقة أخرى بين الوكيل والموكل كعلاقة العمل.

وللوكيل الاحتفاظ بما يثبت تنفيذه للوكالة على الوجه المطلوب، فله أن يحتفظ بنسخة العقد الذى أبرمه أو بالمستند الدال على ذلك، حتى يستطيع الرجوع على الموكل بما عليه من التزامات كدفع الأجر إذا كانت الوكالة بأجر⁽¹⁾.

57- جزاء الخروج على الحدود المرسومة للوكالة :

إذا جاوز الوكيل الحدود المرسومة للوكالة، فإن تصرف الوكيل فى هذه الحالة لا يعتبر حاصلًا بالنيابة عن الموكل، وبالتالي لا ينفذ فى حق الأخير⁽²⁾.

غير أنه يجوز للموكل أن يقر هذا العمل، فإن أقره أصبح كأنه قد تم فى حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار.

أما إذا لم يجز الموكل عمل الوكيل فلا يستطيع الغير سوى الرجوع على الوكيل الذى تعاقد معه بالتعويض إذا كان هذا الغير حسن النية وأصابه ضرر من فعل الوكيل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "إذا جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل الذى له الخيار بين إجازة هذا التصرف بقصد إضافة أثره إلى نفسه أو طلب

(1) السنهورى فى الوسيط الجزء السابع - المجلد الأول ص 580.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 234 - عبد المنعم الصده ص 150.

إبطاله، وهذا الطلب ليس مقرراً لمصلحة الغير فحسب- كما يقول الطاعنون- بل هو مقرر أيضاً لمصلحة الموكل".

(طعن رقم 1125 لسنة 48 ق جلسة 1979/5/2)

(ب)- "... الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة وفي حدودها وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعله تقصيره، وإن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سئ النية قصد الإضرار بالموكل أو بغيره".

(طعن رقم 1125 لسنة 48 ق جلسة 1979/5/2)

2- "من المقرر طبقاً للمادتين 699، 1/704 من القانون المدني أن الوكالة هي عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، وأن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة فليس له أن يجاوزها فإذا جاوزها فإن العمل الذي يقوم به لا ينفذ في حق الموكل، إلا أن للموكل في هذه الحالة أن يقر هذا العمل فإن أقره أصبح كأنه قد تم في حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار مما مفاده أن الموكل هو الذي يملك التمسك بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الوكيلتين عن المستأجرة الأصلية قد تجاوزتا حدود الوكالة الصادرة إليهما حين تنازلتا عن شقة النزاع للطاعن على الرغم من أن الموكلة لم تتمسك بهذا التجاوز فإنه يكون قد أخطأ في تطبيقه القانون".

(طعن رقم 207 لسنة 49 ق جلسة 1979/12/22)

وتجاوز الوكيل للحدود المرسومة للوكالة مما يتعلق بالواقع، ويخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغاً يتفق والثابت بالأوراق.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم إذ قرر بأن الوكيل قد تجاوز حدود التوكيل قد أقام ذلك على استخلاص موضوعى سائغ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه".

(طعن رقم 255 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/5)

58- تغيير طريقة تنفيذ الوكالة بما لا يضر بالموكل:

إذا قام الوكيل بتنفيذ الوكالة بطريقة تختلف عن تلك الواردة بعقد الوكالة ولكن لم يترتب عليها ضرر للموكل، فلا تتعدّد مسؤولية الوكيل قبل الموكل. ومثال ذلك أن يقوم الوكيل بشراء سلعه كلف بشرائها من النوع المتفق عليه، ولكن من غير المكان الذى حدّدته الوكالة.

أو إذا اشترى السلعة بسعر أعلى من السعر المتفق عليه، ولكنه تحمل فرق السعر⁽¹⁾.

ومن باب أولى إذا عقد الوكالة بشروط أفضل، كأن يبيع منزلاً عهد إليه ببيعه بسعر معين، بسعر يزيد على السعر المطلوب.

أو إذا كان معهوداً إليه ببيع المنزل فى المثال السابق بالأجل فتقاضى الثمن معجلاً.

59- إجازة الخروج على الحدود المرسومة للوكالة استثناء:

تنص الفقرة الثانية من المادة 703 مدنى على أن:

"على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة".

(1) محمد على عرفه ص 177.

ومثل ذلك - على ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي - أن يكون الوكيل قد وكل في بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وبيع قدرا أكبر. أو وكل في الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمي⁽¹⁾.

والشرطان اللذان نصت عليهما المادة هما:

الشرط الأول:

أن تكون الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف.

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدي تتضمن عبارة "وكانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف"، إلا أنها عدلت بلجنة المراجعة إلى "وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف"⁽²⁾.

والمعيار هنا شخصي محض يستمد من الإرادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه فلا يرجع فيه إلى ما كان يقبله عادة موكل عادي يوجد في نفس الظروف. ولكن للوكيل أن يبين الاتجاه المحتمل لإرادة الموكل من الظروف أي من عناصر ليست شخصية محضة.

فالمعيار شخصي بمعنى أنه يقوم أصلا على الإرادة الحقيقية للموكل، كأن يتبين من الظروف مثلا أنه _ في المثل السابق - كان يرغب في بيع أرضه كلها وأنه ما قصر التوكيل بالبيع على جزء منها إلا لوجود مشتر لهذا الجزء دون غيره. وإن كانت الإرادة المنفردة تدق إلى حد بعيد⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 206 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 200 وما بعدها.

(3) أكثم الخولى ص 216 وهامش (1).

وعبارة النص هي من العموم بحيث لا تقتصر على حالة الزيادة أو النقص في العمل موضوع الوكالة، بل يمكن أن تتعدها على حالة القيام بعمل آخر يختلف تماما عن العمل موضوع الوكالة. كأن يشتري الوكيل المكلف بشراء سيارة جديدة من طراز معين سيارة جديدة من طراز آخر أو سيارة مستعملة من نفس الطراز أو أن يشتري الوكيل المكلف بشراء قطعة أرض للبناء في مصر الجديدة قطعة أرض أخرى في المعادى.

فالعبرة بتوافر الشرطين الواردين بالمادة لا بطبيعة أو درجة الخروج عن حدود الوكالة كما يرسمها العقد⁽¹⁾.

الشرط الثاني:

أن يكون من المستحيل على الوكيل أن يخطر الموكل سلفا بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة، بحيث أنه لو تراخى في تنفيذ الوكالة حتى يقوم بإخطار الموكل لضاعت عليه الصفقة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

".... على أنه يجوز له "أى الوكيل" أن ينقص أو يزيد أو أن يعدل بوجه عام في حدود الوكالة مع بقائه وكيلا وذلك بشرطين: (أ) أن تكون الظروف بحيث

(1) أكثم الخولى ص 216 وما بعدها - فى هذا المعنى السنهورى ص 581- وقارن الدكتور على عرفه ص 277 إذ يرى أن النص يخول سلطة للوكيل على خلاف مقتضى القواعد العامة، إذ ألزم الموكل بتصرف لم يدر بخلده ولا يوافق عليه.

ويرى تفسير هذا على ضوء النصوص الأجنبية التى استقى منها التى تجيز للوكيل فى مثل هذا الفرض أن يخالف تعليمات الموكل. كما فى المثال الثانى الوارد بالمذكرة الإيضاحية ولا تتعدى ذلك إلى إباحة الخروج عن حدود الوكالة، وفرق بين مخالفة التعليمات التى تقع بتغيير طريقة التنفيذ فحسب والتجاوز كلية عن حدود الوكالة الذى تنتفى معه نيابة الوكيل عن الموكل كما فى المثال الوارد بالمذكرة الإيضاحية، ومن ثم فلا يباح للوكيل إلا مخالفة التعليمات.

يفترض معها أن الموكل كان يوافق على هذا التصرف، كما إذا كان قد وكل فى بيع قدر معين من الأرض فتهيأت له صفقة رابحة وبيع قدرا أكبر، أو وكل فى الإقراض بتأمين هو كفالة شخصية فأقرض بتأمين هو رهن رسمى. وإذا قام نزاع بين الوكيل والموكل فى تحقيق هذا الشرط كان الأمر محلا لتقدير القاضى. (ب) أن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل مقدما بتصرفه. ويترك تقدير هذا أيضا للقاضى⁽¹⁾.

60- أثر توافر شرطى تجاوز حدود الوكالة :

إذا توافر شرطا تجاوز حدود الوكالة اللذان عرضنا لهما فى البند السابق، نفذ فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل، سواء كان الغير عالما بمجاوزة حدود هذه الوكالة أو غير عالم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"فإذا توافر هذان الشرطان نفذ فى حق الموكل عمل الوكيل حتى فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وكان للغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتمسك على الموكل بالعمل الذى أتاه الوكيل، علم الغير أو لم يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة". ومفاد ذلك أن هناك نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل فيما جاوز فيه حدود الوكالة، وقد أقام القانون هذه النيابة على أساس إرادة مفترضة لا صريحة ولا ضمنية من جانب الموكل⁽²⁾.

غير أنه يجب على الوكيل أن يبادر إلى إبلاغ الموكل بما أدخله على الوكالة من تعديل، فإن تأخر لم يؤثر ذلك فى اعتباره وكيلا فيما قام به من العمل، وإنما يكون مسئولا عن التعويض إذا ترتب على التأخير ضرر للموكل، كما إذا باع هذا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 206 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 583 - الدكتور المستشار محمد شتا ص 1135.

لمشتر آخر القدر الزائد من الأرض الذى باعه الوكيل مجاوزا حدود الوكالة فرجع المشتري عليه بضمان الاستحقاق⁽¹⁾.

أما إذا لم يتوافر الشرطان سالف الذكر، فلا يعتد بالوكالة إلا فى حدودها المرسومة. أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود يجوز اعتباره فضوليا إذا توافرت شروط الفضالة، كما يجوز اعتباره وكيلا ظاهرا إذا توافرت شروط الوكالة الظاهرة. أما إذا لم تتوافر شروط الفضالة أو الوكالة الظاهرة توقف تصرف الوكيل فيما جاوز حدود الوكالة على إقرار الموكل، فإذا لم يقره لم ينصرف أثره إليه. غير أنه إذا أقر الموكل هذا التصرف، فإنه يجب أن يكون عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة، وأنه أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... أما إذا لم يتوافر الشرطان المتقدمان، بأن كانت الظروف لا يمكن أن يفترض معها أن الموكل كان يوافق على تصرف الوكيل، أو كان الوكيل يستطيع إخطار الموكل مقدما بتصرفه ولم يفعل، فلا تعتبر الوكالة إلا فى حدودها المرسومة. أما فيما جاوز فيه الوكيل هذه الحدود فتتبع الأحكام المقررة فى ذلك... إلخ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إقرار الموكل عقد البيع الذى أبرمه وكيله - بتوكيل عام- يرتد أثره إلى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من هذا الوقت وما دام الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت تعاقد معه فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيث إقراره بالتصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتحلل من تعاقدته مع الوكيل".

(طعن رقم 487 لسنة 34 ق جلسة 1968/11/14)

2- "يشترط فى إقرار الموكل لما يباشره الوكيل خارجا عن حدود توكيله أن

(2) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 207.

يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم 258 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/15)

3- (أ) - "تصرف الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازته بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم 162 لسنة 37 ق جلسة 1972/3/6)

(ب) - "إذا كانت الطاعنة قد دفعت بأنها لم تضع يدها على أطيان التركة بنفسها، ولم تكلف وكيلها بإدارتها. فإنه كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تحقق هذا الدفاع الذى قد يتغير به إن صح وجه الرأى فى الدعوى، لا أن تكتفى فى الرد عليه بما أثبتته الحكم النهائى السابق من أن الوكيل الذى يتولى إدارة أموالها الخاصة كان وكيلًا عن مورث الطرفين، واستمر فى إدارة أطيان التركة دون أن تربطه بالورثة علاقة تعاقدية أو قانونية، إذ هو لا يعتبر وكيلًا عن الطاعنة فى قيامه بالإدارة خارجا عن حدود وكالته. وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد على هذه الواقعة بصفة أساسية فى اعتبار الطاعنة وكيلًا عن المطعون عليهن فى إدارة الأطيان المخلفة عن مورث الطرفين، كما أنه لم يأخذ بأقوال شاهد المطعون عليهن، إلا على أساس أنها متفقة مع هذه الوقائع، وهى لا تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها، فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم 162 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/6)

4- "لئن كان طلب الوكيل إيقاع البيع على موكله يستلزم وكالة خاصة تبيح له ذلك إعمالا لنص المادة 702 من القانون المدنى، إلا أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته العامة، وأبرم تصرفا فإن هذا التصرف يكون موقوفا على إجازة الموكل، فإن أقره اعتبر نافذا فى حقه من وقت إبرامه. وإذ كان المطعون ضدهم قد أجازوا تصرف المحامى الذى كان يباشر عنهم إجراءات التنفيذ العقارى، وطلب

إيقاع البيع عليهم رغم أن وكالته كانت قاصرة على مباشرة الأعمال القضائية، فإن إجازتهم اللاحقة لهذا التصرف تعتبر في حكم الوكالة السابقة ويضحي التصرف صحيحاً وناظداً في حقهم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون وتفسيره يكون غير صحيح".

(طعن رقم 485 لسنة 40 ق جلسة 1975/29)

5- "إنه وإن كان الأصل أن التصرف الذى يعقده الوكيل دون نيابة لا ينصرف أثره إلى الموكل، فإن هذا الأخير يكون مع ذلك بالخيار بين أن يقره أو لا يقره، فإذا اختار أن يقره أمكن ذلك صراحة أو ضمناً، فإذا أقره لم يجز له الرجوع فى هذا الإقرار ويتم الإقرار بأثر رجعى بما يجعل التصرف نافذاً فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل، إذ أن الإقرار اللاحق فى حكم التوكيل السابق".

(طعن رقم 848 لسنة 49 ق جلسة 1980/6/10)

61- لا يعيب الحكم الذى استظهر حدود الوكالة تزيده فى أسبابه :

إذا خلصت المحكمة فى قضائها إلى أن تصرف الوكيل كان فى الحدود المرسومة لوكالته ، وأعملت أثر هذه الوكالة، فإنه لا يعيب حكمها أن تضيف إلى أسبابها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا قضت المحكمة بأن تصرف الوكيل كان فى حدود وكالته وأضافت فى أسباب حكمها أن الموكل قد أجاز التصرف بعد حصوله، كان ذلك منها تزيدها مهما ينعى عليه من خطأ فإنه لا يؤثر فى سلامة الحكم وقيامه على صحة التصرف ونفاذه أصلاً".

(طعن رقم 59 لسنة 13 ق جلسة 1944/2/17)

62- تعاقد الوكيل مع نفسه :

تنص المادة 108 مدنى على أنه:

"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 في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة".

فقد حظر النص على الشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، بدون ترخيص من الأصيل. فلتعاقد مع النفس صورتان الأولى: أن يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى. والثانية: أن يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد.

وفى الصورة الأولى يتحقق التعارض بين مصالح الشخص ومصالح الأصيل، وفى الصورة الثانية يكون عمل الشخص أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة ومصحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين، إذ يخشى التضحية بمصالح أحد الطرفين⁽¹⁾. ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه غير نافذ فى حق الأصيل لأنه إذا تعاقد الوكيل مع نفسه، ولم يكن ذلك مسموحاً به قانوناً، اعتبر أنه فى تعاقد هذا خارجاً عن حدود نيابته، ومن ثم لا يكون التصرف نافذاً فى حق الأصيل⁽²⁾، كالتشأن فى أى تصرف

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 105 وما بعدها.

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 240 - عبد المنعم الصده ص 158 - جمال مرسى بدر ص 232 - السنهورى ص 531 - وقارن مذكرة المشروع التمهيدي فقد جاء بها عن المادة (161) من المشروع التمهيدي، التي أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة، المادة 108 من القانون. .. اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطالان لمصلحة الأصيل "مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 106 - وهذا من المذكرة غير سديد، =

= إذا أن التكييف القانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس، فى الحالة التى نحن بصددنا، يقع غير نافذ فى حق الأصيل على النحو الوارد بالمتن.

يتجاوز فيه الوكيل حدود وكالة. ولوجود قرينة قانونية، هي أن الشخص إذا وكل غيره عنه في التعاقد، فهو لا يقصد بذلك أن يبيح للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح، ولأنه لو قصد ذلك لتعاقد معه مباشرة دون حاجة إلى توكيل (1).

وقد تمشت محكمة النقض مع هذا الرأي فقضت بتاريخ 1963/12/19 في الطعن رقم 28 لسنة 29 ق بأن:

"تقضى المادة 108 من القانون المدني 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 نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازه، وقد استنتجت المادة من حكمها الأحوال التي يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد. فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة بوصفه ممثلاً لها وقد تضمن هذا الإيصال - على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به بصفة ودیعة لدى الشركة، فإن هذا الإقرار يكون متضمناً انعقاد ودیعة بين نفسه وبين الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه (الشركة) وهو ما لا يجوز عملاً بالمادة 108 سالف الذكر إلا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد وبالتالي 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 إقراراً منه بملكية سيدة ما لقيمة تلك الوديعة وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها في صلب السند فإن الإقرار المذكور لا يكون من شأنه أن يرتب بذاته في ذمة الشركة التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الناشئ عن عقد الوديعة، وإنما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالي يدور معه وجوداً وعدمًا، ومن ثم فإن عدم نفاذ عقد الوديعة في حق الشركة الطاعنة يستتبع أن يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها".

(طعن رقم 28 لسنة 29 ق جلسة 1963/12/19)

وقد نصت المادة على أنه: "يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد" - وعلى ذلك إذا أقر الأصيل التصرف الذي قام به الوكيل مجاوزا فيه حدود نيابته، فإن التصرف ينفذ في حقه⁽¹⁾.

وقد جاء في القانون المدني في مواد البيع تطبيقات للقاعدة المنصوص عليها بالمادة 108 في المواد 479، 480، 481، وهي تقضى بأن:

1- لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما يناط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى (م479).

2- لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار (م480).

وقد نصت المادة 481 على أن العقد يصح في الأحوال المنصوص عليها في المادتين سالفتي الذكر إذا أجازته من تم البيع لحسابه.

وقد استثنى النص من قاعدة التحريم الواردة به، ما يرد به استثناء في القانون، أو قواعد التجارة.

وعن إشارة المادة 108 إلى ما تقضى به قواعد التجارة فقد ذكرت مذكرة المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك هو إباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى⁽²⁾.

(2) والملاحظ أن المادة استعملت تعبير "الإجازة" وفي هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الإجازة ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (م 1/139 مدنى) وبين الإقرار ويقصد به قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الإقرار. وقد كان نص المادة 108 فى المشروع (برقم 161) 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 232 هامش 1).

(1) ويذهب البعض إلى أنه إذا كان هذا هو المقصود بعبارة قواعد التجارة فى المادة 108 كان



فى إءءالها 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 106)، ومتى كان الوكيل بالعمولة وكيلا غير نائب كان فى إءءال تصرفه عن طرفى العقد فى باب تعاقد النائب مع نفسه محل نظر (جمال مرسى بدر ص 231 وما بعدها).

مادة (704)

- 1- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.
- 2- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد.

الشرح

63- التزام الوكيل التزام ببذل عناية :

يبين من نص المادة 704 مدنى أن التزام الوكيل بتنفيذ عقد الوكالة هو دائما التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية، سواء كانت الوكالة بأجر أو بدون أجر. وسواء كان محل الوكالة التزاما بتحقيق غاية كالبيع والرهن، أو يتضمن التزاما ببذل عناية كالإيجار والعارية والوديعة⁽¹⁾.

64- مسؤولية الوكيل عن الخطأ العادى :

إذا كانت الوكالة بلا أجر، فقد اكتفى النص بأن يبذل الوكيل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. فالوكيل غير المأجور يبذل فى تنفيذ الوكالة العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، ولو كانت دون العناية الذى يبذلها الشخص المعتاد بالمعيار الموضوعى. وإذا كان الوكيل شديد الحرص فى إدارة شئونه الخاصة، فإنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل، بل يكتفى منه بالعناية المعتادة.

(1) السنهورى ص 589.

فإذا كان الوكيل قد اعتاد مثلاً أن يؤمن على عقاراته من الحريق، فإنه لا يحاسب على عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه، لأن مثل هذه العناية لا تتطلب من الرجل العادى. وعلة ذلك واضحة، وهى أن الوكيل هنا يؤدي خدمة مجانية لمصلحة الموكل فلا يسوغ أن يجزى على تطوعه هذا بأن يحاسب عن عمله حساباً عسيراً⁽¹⁾.

أما إذا كانت الوكالة مأجورة التزم الوكيل ببذل عناية الرجل المعتاد بصرف النظر عن مبلغ عنايته بشئونه الخاصة، فإذا كان الوكيل شديد الحرص فى شئونه نفسه، فإن التزامه فى تنفيذ الوكالة لا يمكن أن يتجاوز عناية الرجل المعتاد.

وإذا كان الوكيل يبذل فى شئون نفسه عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد، كان مع ذلك مسئولاً عن بذل عناية الرجل المعتاد فى تنفيذ الوكالة. فالمعيار هنا موضوعى لا شخصى⁽²⁾.

وتكون الوكالة فى حكم المأجورة، إذا عقدت لمصلحة الوكيل حتى لو كانت بغير أجر⁽³⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويجب أن يبذل الوكيل فى تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية. وقد حدد المشرع هذا القدر مطبقاً فى ذلك المادة 288 من المشروع، وقد سبق أن طبقت على العقود المسماة الأخرى كالإيجار والعارية والوديعة. فالوكيل إذا كان مأجوراً تطلب منه عناية الرجل المعتاد. أما إذا كان غير مأجور فلا يطلب منه أن يبذل من العناية إلا ما يبذله فى أعماله الخاصة دون أن يجاوز عناية الرجل المعتاد، وهذه هى المعايير التى تتمشى مع التطور الحديث للمسئولية التعاقدية"⁽⁴⁾.

(1) محمد على عرفه ص 278.

(2) أكثم الخولى ص 224 وما بعدها.

(3) استئناف مختلط 1928/2/7 مشار إليه بالسنبورى ص 596 هامش (2).

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 207.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"نص الفقرة الثانية من المادة 704 من القانون المدني يلزم الوكيل المأجور أن يبذل دائما عناية الرجل العادى بصرف النظر عن مبلغ عنايته بشئونه الخاصة لأن الاتفاق على مقابل يتضمن حتما التعهد من جانب الوكيل بأن يبذل فى رعاية مصالح الموكل العناية المألوفة فلا يغتفر له إلا التقصير اليسير ويحاسب دائما على التقصير الجسيم ولو كان قد اعتاده فى شئونه الخاصة فهو يسأل عن تقصيره الحادث بفعله أو بمجرد إهماله، فإذا لم يتخذ عند تنفيذ الوكالة الاحتياطات التى تقتضيها رعاية مصالح الموكل أصبح مسئولاً قبله عن تعويض ما يصيبه من ضرر من جراء هذا الإهمال، وتقرر مسئولية الوكيل فى هذه الحالة دون حاجة لإعذاره مقدما لأن مسئوليته متفرعة عن التزامه بتنفيذ الأعمال الموكل بها تنفيذا مطابقا لشروط عقد الوكالة".

(طعن رقم 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31)

وينبنى على ذلك ما يأتى :

(أ) - يكون الوكيل المأجور مسئولاً إذا تأخر فى تنفيذ الوكالة دون مبرر فأضاع على الموكل صفقة رابحة.
أما إذا كان غير مأجور ومعروفا بالتهاون فى شئونه الخاصة فإنه لا يكون مسئولاً⁽¹⁾.
أو تقاعد عن المطالبة بدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالبة به فى ميعاده.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تقاعد الوكيل عن المطالبة بالدين حتى انقضى بالتقادم أو امتناعه عن المطالبة به فى ميعاده، مما أدى إلى عدم إعمال شرط الفسخ الاتفاقى لا يعد

(1) السنهورى ص 597.

تصرفاً قانونياً يصح أن يكون موضع بحث في مدى اتساع الوكالة له وإنما هو واقعة مادية يفيد المدين من آثارها القانونية، ويسأل عنها الوكيل أمام موكله".

(طعن رقم 437 لسنة 49 ق جلسة 1982/5/30)

(ب) - إذا كان الوكيل مأجوراً ووكّل في شراء منزل، وكان بالمنزل عيوب ظاهرة لا تخفى على الشخص العادى، كان مسئولاً عن ذلك نحو الموكل. فإذا كان غير مأجور وكانت هذه العيوب تخفى عليه هو لم يكن مسئولاً.

أما إذا كانت العيوب خفية ولم يدركها، وكان من اليقظة بحيث كان يستطيع إدراكها لو بذل عنايته الشخصية، فلا يكون مسئولاً عنها سواء كان مأجوراً أو غير مأجور. ذلك أنه إذا كان مأجوراً لم يكن مسئولاً إلا عن عناية الشخص المعتاد والمفروض أن كشف العيوب يتطلب عناية أكبر.

وإذا كان غير مأجور لم يكن مسئولاً عن أزيد من عناية الشخص المعتاد ولو كانت عنايته الشخصية أعلى من ذلك. ولكن للموكل في هذا الفرض أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

(ج) - لا يسأل الوكيل عن عدم التأمين على عقار من عقارات الموكل عند احتراقه، ولو كان الوكيل شديد الحرص في إدارة شئونه الخاصة، لأنه لا يطالب ببذل نفس العناية بالنسبة لشئون الموكل بل يكتفى منه بالعناية المعتادة⁽²⁾.

(د) - يسأل الوكيل المكلف ببيع عقار أو إيجاد مشتر أو مستأجر له، عن إفسار هذا المشتري أو المستأجر إذا كان إفسارهما ظاهر، سواء كان الوكيل مأجوراً أو غير مأجور.

(هـ) - يكون الوكيل مسئولاً قبل الموكل إذا تصالح مع المدينين تنفيذاً للوكالة وثبت أن في صلحه معهم إضراراً بالموكل لتنازله عن جزء من دين المحال عليهم مما يجب أن يقدم عنه حساباً على اعتبار أن التحويل كان على سبيل التحصيل.

(1) السنهورى ص 598 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 378.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الطاعن قد قام بالصلح مع المدينين تنفيذًا للوكالة فإنه يكون صحيحًا ما رتبته الحكم على التكييف الذي انتهى إليه من مسئولية الطاعن إذا ما ثبت أنه في صلحه معهم أضر بالموكل بأن تنازل عن جزء من دين المحال عليهم مما يجب أن يقدم عنه حسابًا على اعتبار أن التوكيل كان على سبيل التحصيل. أما القول بأن حقيقة العملية هي اشتراط لمصلحة الغير وهو هنا الطاعن فينبه أن الاتفاق لا يخول الطاعن حقا مباشرة قبل مورثه في استيفاء دينه منه".

(طعن رقم 327 لسنة 2 ق جلسة 1953/1/22)

2- "إذا كان العرف أو القانون في البلد الذي شحنت إليه البضاعة يحول دون تنفيذ تعليمات البائع من عدم تسليم سندات الشحن إلا بعد دفع قيمتها بالاسترليني وكان البائع قد اشترط عند عدم الدفع تخزين البضاعة والتأمين عليها فإنه يكون من الواجب على البنك الذي نيط به هذا العمل إما التتحى عن قبوله أو القيام بتخزين البضاعة وفقا لتعليمات المرسل فإن خالف ذلك وسلم المستندات كان مسئولا عن عمله".

(طعن رقم 107 لسنة 22 ق جلسة 1955/11/10)

3- "القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه في النظر ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولايسرى عليهم لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجرا يعتبر مسئولا أمامهم عن تقصيره وفقا للقواعد الخاصة بعقد الوكالة. وإذن فمتى كان الواقع هو أن ناظر الوقف الذي يتقاضى أجرا قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذه الأجرة في علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 112 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/8)

4- "لما كانت العلاقة بين ناظر الوقف والمستحق تخضع لأحكام الوكالة ولحكم المادة 50 من القانون رقم 48 لسنة 1946 التى تنص على أنه يعتبر الناظر أميناً على مال الواقف ووكيلاً عن المستحقين - والناظر مسئول عما ينشأ عن تقصيره الجسيم كما يسأل عن تقصيره اليسير إذا كان له أجر وذلك بالقدر الذى يرتبط بالمسئوليتين المدنية والجنائية وطالما أنه لم يثبت تقصير ناظر الوقف فإنه لا يصح أن يعدل عن عقود الإيجار التى أبرمها. وإذ لم يبين الحكم المطعون فيه السند القانونى لقضائه بمسئولية ناظر الوقف عن أجر المثل ولم يحقق عناصر هذه المسئولية ولم يعرض ما إذا كان يعمل بأجر أو بغير أجر وما إذا كان قد ثبت تقصيره ومدى ذلك التقصير، فإن الحكم يكون قد أعجز بذلك محكمة النقض عن ممارسة وظيفتها فى مراقبة صحة تطبيقه للقانون مما يتعين نقضه".

(طعن رقم 84 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/22)

5- "ناظر الوقف وإن كان لا يسأل فى دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من إيراد الوقف، إلا أنه باعتباره وكيلاً عن المستحقين يكون مسئولاً فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته، وعن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر. وإذا كان الثابت أن دعوى الحساب رفعت على المطعون عليها بصفتها الشخصية وبصفتها ناظرة على الوقف، وطالبها الطاعن بالمستحق له من الإيراد فى الوقف، وتمسك فى دفاعه أمام محكمة أول درجة وفى صحيفة استئنافه بنصيبه فى إيراد منزليين لم تؤجرهما ودكانين تنازلت عن أجرتهما - وكان ما أورده الحكم المطعون فيه ينصب على مسئولية المطعون عليها فى مال الوقف، ولا يواجه دفاع الطاعن فى شأن مسئوليتها عن تقصيرها وإهمالها فى تأجير المنزليين وفى التنازل عن أجرة الدكانين، وهو دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يغير وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور فى التسبيب".

(طعن رقم 246 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/18)

6- " تخضع العلاقة بين ناظر الوقف والمستحقين فيه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لأحكام الوكالة ولحكم المادة 50 من قانون الوقف رقم 48 لسنة 1946، التي تردد حكم المادة 521 من القانون المدني السابق، وتعمل حكم المادة 704 من القانون المدني الحالي. وهما اللتان تحددان مسئولية الوكيل بصفة عامة، ومفاد ذلك أن ناظر الوقف إذا قصر نحو أعيان الوقف أو غلاته كان ضامنا دائما لما ينشأ عن تقصيره الجسيم، أما ما ينشأ عن تقصيره اليسير فلا يضمنه إلا إذا كان له أجر على النظر".

(طعن رقم 97 لسنة 38 ق جلسة 1973/10/23)

65- مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم:

لم تتناول المادة 704 مدنى مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم، وإنما تركت ذلك للقواعد العامة.

وقد نصت المادة 2/211 مدنى فى صدد المسئولية عن الخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية على أن: "وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

وعلى ذلك فإن الوكيل سواء كان مأجورا أو غير مأجور يكون مسئولا عما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم.

وتظل مسئولية الوكيل ولو كان هناك اتفاق بينه وبين الموكل على الإعفاء من هذه المسئولية.

ومن الأمثلة على الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من الوكيل ما يأتى:

1- أن يطعن الموكل على سند بالتزوير، فيقر الوكيل بصحة السند بناء على الغش والتواطؤ مع الخصم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كانت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقرار الصادر من وكيل المطعون عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى فى حق المطعون عليها كما لا يسرى فى حق القاصر لأن المطعون عليها لم تكن عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل ولم يوافق عليه المجلس الحسبى بعد تعيينها وفى هذا ما يكفى لإهدار حجيته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدر من وكيل المطعون عليها قبل إلغاء توكيله".

(طعن رقم 215 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/15)

- 2- تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة دون التتحى عنها فى الوقت المناسب.
- 3- إذا كان الوكيل معهودا إليه بيع أرض زراعية أو تأجيرها وقام ببيعها بثمن بخس أو بتأجيرها بأجرة بخسه بالتواطؤ مع المشتري والمستأجر.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

- 1- "لئن كان الأصل وفقا للمادة 105 من القانون المدنى أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل. وإذ كان البين من الحكم الابتدائى الذى أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص فى حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدى الإيجار سند الطاعن الأول صدرا فى ظروف مريبة وفى غير مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضى الزراعية، وأن الطاعن الثانى لم يبرزهما إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عدم إشارة الطاعن الثانى فى الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن عقدى الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ، وكان الحكم إذ

تحدث عن صورية عقدى الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول من شقيقه - الطاعن الثانى - بوصفه وكيلًا عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التى استظهرها إنما قصد الصورية التدلّيسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارًا بالموكل، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 273 لسنة 42 ق جلسة 1976/4/7)

4- إذا كان بيد الوكيل مال للموكل فقام باستعماله لمصلحته، فإذا كان ذلك بنية تملكه كان مبددا ووقعت عليه العقوبة المنصوص عليها بالمادة 341 عقوبات كما يلتزم بفوائد المبلغ من وقت استخدامه عملا بالمادة 706 مدنى التى تجرى على أنه: "1- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

5- وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر".

6- إذا رحل الوكيل متأخرات الإيراد المستحق له من سنة إلى أخرى، ولم يطالب بها مما نجم عنه سقوطها بالتقادم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مورث الطاعنين وكيلًا بالإدارة وأنه بذلك كان مسئولًا عن أخطائه الجسيمة وأن ترحيله للمتأخرات من سنة لأخرى وعوده عن المطالبة بها أدى إلى سقوطها بالتقادم فإن النعى عليه بفساد الاستدلال يكون غير سديد".

(طعن رقم 660 لسنة 25 ق جلسة 1960/11/3)

66- عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبي:

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 165 مدنى أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي 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. ومن ثم فإنه إذا لحق الموكل ضرر نتيجة عدم البدء فى تنفيذ الوكالة أو عدم الاستمرار فى التنفيذ، أو حصول أى خطأ فى تنفيذ الوكالة، نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، كما إذا كانت مهمة الوكيل شراء أو بيع منزل، وقبل تنفيذ الوكالة احترق المنزل بقوة قاهرة أو بحادث فجائى، فأصبح تنفيذ الوكالة مستحيلا أو نتيجة خطأ الموكل نفسه، كما لو كان الوكيل فى حاجة إلى تلقى بيانات من الموكل لتنفيذ وكالته فأمدته ببيانات خاطئة.

أو كان الضرر نتيجة خطأ الغير، كأن يقتضى التنفيذ أن يودع الوكيل مال الموكل عند الغير، فضاع المال بفعل المودع عنده، ولم يكن الأخير تابعا للوكيل. غير أنه يجوز الاتفاق على خلاف ما تقدم بالتفصيل الذى سيلي.

67- إثبات مسؤولية الوكيل :

تطبق القواعد العامة فى إثبات خطأ الوكيل. فإذا كان التزام الوكيل التزاما محددًا أى بنتيجة كرفع دعوى مثلا، فليس على الموكل إلا أن يثبت عدم تحقق هذه النتيجة ويبقى على الوكيل أن يثبت السبب الأجنبى. أما إذا كان التزام الوكيل التزاما عاما بالحرص واليقظة أى التزاما بوسيلة كالبيع بريح كبير مثلا أو بالمرافعة لكسب الدعوى، فإن على الموكل أن يثبت قصور الوكيل عن بذل العناية التى يلزمه العقد ببذلها⁽¹⁾. وإذا ادعى الوكيل أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى كان عليه إثبات السبب الأجنبى.

والوكيل لا يستطيع إثبات التصرف القانونى الذى أبرمه إلا طبقا للقواعد العامة فى الإثبات. فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا تجاوز قيمته ألف جنيه. أما إثبات الوقائع المادية التى صدرت من الموكل فيكون بكافة الطرق⁽²⁾.

(1) أكثم الخولى ص 226.

(1) السنهورى ص 604 هامش (1).

68- التعويض:

لا يقضى للموكل بتعويض قبل الوكيل - طبقاً للقواعد العامة- إلا إذا نجم عن الخطأ في تنفيذ الوكالة ضرر له. ويكون التعويض بمقدار الضرر. فإذا كان محل الوكالة قبض دين للموكل ولم يقم الوكيل بتنفيذ الوكالة، كان التعويض بمقدار هذا الدين.

ومسئولية الوكيل عن خطئه في تنفيذ الوكالة تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة.

وفي هذا قضت محكمة النقص بأن:

"متى كانت الوزارة الطاعنة باعتبارها وكيله بأجر عن المستحقين، مسئولة عن تقصيرها اليسير، فإن مسئوليتها لا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة".

(طعن رقم 13 لسنة 37 ق جلسة 1971/6/17)

وإذا فوت المحامى ميعاد رفع الدعوى أو ميعاد الطعن تقصيراً منه، كان مسئولاً عما كان الموكل يكسبه من رفع الدعوى أو الطعن فى الميعاد. غير أنه عند الحكم على مسلك الوكيل فى تنفيذ الوكالة يجب النظر إلى مجموع أعمال وكالته بحيث يتغاضى عن خطأ صدر منه إذا كان يقابله إحسان فى تنفيذ الوكالة يعود بالنفع على الموكل فى جانب آخر من مجموع الأعمال التى قام بها⁽¹⁾، بحيث يغطى النقص الذى حصل فى الجانب الآخر.

(2) أکثم الخولى ص 227 - وعكس ذلك السنهورى ص 606 فيقول: قد يكون الوكيل موكلاً فى بيع أرض ومنزل، فيبيع الأرض بثمن أعلى من ثمن المثل والمنزل بثمن أدنى، =

= ويكون ما كسبه فى الأرض مساوياً أو أعلى مما خسره فى المنزل، فلا تقع مقاصة بين الكسب والخسارة، ويكون الوكيل مسئولاً عما خسره فى المنزل دون أن يستنزل من هذه الخسارة ما كسبه فى الأرض. ذلك أن ما كسبه فى الأرض هو خالص حق الموكل، فإن الوكيل إذا استطاع التعاقد بشروط أفضل عاد نفع ذلك خالصاً للموكل. فلا يكون الموكل

69- الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية :

تقضى المادة 217 مدنى فى فقرتيها الأولى والثانية بأن: "1- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

2- كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه".

ومفاد هذا النص أنه يجوز للموكل والوكيل الاتفاق إما على تشديد مسؤولية الوكيل وإما على التخفيف منها.

فيجوز الاتفاق على أن يتحمل الوكيل الخسارة التى تنجم للموكل ولو كان سببها حادث مفاجئ أو قوة القاهرة. كأن يشترط الموكل على الوكيل ضمان الربح فى الصفقة التى يعقدها.

كما يجوز الاتفاق على ألا يكون الوكيل الخاص المأجور مسئولاً إلا على عنايته الشخصية بشرط ألا تزيد على عناية الشخص المعتاد. أو يتفق على ألا يكون الوكيل مسئولاً عن التعويض إلا فى حدود مبلغ معين⁽¹⁾.

غير أنه لا يجوز إعفاء الوكيل من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ وكالته إذا كان ذلك ناشئاً عن غشه أو خطئه الجسيم.

غير أنه يحوز اشتراط الوكيل عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الوكالة.

70- تطبيقات فى مسؤولية المحامى نحو موكله :

مدينا بهذا الكسب للوكيل حتى تقع مقاصة فيه مع ما خسره الوكيل فى المنزل، وتبقى الخسارة ديناً فى ذمة الوكيل.

(1) السنهورى ص 608 ما بعدها.

1- عدم حضور المحامي عن موكله في الاستئناف المرفوع منه:

يكون المحامي مسئولاً قبل موكله إذا لم يحضر في الاستئناف المرفوع منه، بناء على اتفاق بينهما، مما أدى إلى اعتبار الاستئناف كأن لم يكن أو شطبه.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم الابتدائي قد أقام قضاءه بمسئولية المحامي عن تعويض موكلته عن خطئه في الدفاع عنها في قضية شرعية خطأ أدى إلى رفض دعاها، وكان الحكم المطعون فيه رغم تأييده الحكم الابتدائي لأسبابه أضاف أن المحامي قصر أيضاً لعدم حضوره عن موكلته في الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائي رغم اتفاهه معها على الحضور، فإن الحكم لا يكون متناقضاً في أسبابه متناقضاً يبطله، ذلك أن الحكم المطعون فيه يقرر مسئولية المحامي سواء صح دفاعه بأنه لم يخطئ فيما أبداه من دفاع عن موكلته لدى المحكمة الشرعية أم لم يصح لأنه كان لزاماً عليه في الحالة الأولى أن يباشر الاستئناف عن موكلته ليتوصل إلى إلغاء الحكم الابتدائي لمصلحتها بعد أن اتفق معها على ذلك".

(طعن رقم 255 لسنة 20 ق جلسة 1953/4/23)

2- مسئولية المحامي عن الإهمال في المحافظة على مستندات موكله مما

أدى إلى فقدها:

قضت محكمة النقض بأن:

"وكالة المحامي وإن كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به إليه موكله من مستندات إلا أن إهماله في المحافظة عليها لا يمكن أن تتصرف آثاره إلى الموكل لأن الفقد في هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة إهماله، ومن ثم يتحقق به السبب الأجنبي الذي لا يد للدائن فيه في حكم المادة 2/63 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968".

(طعن رقم 899 لسنة 43 ق جلسة 1981/12/10)

3- مسئولية المحامي إذا أبدى أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم

موكله:

تنص المادة 80 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أنه: "على المحامي أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله في النزاع ذاته أو في نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى فيه رأياً للخصم أو سبقت له وكالة عنه فيه ثم تتحى عن وكالته وبصفة عامة لا يجوز للمحامي أن يمثل مصالح متعارضة".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الفقرة الأولى من المادة 129 من القانون رقم 61 لسنة 1968 الخاص بالمحاماة على أنه "على المحامي أن يمتنع عن إبداء أية مساعدة ولو من قبيل الشورى لخصم موكله في النزاع ذاته أو نزاع مرتبط به إذا كان قد أبدى رأياً للخصم أو سبقت له وكالة عنه... ثم تتحى عن وكالته وبصفة عامة لا يجوز للمحامي أن يمثل مصالح متعارضة...يدل على أن الخطاب في هذا النص موجه إلى المحامي مما مفاده أن إقدامه على تلك المخالفة يؤدي إلى مساءلته تأديبياً".

(طعن رقم 1156 لسنة 47 ق جلسة 1981/6/25)

والمشروع وإن لم يرتب البطلان على مخالفة المحامي أحكام النص سالف الذكر، إلا أن المحامي يكون مسئولاً أمام موكله عما أصابه من ضرر من جراء هذه المخالفة.

70 مكرراً- هل يجوز للمحامي الإدلاء بالشهادة بناء على طلب موكله؟

مفاد المادتين 66، 79 من قانون الإثبات والمادة 65 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 أنه يمتنع على المحامي أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة، إلا أن ذلك كله يدور في إطار حماية الخصم

الموكل، ومن ثم لا غضاضه عن سماع شهادته إذا رأى الموكل أن مصلحته في ذلك.

وقد أوضحت ذلك تفصيلاً محكمة النقض. إذ ذهبت إلى أن:

"وحيث إن هذا النعى في محله. ذلك أن النص في المادة 66 من قانون الإثبات على أنه "لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصوداً به ارتكاب جنائية أو جنحة. ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم" وفي المادة 65 من قانون المحاماة 17 لسنة 1983 على أنه "على المحامي أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التي علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه، إلا إذا كان ذكرها بقصد ارتكاب جنائية أو جنحة" وفي المادة 79 من القانون ذاته على أن "على المحامي أن يحتفظ بما يفضى به إليه موكله من معلومات، ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى" وفي المادة 82 من قانون الإثبات على أنه "لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أنه يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر" كل ذلك يدل على أن المشرع أطلق حق الخصم المكلف بالإثبات في اختيار شهوده ما لم يكن الشاهد غير قادر على التمييز، مكتفياً بأن يكون للمحكمة السلطة التامة في تقدير قيمة كل شهادة، ولايغير من هذا النظر أن يكون المشرع قد منع بعض الشهود من أداء الشهادة إن كان في ذلك إخلالاً بواجب ألزمهم القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة يحرص القانون على ثباتها أو أجاز للمستشهد بهم بالامتناع عن أداء الشهادة للاعتبارات نفسها، فذلك كله يدور في إطار حماية أطراف هذه العلاقات دون غيرهم - لما

كان ذلك وكان الثابت بمحضر جلسة التحقيق أمام محكمة الاستئناف بتاريخ 1987/4/5 أن الطاعنين تمسكوا بسماع شهادة الأستاذ... الحاضر بالجلسة والذي أبدى استعداده لأدائها، واعترض المطعون ضدهم لأن المستشهد به كان محامى مورثة الطاعنين وأقيمت الدعوى من مكتبه، فرفضت المحكمة الاستماع إلى شهادته. ولم يورد الحكم المطعون فيه فى أسبابه ما يبرر هذا القرار فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه القصور فى التسبب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 143 لسنة 58 ق جلسة 1992/5/26)

(4) مسؤولية المحامى عن إفشاء المعلومات التى يدلى بها موكله :

تقضى المادة 79 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن: على المحامى أن يحتفظ بما يفضى إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى.

ومن ثم فإن إفشاء المحامى لهذه المعلومات دون طلب من موكله لإبدائها للدفاع عن مصالحه يترتب مسؤولية المحامى قبل موكله.

71- استخلاص خطأ المحامى نحو موكله مسألة تقديرية :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"استخلاص محكمة الموضوع للخطأ الموجب لمسئولية المحامى قبل موكله أو نفى ذلك هو مما يدخل فى حدود سلطتها التقديرية متى كان استخلاصها سائغا، وإذا كان ما أورده الحكم فى شأن نفى حصول خطأ من المحامى سائغا ويكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها فإن ما تضمنه وجه النعى لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير محكمة الموضوع للدليل مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعان رقما 382، 432 لسنة 38 ق جلسة 1974/5/9)



مادة (705)

على الوكيل أن يوفى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابا عنها.

الشرح

72- التزام الوكيل بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة :

تنص المادة 705 مدنى فى صدرها على أن: "على الوكيل أن يوفى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة"⁽¹⁾ - فالالتزام الوكيل بأن يوفى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة، هو التزام سابق على التزامه بتقديم حساب عن تنفيذ الوكالة، والذى يفى به بعد تنفيذ الوكالة. وحكمة هذا الالتزام، أن الوكالة قد تستغرق وقتا طويلا فلا ينبغى ترك الموكل وهو لا يعلم شيئا عن تصرفات الوكيل، إلا بعد تنفيذ الوكالة وتقديم الحساب.

ومقتضى هذا الالتزام أن يكون الوكيل على اتصال بالموكل أثناء تنفيذ الوكالة، وأن يحيطه بالخطوات الهامة التى يتخذها فى سبيل تنفيذ الوكالة، دون أن يتوقف ذلك على طلب الموكل. وبذلك يتمكن الموكل من إبداء ملاحظاته على ما يقوم به الوكيل فيتسنى له توجيهه لما يراه أجدى فى تنفيذ الوكالة. فإذا كان الشخص موكلا فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو فى قرض أو فى اقتراض، وجب عليه أن يخطر الموكل بالخطوات الهامة التى يقطعها فى سبيل إنجاز الصفقة حتى يكون الموكل على بينة من الأمر فلا يتصرف تصرفا

(1) كانت المادة - كما وردت فى المشروع التمهيدي بالمادة 980 كالتى: "على الوكيل فى كل وقت أن يطلع الموكل على الحالة التى وصل إليها فى تنفيذ الوكالة"، ولكنها عدلت فى لجنة المراجعة إلى وضعها الحالى.

يتعارض مع تصرف الوكيل، كأن يشتري بنفسه أو يفترض ما كلف الوكيل بشرائه أو باقتراضه.

وإذا كان موكلا فى صلح، وجب عليه أن يطلع الموكل على التضحية التى يزعم تقديمها للطرف الآخر، فقد يرى الموكل أن هذه التضحية كبيرة تجاوز مقصوده، فيأمر الوكيل بعدم المضى فى الصلح.

73- التزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة:

تنص المادة 705 فى عجزها على أن: "وأن يقدم له حسابا عنها". وكان النص كما ورد بالمشروع التمهيدي يتضمن فى نهاية النص السابق عبارة "بعد انقضائها" إلا أن العبارة الأخيرة حذفت فى لجنة المراجعة⁽¹⁾، باعتبارها مسألة لا تحتاج إلى نص. فتقديم كشف الحساب يجب أن يقدم بعد تنفيذ الوكالة، لأنه يتضمن بيانا عن حساب الوكالة التى قام الوكيل بتنفيذها. وقد يكون هذا الحساب دوريا إذا كان الوكيل يقوم بإدارة عمل بصفة مستمرة، فيقدم حسابا سنويا أو نصف سنوى أو شهريا. وقد يقدم الحساب مرة واحدة إذا كان الوكيل مكلفا بعمل واحد وأنجزه⁽²⁾.

ويجب أن يكون الحساب مفصلا تظهر فيه المبالغ التى قبضها الوكيل والمبالغ التى أنفقها أثناء تنفيذ الوكالة.

ويدرج الوكيل كل هذا فى حساب واحد لا يتجزأ مكون من أصول وخصوم، والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول، هو الذى يجب الوفاء به للموكل كما هو الأمر فى الحساب الجارى. وتقنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مؤدى أحكام المادتين 512 و525 من القانون المدنى القديم أن ما يبرمه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 204 وما بعدها.

(2) محيى الدين علم الدين ص 216.

الوكيل فى حدود الوكالة يضاف إلى الأصيل وأن الوكيل ملزم بأن يقدم لموكله حساباً شاملاً وأن يوفى إليه صافى ما فى ذمته، فإذا كان الثابت أن المورث إذ أبرم عقد البيع الابتدائى بالنسبة لحصة موكلته المطعون عليها الأولى التزم فى هذا العقد بسداد الدين المضمون بحق الامتياز على تلك الحصة- وكان التزامه هذا مندرجاً ضمن حدود وكالته بالبيع - فإن قيامه بسداد هذا الدين يضاف إلى موكلته وتتصرف إليها آثاره، ومن ثم لا يكون فى حالة قبضه الثمن وسداده الدين الممتاز مديناً لموكلته بما قبض دائناً لها بما دفع وإنما يقتصر التزامه على أن يقدم لها حساب وكالته وأن يؤدي إليها ما تسفر عنه أعماله. وإذا كان دفاع الطاعنين قد قام أمام محكمة الاستئناف على هذا الأساس متمسكين بطلب استتزال ما سدده مورثهم عن المطعون عليها إلى الدائن من أصل ثمن الأقطيان التى باعها بوكالته عنها والتى كانت محملة بهذا الدين، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع قولاً منه إنه يقوم على الدفع بالمقاصة القانونية بين الدين المدعى الوفاء به والدين الذى تطالب به المطعون عليها فإنه يكون مخالفاً للقانون".

(طعن رقم 628 لسنة 25 ق جلسة 1961/2/16)

(أيضاً طعن رقم 1279 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/4)

ويجب على الوكيل عند إدراج مفردات الحساب مراعاة ما يأتى:

1- أن يتضمن الحساب المبالغ التى تسلمها الوكيل ولو كانت هذه المبالغ غير مستحقة للموكل، لأن هذه المبالغ لم يتسلمها الوكيل لحسابه الخاص بل لحساب الموكل الذى ينوب عنه، ولأن دعوى رد غير المستحق لا ترفع عليه هو بل على الموكل نفسه⁽¹⁾.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1993 من القانون المدنى الفرنسى بقولها: "يجب على الوكيل تقديم الحساب عن إدارة عمله وعن المبالغ التى يقبضها

(1) محمد كامل مرسى ص 540 - محمد على عرفه ص 389 هامش (2).

- بمقتضى وكالته حتى ولو كان ما تسلمه غير مستحق للموكل".
- 2- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي أهمل تسلمها بسبب تقصيره.
- 3- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي حصل عليها بطريق غير مباشر. فالوكيل المكلف ببيع شئ معين، ويبيعه بثمن أعلى، ليس له أن يحتفظ بالفرق، بل عليه أن يقدم الوكيل حسابا عن جميع ما حصله.
- 4- أن يقدم حسابا عن المبالغ التي حصلها في أثناء وكالته عن طريق غير مشروع⁽¹⁾.

غير أن الوكيل لا يلزم بإدراج المبالغ الآتية في الحساب:

- 1- المبالغ التي قبضها نتيجة خطأ مادي في الحساب، لأن هذه المبالغ وإن كانت قد قبضت بصدد تنفيذ الوكالة، فإنه لا يتعلق بها حق الموكل الذي لم يدخلها أصلا في حسابه⁽²⁾.
- 2- التعويض الذي يرى الوكيل أنه يستحقه عن ضرر أصابه ويتولى هو تقديره، دون أن يوافق الموكل على ذلك أو دون أن يصدر له حكم قضائي بالتعويض⁽³⁾.
- ويجب على الوكيل أن يؤيد الحساب المقدم منه بالمستندات، فإذا ذكر أنه دفع أجرة شقة وجب عليه أن يقدم الإيصال الدال على ذلك وإذا قرر أنه أدى الأجرة المستحقة على نقل البضاعة كان عليه أن يرفق بالحساب سند الشحن أو إيصاله⁽⁴⁾.
- ولكنه لا يجوز إلزام الوكيل بتقديم حساب عن مدة وكالته إلا إذا كانت المستندات والأوراق موجودة تحت يده، فإذا كانت المستندات والأوراق في يد

(1) عابدين الجزئية في 1925/2/29.

(2) محمد على عرفه ص 389 هامش (2)، ونقض فرنسي 1900/7/24 الذي أشار إليه.

(3) محيي الدين علم الدين ص 217.

(4) محيي الدين علم الدين ص 217.

الموكل وجب رفض طلبه الحساب لاستحالة تقديم الحساب فى مثل هذه الحالة⁽¹⁾.

74 - إقرار الحساب :

إذا أقر الموكل الحساب الذى قدمه الوكيل عالما بتفصيلات الحساب، كان هذا الإقرار حجة على الموكل، ولا يجوز له الرجوع فيه أو طلب إعادة النظر فى الحساب، أو طلب حساب جديد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "لكى يؤخذ من وقع على كشف حساب بإقراره يجب أن يثبت أنه كان عالما بتفصيلات الحساب، فإذا كان التوقيع على ورقة مجملة ذكر بها أن رصيد الحساب السابق مبلغ معين فليس فى هذا ما يدل على أن الموقع كان ملما بالحسابات السابقة على إثبات الرصيد".

(طعان رقما 196 لسنة 22، 55 لسنة 23 ق جلسة 1957/3/21)

2- "جرى قضاء محكمة النقض على أنه متى كان المستحق فى الوقف قد اعتمد الحساب المقدم من الناظر، وهو عالم بتفصيلاته من إيراد ومنصرف، ثم أقر بالتخالص، فلا يجوز له إعادة النظر فى الحساب أو المطالبة بتقديم حساب جديد ويجب أخذه بإقراره".

(طعن رقم 97 لسنة 38 ق جلسة 1973/10/23)

75 - حالة تعدد الوكلاء :

إذا تعدد الوكلاء فالأصل أن يقدموا حسابا واحدا موقعا عليه منهم، ويكونون جميعا متضامنين فى التزامهم بتقديم الحساب.

غير أنه إذا كانت الوكالة مجزأة عليهم بأن اختص كل منهم بجانب من التصرف محل الوكالة، فإن كل منهم يلتزم بتقديم حساب على انفراد.

(1) محمد كامل مرسى ص 541.

76- ميعاد تقديم الحساب :

خلا القانون من تحديد ميعاد لتقديم الحساب. ومع ذلك يجب تقديم الحساب بعد تنفيذ الوكالة فى أقرب وقت ممكن. فلا يتراخى الوكيل عن تقديم الحساب إلا بمقدار الوقت الذى يستغرقه فى إعدادة، وذلك حتى يتمكن الموكل من الوقوف على نتيجة تنفيذ الوكالة وتصفية موقفه مع الوكيل والغير .

وإذا تراخى الوكيل عن تقديم الحساب فى الوقت المناسب، جاز للموكل إعداره بتقديم الحساب، وفى هذه الحالة ينقطع سريان فوائد المصروفات التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة.

وقد يتراخى طلب تقديم الحساب بسبب العلاقة التى تقوم بين الوكيل والموكل، كالزوج والزوجة. فإذا كان الزوج مثلاً وكيلا عن زوجته، ثم توفى قبل تقديم الحساب كان للزوجة استيفاء ما يظهر فى ذمته من تركة ورثته⁽¹⁾.

وتسقط دعوى تقديم الحساب بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ تنفيذ الوكالة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال إدارة العين المرهونة وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حساباً مفصلاً عن ذلك، ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما".

(طعن رقم 214 لسنة 18 ق جلسة 1950/11/23)

77- هل يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على عدم تقديم الحساب ؟

قد ينفق الموكل والوكيل على إعفاء الأخير من تقديم الحساب، وقد يكون هذا

(1) السنهورى ص 636 هامش (2).

الاتفاق صريحا أو ضمنيا كأن يعطى الموكل الوكيل مخالصة يبرى فيها ذمة الوكيل دون أن يطلب منه تقديم حساب.

وقد ذهب رأى إلى أن هذا الاتفاق لا يعفى الوكيل من تقديم الحساب، لأن مثل هذا الاتفاق ليس من مقتضاه إعفاؤه من هذا الالتزام مطلقا، وإلا ترتب على ذلك صيرورة التزام الوكيل بالتنفيذ غير جدى، لأنه يصبح متوقفا على شرط إرادى محض من جانب المدين فيؤدى إلى إبطال عقد الوكالة⁽¹⁾.

غير أن الرأى الغالب ذهب إلى أن التزام الوكيل بتقديم حساب وكالته للموكل ليس من أركان التوكيل، وللموكل الذى هو صاحب الحق إعفاء الوكيل من ذلك والارتكان على ذمته، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا⁽²⁾. فلا تبطل الوكالة، غير أنه يجب تحرى قصد المتعاقدين من الشرط المعفى ليتبين ما إذا كان المقصود هو الاكتفاء بحساب إجمالى أو تحقيق هبة مستترة من الموكل إلى الوكيل أو سداد دين على الموكل أو الغير⁽³⁾.

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن:

"النص فى المادة 705 من القانون المدنى على أنه "على الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها "يدل على أنه يجب على الوكيل عند انتهاء الوكالة أن يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة مدعما بالمستندات حتى يتمكن من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل، وعليه أن يوفى إليه صافى ما فى ذمته ما لم يكن قد اتفق صراحة أو ضمنا على إعفاء الوكيل من تقديم الحساب أو تقضى الظروف بالإعفاء ويرجع فى ذلك إلى الصلة بين الموكل والوكيل وذلك إذا كانت هذه

(1) محمد على عرفه ص 389 - استئناف مصر فى يناير 1928، 28 مايو 1929.

(2) محمد كامل مرسى ص 541 - السهنورى ص 641.

(3) السهنورى ص 641 - أكثم الخولى ص 234 - محمد كامل مرسى ص 541 - استئناف

الصلة تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل فإن الحساب يعتبر مقمدا فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة".

(طعن رقم 1279 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/4)

78 - التزام الورثة بتقديم الحساب:

قد يموت الوكيل قبل أن يقدم الحساب للموكل.

وفى هذه الحالة يتعين التفرقة بين فرضين.

الأول: أن يكون الوكيل قد مات مجهلا ولم يترك ما يمكن الاستدلال منه

على حساب الموكل، وفى هذا الفرض لا يلزم ورثة الوكيل بتقديم الحساب، لأنه ليس فى استطاعتهم الإلمام بأعمال مورثهم.

الثانى: أن يتبين أن فى استطاعة الورثة تقديم الحساب، كأن يكون الوكيل قد

مات غير مجهل لأموال موكله، فيلتزم الورثة فى هذا الفرض بتقديم الحساب، لأن ذلك هو الطريقة الوحيدة للتوصل لمعرفة الحساب⁽¹⁾.

وفى هذه الحالة يلتزم الورثة بأداء ما فى ذمة الوكيل للموكل من تركة المورث.

79 - حالات إعفاء الوكيل من الحساب:

يعفى الوكيل من تقديم الحساب فى حالات ثلاث:

1- أن تكون طبيعة المعاملة تقضى بذلك. ومثال ذلك أن تكون الوكالة فى

بيع شىء معين بثمن معين دون قبض ثمنه، أو تكون الوكالة فى تصرف غير مالى كالوكالة فى الإقرار بدين أو الزواج أو الطلاق⁽²⁾.

2- أن تكون الظروف تقضى بذلك.

وهذا ما يرجع غالبا إلى الصلة بين الموكل والوكيل. فإذا كانت هذه الصلة

تقتضى من الموكل رقابة يومية فعالة على أعمال الوكيل كما لو كان الوكيل

(1) محمد كامل مرسى ص 544 - استئناف مصر 28 نوفمبر 1934.

(2) السنهورى ص 638- أكتف الخولى ص 234 - محبى الدين علم الدين ص 217.

مستخدما عند الموكل أو خادما أو وكيل أعمال أو محصلا للإيجارات أو لحقوق أخرى، فإن الحساب يعتبر مقدما فعلا عن كل عمل بمجرد إنجازه وذلك بحكم هذه الصلة⁽¹⁾.

وقد يستفاد ذلك من صلة الزوجية أو القرابية أو المصاهرة. فتعفى الزوجة مثلا من تقديم كشف حساب عن وكالتها في الشؤون المنزلية وكذلك إذا أدار الزوج مال زوجته أو أدارت الزوجة مالا لزوجها، فإن الثقة المتبادلة التي تقوم عادة بين الزوجين تعفى من تقديم الحساب ما لم يوجد شقاق بين الزوجين ويبين أن الثقة بينهما معدومة.

(أيضا نقض طعن رقم 1279 لسنة 50 ق جلسة 1984/3/4)

80- التزام الوكيل برد ما فى يده إلى الموكل :

تنص المادة 1993 من القانون المدنى الفرنسى على أن: على الوكيل أن يرد إلى الموكل كل ما يستحقه بمقتضى وكالته.

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة 980 على أن: "وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحساب تنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه وعليه بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل لحساب الموكل".

وقد جاء عن هذا النص بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "... وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه، حتى لو كان الوكيل "اسما مستعارا" يعمل باسمه الشخصى. وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه فى العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها" - إلا أن هذه

(1) السنهورى ص 638 - محيى الدين علم الدين ص 217.

الفقرة حذفت في لجنة المراجعة⁽¹⁾.

والنص المذكور كان يتفق مع القواعد العامة، ومن ثم فإن هذه القواعد تقضى بتطبيق حكمه.

وعلى ذلك يجب على الوكيل عند انتهاء وكالته أن يرد أموال الموكل إليه، سواء كان قد تسلمها عند إبرام الوكالة أو أثناءها أو بمناسبةها. وسواء كان قد تسلمها من الموكل أو من الغير.

وعليه أن يرد للموكل كل هذه الأشياء، ولو كان يعلم أو يعتقد أنها لا تخص الموكل، إذ لا شأن له بذلك، وغير مسئول عنه، بل المسئول هو الموكل، وليس الوكيل مكلفا بالتحقق من أن الموكل يستحق هذا الشيء أو لا يستحقه⁽²⁾.

فإذا كان الوكيل قد عمل باسمه الشخصي كاسم مستعار (مسخر) فاشترى المنزل الموكل في شرائه باسمه، فانتقلت إليه الملكية، وجب عليه أن ينقل ملكية هذا المنزل للموكل.

وإذا تسلم الوكيل منقولات لحساب الموكل تعين عليه ردها إليه بذاتها، فلا يجوز له الاكتفاء برد قيمتها.

وإذا تسلم عملة أجنبية لحساب الموكل، وجب عليه تسليم هذه العملة بذاتها لا بتسليم ما تساويه مقدرا بالعملة المصرية، إلا إذا قضت تشريعات النقد الأجنبي بذلك⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يلتزم الوكيل بتقديم حساب عن إدارة عمله، وحساب المبالغ التي قبضها على نمة موكله، كما يلتزم بأن يرد ما في يده من مال للموكل، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، أى الإيراد الصافى المستحق للموكل فى فترة إدارة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 204 وما بعدها.

(2) محيى الدين علم الدين ص 218.

(3) السنهورى ص 645.

الوكيل".

(طعن رقم 318 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/11)

ويقع على عاتق الموكل عبء إثبات تسلم الوكيل الأشياء التي يطالب بها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إن المادة 214 من القانون المدنى تنص على أنه "على الدائن إثبات دينه وعلى المدين إثبات براءته من الدين". فإذا أثبت أولهما دينه وجب على الآخر أن يثبت براءة ذمته منه، لأن الأصل خلوص الذمة وانشغالها عارض، ومن ثم كان الإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً، مدعياً كان أو مدعى عليه. فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقيق الحسابات التي قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة، فهذه الدعوى لا تعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التي قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التي صرفها فى شئونه فبرئت منها ذمة الوكيل، فهي تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها. فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل للمال الذى يدعون أنه قبضه فإن فعلوا تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شئون الموكل أو مصيره إليه فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التي وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التي كان هو يرصد فيها حساب وكالته، فإنه يكون على ورثة الوكيل، وقد أقام الموكل بما قيده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ، أن يقيموا بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها. فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى أخذ مورثهم بعجزهم هم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التي قيدها بها، فإنها لا تكون قد خالفت القانون".

(طعن رقم 143 لسنة 15 ق جلسة 1947/3/6)

ولكن إذا كان الوكيل مفوضاً فى قبض شئ فى ذمة الغير للموكل كان مسئولاً عنه حتى ولو لم يقبضه، إلا إذا أثبت الوكيل أنه لم يتمكن من القبض بسبب قوة

قاهرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يصح التمسك لدى محكمة النقض بعدم قبول الدعوى المرفوعة من ورثة الموكل على الوكيل بمطالبته بمبلغ معلوم قبضه بمقتضى سند معين بمقولة إنها لا يجوز رفعها مباشرة من غير أن تسبقها دعوى حساب، لأن هذا الدفع فضلا عن جدته لا وجه له مادام الوكيل المدعى عليه قد قصر فلم يدفع أمام محكمة الموضوع بوجود تصفية الحساب وبأن نتيجته فى مصلحته ويقدم الدليل على ذلك".

(طعن رقم 81 لسنة 8 ق جلسة 1939/5/18)

فإذا لم يقيم الوكيل برد ما فى يده من أشياء للموكل أو استعمله، كان مسئولا مدنيا قبل الموكل، كما أنه يسأل جنائيا عن عدم رد هذه الأشياء كما سنرى.

81 - مسئولية الوكيل جنائيا:

تنص المادة 341 من قانون العقوبات على أن: "كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقودا أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضرارا بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى" وعلى ذلك يعاقب الوكيل بالعقوبة المنصوص عليها بالمادة إذا بدد الأشياء المذكورة بالمادة والمسلمة إليه على سبيل الوكالة إضرارا بمالكيها أو أصحابها⁽¹⁾. وهذا يفيد ضرورة توافر الضرر ولذلك قبل بأنه لا جريمة إذا أنفق

(1) والاستعمال الذى تعاقب عليه المادة يراد به استخدام شىء سلم لغرض معين فى غرض آخر

الوكيل المال الذى قبضه على ذمة الموكل ثم اتضح من عمل حساب بينهما أنه دائن للموكل لا مدينا له.

ولا يشترط أن يقع الضرر بالفعل أو أن يكون وقوعه محققا بل يكفى أن يكون هذا الضرر احتماليا ويكفى وقوع الضرر الذى يلحق بالمجنى عليه حتى ولو لم تعد على الجانى أية فائدة لاختلاسه للمال فإذا قام الوكيل بإحراق المال أو إتلافه فيكفى ذلك لتوافر الجريمة ولا عبرة بمدى الضرر أو بمقداره إذ يكفى وقوع أى قدر مهما كان ضئيلا للقول بتوافر ركن الضرر كما لا يشترط أن يكون الضرر ماديا إذ يكفى أن يكون هذا الضرر أدبيا كتبديد أوراق لها قيمة عند صاحبها⁽¹⁾.

82 - سقوط الالتزام بالرد بالتقادم:

يسقط الالتزام بالرد بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ انتهاء الوكالة. وتصفية الحساب بين الموكل والوكيل، لأن الدين قبل ذلك احتمالى لا يلحقه السقوط⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن دين الموكل قبل موكله لا تبدأ مدة تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة

غير المتفق عليه، وقد اختلف فى أمر الاستعمال فيرى الفقه أنه إذا أريد به الاستعمال المقترن بنية التملك فلا جديد إذ لا يخرج فى هذه الحالة عن أن يكون اختلاسا وإذ أريد به الاستعمال المجرد عن نية التملك فلا يمكن أن يؤاخذ به الفاعل على خيانة الأمانة فهذه الجريمة كالسرقة والنصب لا يؤاخذ على الاختلاس فيها إلا إذا اصطحب بنية التملك وهو مما أكدته محكمة النقض فى الكثير من أحكامها (راجع المستشار مصطفى هرجه جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة الطبعة السادسة ص 87 وما بعدها).

(2) المستشار مصطفى هرجه التعليق على قانون العقوبات المجلد الثانى 1996 ص 967.

(3) الدكتور قدرى الشهاوى أحكام عقد الوكالة فى التشريع المصرى والمقارن 2001 ص 188

وما بعدها.

وتصفية الحساب بينهما، إذ هذا الدين قبل ذلك احتمالي لا يلحقه السقوط. والدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر قانونا وكيعلا عن صاحب العين المرهونة فى إدارتها واستغلالها وقبض ريعها، وعليه أن يقدم للراهن حسابا مفصلا عن ذلك. فمبدأ مدة تقادم دينه قبل الراهن هو بعينه المبدأ بالنسبة للوكيل مع الموكل".

(طعن رقم 64 لسنة 7 ق جلسة 1938/2/17)

2- (أ) - "إذا كان الحكم الابتدائى الذى أيدته الحكم الاستئنافية لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيعلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله المدعى عليه إنما كان بسبب سفره إلى خارج القطر، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقف بصفته وكيعلا لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيراً تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى، ثم أيد هذا الحكم استئنافياً لأسبابه، فلا يعيب الحكم الاستئنافية أنه لم يورد مضامين خطابات جديدة قدمها المدعى إلى محكمة الاستئناف وقالت هذه المحكمة عنها إنها لم تر فيها ما يفيد استمرار الوكالة".

(ب) - "إذا قررت المحكمة أن قيام النزاع بين الموكل والوكيل على عنصر من عناصر الحساب بينهما لا يعتبر عائقاً يمنع من المطالبة بتقديم الحساب ويقف مدة تقادم دعوى طلبه، واستدلت على ذلك بأن الوكيل سبق له تقديم الحساب فى قضية أخرى عن مدة سابقة قبل تصفية ذلك النزاع، فلا يكون حكمها مخالفاً للقانون".

(طعن رقم 60 لسنة 17 ق جلسة 1948/10/21)

3- "لا يسرى التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة 375 من القانون المدنى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة ومن ثم فلا يسرى هذا التقادم على المبالغ التى يقبضها الوكيل لحساب موكله ويمتنع عن أدائها له، ولو كانت هذه المبالغ عبارة عن ريع عقار للموكل وكل الوكيل فى تحصيله وإنما يتقادم حق الموكل فى مطالبة الوكيل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة ولم يصف الحساب بينهما".

(طعن رقم 192 لسنة 34 ق جلسة 1967/11/30)

وسقوط الالتزام بالرد بالتقادم، لا يمنع الموكل من رفع دعوى الاستحقاق التى يستطيع بمقتضاها وبوصفه مالكا أن يطالب الوكيل برد أمواله إليه. وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم إطلاقاً، ولكنها يمكن أن تصطدم بعقبة أخرى، هى اكتساب الوكيل لهذه الأموال بالتقادم المكسب، وذلك إذا بدل حيازته العارضة وحولها إلى حيازة قانونية وجابه الموكل بادعاء الملكية وسكت الموكل مدة التقادم المكسب فإن دعوى الاستحقاق تصير عقيمة ولا تسعف المالك فى استرداد ماله⁽¹⁾.

83 - سقوط التزام المحامى برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة**على عقد الوكالة :**

تنص المادة 91 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن يسقط حق الموكل فى مطالبة محاميه برد الأوراق والمستندات والحقوق المترتبة على عقد الوكالة بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء وكالته، وتقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موسى عليه.

وقد جاء هذا النص استثناء من القواعد العامة.

(1) محيى الدين علم الدين ص 219.

مادة (706)

- 1- ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.
- 2- وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضا فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر.

الشرح

استحقاق الفوائد على الوكيل في حالتين:

84- الحالة الأولى: استعمال الوكيل مال الموكل لصالح نفسه:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 706 مدني تنص على أنه ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه.

فإذا قام الوكيل باستعمال مال الموكل لصالح نفسه، استحق الموكل قبله فوائد قانونية على المال الذي استعمله لصالحه من يوم استعماله له دون حاجة إلى إعدار. ويعتبر هذا استثناء من القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 226 مدني والتي تقضى باستحقاق الفوائد من وقت المطالبة القضائية.

ويقع على عاتق الموكل الذي يدعى أن الوكيل قد استعمل بعض المبالغ التي حصلها لمنفعة نفسه عبء إثبات واقعة الاستعمال وتاريخه الذي يطالب باتخاذ موعدا لبدء سريان الفوائد المستحقة عن هذه المبالغ. وللموكل إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة والقرائن إذا لم يكن في وسعه الحصول على كتابة مثبتة للدين⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 391.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- " نصت المادة 526 من القانون المدنى الملغى على أن "الوكيل ملزم بفوائد المبالغ المقبوضة من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه". مؤدى ذلك أن استغلال الوكيل لأموال موكله أمر لا يفترض بل يجب توافر الدليل عليه وعلى تاريخ حصوله ومن ثم فإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه لا يعدو أن يكون عرضاً لصدور ملاحظة الوكيل فى الوفاء ولا يحمل الدليل على ما انتهى عليه من ثبوت استغلال الوكيل لما حصله من أموال الموكل، فإنه يكون قاصر البيان".

(طعن رقم 105 لسنة 26 ق جلسة 1961/6/22)

2- "الحكم على الوكيل - طبقاً للمادة 706 من القانون المدنى القائم و526 من القانون الملغى- بفوائد المبالغ التى استخدمها من وقت استخدامها يقتضى ثبوت أن هذه المبالغ كانت فى يد الوكيل وأنه استخدمها لصالح نفسه وإثبات الوقت الذى استخدمها فيه حتى يكون هذا الوقت بدءاً لسريان الفوائد".

(طعن رقم 396 لسنة 29 ق جلسة 1964/12/31)

أما إذا أثبت الموكل واقعة الاستعمال ولم يثبت تاريخه سرت الفوائد من وقت انتهاء الوكيل من أعمال الوكالة⁽¹⁾.

ويعتبر من القرائن القوية على الاستعمال الشخصى أن يذكر الوكيل فى بند المصروفات مبالغ لم يقم الدليل على صرفها فعلاً، أو أن يضمن بند الإيرادات مبالغ لم يؤدها للموكل عند تصفية الحساب، أو أن يغفل ذكر بعض المبالغ التى قام الدليل على قبضه إياها، إذ فى تصرف الوكيل على هذا النحو ما يدفع إلى الشك فى أنه استعمل هذه المبالغ فى بعض شأنه⁽²⁾.

85- الحالة الثانية: فوائد ما تبقى فى ذمة الوكيل من حساب

(1) السنهورى ص 653.

(2) محمد على عرفه ص 391.

الوكالة :

يستحق الموكل قبل الوكيل فوائد المبالغ المتبقية في ذمته من حساب الوكالة، والتي لم يتم بأدائها له بعد تصفية الحساب. وتستحق الفوائد من وقت إعدار الوكيل بالرد. ويكفى الإعدار بالرد ولو لم تذكر فيه الفوائد⁽¹⁾. ويكون الإعدار بإنذار على يد محضر أو ما يقوم مقام الإنذار. ويقوم مقام الإنذار رفع الموكل دعوى على الوكيل بتقديم الحساب مع دفع الرصيد المتبقى في ذمة الوكيل ولو لم يكن معلوما. إنما لا يعتبر من قبيل الإعدار مجرد المطالبة بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بالرصيد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الإعذار هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه. والأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م 219 مدنى). ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن وإذا كان قرار محكمة الأحوال الشخصية بإلزام الوصى بإيداع المتبقى في ذمته للقاصر في الميعاد المحدد بهذا القرار، لا يعدو أن يكون - على ما يستفاد من نص المادة 1014 من قانون المرافعات - أمر بإلزام الوصى بالأداء مقررا حق القاصر في ذمته وقاطعا للنزاع بشأنه فيما بين الوصى والقاصر ومنشئا لسند رسمى قابل للتنفيذ الجبرى على الوصى المحكوم عليه، فإن القرار بهذه المثابة لا يتضمن إعدارا للوصى بالمعنى المقصود بالإعذار الذى تجرى من تاريخه الفوائد

(1) السنهورى ص 650- وعكس ذلك محمد على عرفه ص 390 هامش (5) فيرى أنه لا يعتبر من قبيل الإعذار مجرد المطالبة بتقديم حساب إذا لم تتضمن المطالبة بفوائد المبالغ المستحقة طرف الوكيل.

طبقاً للمادة 2/706 من القانون المدني ذلك لأنه لم يوجه من الدائن أو نائبه ولم يعلن إلى المدين كما أنه مهما كان لمحكمة الأحوال الشخصية من سلطة الإشراف على أموال القاصر فإنه ليس من وظيفتها اتخاذ مثل هذا الإجراء نيابة عنه".

(طعن رقم 306 لسنة 32 ق جلسة 1966/4/28)

86 - سعر الفائدة المستحقة في الحالتين السابقتين:

الفائدة القانونية المستحقة على الوكيل في الحالتين السابقتين هي الفائدة القانونية المنصوص عليها بالمادة 226 من القانون المدني، وهي 4% في المسائل المدنية، 5% في المسائل التجارية. غير أنه يجوز الاتفاق على فائدة أعلى أو فائدة أقل.

ويجوز الاتفاق على سريان الفوائد من وقت انتهاء الوكالة في الحالة الثانية وتعيين الرصيد المتبقى دون حاجة إلى الإعدار.

ويجوز للموكل أن يتقاضى تعويضاً أكبر من الفائدة القانونية إذا ثبت أن تأخر الوكيل بالوفاء بالدين كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة 231 من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقاً للمادة 231 من القانون المدني التي جاءت تطبيقاً للقواعد العامة وتقنيناً لما جرى عليه القضاء في ظل القانون الملغى. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم الاستحقاق والسعر يوم صدور الحكم الابتدائي

(1) السنهاورى ص 651 هامش (3).

علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير في الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوباً بالقصور".

(طعن رقم 105 لسنة 26 ق جلسة 1961/6/22)

87 - رد الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل :

يلتزم الوكيل برد كافة الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل، سواء كان الموكل هو الذى سلمها له لتنفيذ الوكالة، أو تسلمها الوكيل من الغير بمناسبة تنفيذ الوكالة.

وللوكيل حبس هذه الأوراق والمستندات حتى يستوفى حقه.

غير أن سند الوكالة الذى سلمه الموكل للوكيل يجب رده دائماً إلى الموكل ولا يرد عليه حق الحبس، لأن استرداد السند من الوكيل يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سيئى النية، كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغزر بالغير فيتعاملون مع الوكيل.

وكانت المادة 997 من المشروع التمهيدي تنص على أنه: "1- على الوكيل، إذا كان قد حصل على سند يثبت الوكالة، أن يرد السند للموكل عند انتهاء الوكالة، ولا يجوز له الاحتفاظ به ضماناً لحقوقه قبل الموكل"، إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى: "ولما كان سند الوكالة فى يد الوكيل لأنه مطالب بإثبات وكالته للغير كما تقدم، فيجب عليه أن يرده إليه أو إلى ورثته عند انتهاء الوكالة. ولا يجوز للوكيل أن يحبس السند استيفاء لحقوقه. واسترداد السند من الوكيل فى الوقت المناسب يمنع الغير من التعامل مع الوكيل بعد انتهاء الوكالة وإلا كانوا سيئى النية. كما أن بقاء السند فى يد الوكيل بعد انتهاء الوكالة يكون من شأنه أن يغزر بالغير فيتعاملون مع الوكيل، وقد تقدم أن للغير فى هذه الحالة أن يتمسكوا بالوكالة. ولهم فى كل الأحوال أن يرجعوا بالتعويض عما يصيبهم من ضرر على كل من الموكل والوكيل. وإذا تلاك الوكيل

فى رد سند الوكالة ألزم بذلك، وكان مسئولا عن التعويض. وللموكل أن يشهر انتهاء الوكالة بالطريقة المناسبة⁽¹⁾.

88 - أحكام واردة فى قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 خاصة بالتزام المحامى برد الأوراق والمستندات :

1- على المحامى عند انتهاء توكيله لأى سبب من الأسباب أن يرد إلى الموكل جميع ما سلمه إليه من أوراق أو مستندات ما لم يكن قد تم إيداعها فى الدعوى وأن يوفيه بصور المذكرات والإعلانات التى تلقاها باسمه (م/1/89).

2- لا يلتزم المحامى بأن يسلم موكله مسودات الأوراق التى حررها فى الدعوى أو العمل الذى قام به ولا الكتب الواردة إليه. ومع ذلك يجب على المحامى أن يعطى موكله صوراً من هذه الأوراق بناء على طلب الموكل وعلى نفقته (م/2/89).

3- عند وجود اتفاق كتابى على الأتعاب يحق للمحامى حبس الأوراق والمستندات المتعلقة بموكله أو حبس المبالغ المحصلة لحسابه بما يعادل مطلوبه من الأتعاب التى لم يتم سدادها له وفق الاتفاق.

وإذا لم يكن هناك اتفاق كتابى على الأتعاب، كان للمحامى أن يستخرج صوراً من هذه الأوراق والمستندات التى تصلح سنداً له فى المطالبة، وذلك على نفقة موكله. ويلتزم برد الصور الأصلية لهذه الأوراق متى استوفى من موكله مصروفات استخراجها.

وفى جميع الأحوال يجب أن يراعى ألا يترتب على حبس الأوراق والمستندات تقويت أى ميعاد لاتخاذ إجراء قانونى يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق فيه (م/90).

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 238.

89 - إبراء ذمة الوكيل :

تبرأ ذمة الوكيل من التزاماته قبل الموكل، إذا حصل منه على مخالصة تفيد براءة ذمته. ولا يكفي لذلك مصادقة الموكل على الحساب المقدم له من الوكيل. فمجرد المصادقة على الحساب لا تسقط حق الموكل في طلب تقديم سائر الأوراق والمستندات الخاصة بالوكالة تمهيدا لإثبات صحة الحساب أو خطئه⁽¹⁾.

وإذا اقتصر الموكل على إقرار أعمال الوكيل ووقف عند هذا الحد، فيغلب أن يكون المقصود من ذلك أن يقر الموكل تصرفات الوكيل مع الغير فتكون نافذة في حقه، دون أن يكون في ذلك إبراء لذمة الوكيل من مسؤوليته قبل الموكل وذلك ما لم يستخلص من الظروف أن هذا الإقرار يتضمن أيضا إبراء ذمة الوكيل⁽²⁾. والمخالصة بإبراء ذمة الوكيل لا تبرئ ذمة الوكيل - حسب الأصل - إذا اكتشف الموكل فيما بعد وجود خطأ أو تقصير من الوكيل، فيكون له حق الرجوع عليه. إلا إذا تبين بجلاء من المخالصة أنه قصد بها إبراء ذمة الوكيل من مسؤوليته من جميع أعمال الوكالة.

ولا تعد المخالصة دليلا على براءة الذمة يمنع من المجادلة في مسؤولية الوكيل، إذا تبين أن الوكيل حصل عليها بطريق الغش بإخفاء مستندات أو معلومات عن الموكل.

وقد يحدث أن يمتنع الموكل عن إعطاء الوكيل مخالصة بإبراء ذمته، رغم تخالصه معه عن كافة التزاماته الناشئة عن الوكالة، فلا يكون أمام الوكيل من سبيل سوى رفع دعوى ببراءة ذمته من أعمال الوكالة أمام المحكمة المختصة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عرفه ص 392.

(2) السنهوري ص 657 ونقض فرنسي 9 مايو 1853 الذي أشار إليه.

"من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المخالصة المبهمة التى يبين فيها الإيراد والمنصرف وتفصيلات الحساب أو التى لم ينص فيها صراحة على إبراء الموكل لذمة وكيله عن فترة وكالته دون أن يطلب منه تقديم حساب لا تمنع الموكل من مطالبة وكيله بالحساب المفصل المدعم بالمستندات".

(طعن رقم 1279 لسنة 50 قى جلسة 1984/3/4)



مادة (707)

- 1- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك. على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها.
- 2- وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه.

الشرح

90- سلطة الوكلاء عند تعددهم فى العمل لحساب الموكل :

بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 707 مدنى إذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى.

فتوكيل عدة أشخاص بعقد واحد لا ينشئ لأى واحد منهم منفردا سلطة العمل لحساب الموكل بل تكون هذه السلطة لهم مجتمعين، لأن المشرع وضع قرينة قانونية على أن الموكل أراد ألا يعملوا إلا مجتمعين ومن ثم فإنه يتمتع على الوكلاء فى هذه الحالة أن يمارسوا العمل منفردين، فإذا باشر التصرف أحدهم أو بعضهم دون الباقيين كان تصرفهم باطلا لانعدام صفة من باشر التصرف.

ولا يشترط أن يقوم الوكلاء جميعا بالتصرف، بل يكفى أن ينفرد أحدهم بالتصرف فى عمل يقتضى اجتماعهم لصحة التصرف، ثم يوافق الوكلاء الآخرون على تصرف زميلهم، فإن هذا التصرف يصح ويسرى قبل الموكل، ولكن من تاريخ

هذه المصادقة فقط⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"من المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما في التصرف مجتمعين، إذا تصرف بإذن صاحبه أو بإجازته نفذ تصرفه صريحة كانت الإجازة أو ضمنية. فإذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا صح تصرفه متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف".

(طعن رقم 33 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/19)

وإذا تخلف أحد الوكلاء عن المساهمة مع الآخرين في عمل يقتضى اجتماعهم، وترتب على ذلك عدم تنفيذ الوكالة انحصرت المسؤولية في شخص الوكيل المتخلف عن العمل دون الآخرين، لأن عدم التنفيذ نجم في الواقع عن خطئه. مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين في شراء منزل معين، فيجب عليهما أن يعملتا مجتمعين إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ، فإذا امتنع أحدهما عن التوقيع على العقد، وأدى ذلك إلى ضياع الصفقة على الموكل انفرد وحده بالمسؤولية فيكون كل من الوكلاء مسئولاً عن خطئه. ولا يجوز للموكل أن يرجع على كل منهم إلا حدود ما نسب إليه من خطأ. إلا إذا اشترط تضامنهم صراحة في عقد الوكالة، أو كان التضامن مقرر بنص القانون.

غير أنه يستثنى من قاعدة عدم انفراد الوكلاء المتعددين بالتصرف

حالتان:

الأولى: أن يرخص الموكل لأحد الوكلاء بالانفراد في العمل. وهذا الترخيص يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا.

الثانية: أن يكون العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأي. والمقصود بهذا

(1) محمد على عرفه ص 381.

العمل هو الذى لا يتم إلا على نحو واحد معين لا يحتمل تقديرا أو وزنا للرأى قد يختلف من شخص إلى آخر. ومن أمثلة ذلك التوكيل بقبض الدين أو وفائه أو التوكيل بقبول هبة أو بالإبراء من دين إلى غير ذلك من الصور التى لا تلعب فيها إرادة الوكيل دورا يذكر فى إتمام التصرف.

أما التوكيل بإدارة مزرعة أو التوكيل فى البيع بثمن مناسب فهو توكيل بأعمال تحتاج إلى تبادل الرأى ويحتمل تنفيذها وجوها مختلفة لابد من اتفاق الوكلاء المتعددين على اختيار أحدها. ويلاحظ أن تقسيم الأعمال من حيث لزوم تبادل الرأى لا شأن له بتقسيمها إلى أعمال إدارة وتصرف وتبرع. فمن أعمال الإدارة ما يحتاج إلى تبادل الرأى ومن أعمال التصرف أو التبرع ما لا يلزم فيه تبادل الرأى⁽¹⁾.

أما إذا عين الوكلاء المتعددون بعقود متعددة. فإنه يجوز لأى منهم الانفراد بالعمل محل الوكالة. إلا إذا ثبت من الظروف أن الموكل قد قصد إلى وجوب اشتراك الوكلاء جميعا فى التصرف. فالأمر يتعلق بتفسير إرادة الموكل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"1- إذا تعدد الوكلاء فى الأمر الواحد كان كل منهم مسئولا عن التزاماته كوكيل. فيجب أن ينفذ الوكالة، ولايصح أن يعمل الوكلاء إلا مجتمعين ماداموا قد عينوا فى عقد واحد ولم ينص صراحة فى العقد على انفرادهم. أما إذا عينوا فى عقود متفرقة، أو فى عقد واحد ونص صراحة على انفرادهم، جاز أن ينفرد كل منهم بتنفيذ الوكالة"⁽²⁾.

91- جواز انفراد أحد المحامين الموكلين بالعمل :

(1) أكتف الخولى ص 213 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 213.

تنص المادة 77 مرافعات الواردة فى الباب الثالث - الفصل الأول الخاص بالحضور والتوكيل بالخصومة على أنه:
 "إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص فى التوكيل".

فقد خرج المشرع فى هذا النص عن القاعدة العامة التى نص عليها فى المادة 2/707 مدنى. فأجاز لأحد المحامين الموكلين بعقد واحد الانفراد بالعمل محل الوكالة، ما لم يكن بالتوكيل نص يمنعه من ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان التوكيل الصادر من الطاعن قد صدر لعدة محامين فإنه يجوز انفراد أحدهم بالتقرير بالطعن لأن قانون المرافعات قد خرج فى الوكالة بالخصومة عن القاعدة العامة التى قررتها المادة 707 من القانون المدنى فنص فى المادة 85 من قانون المرافعات على أنه إذا تعدد الوكلاء جاز لأحدهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعاً من ذلك بنص التوكيل ولا محل لتخصيص عموم نص هذه المادة وقصره على السير فى الدعوى بعد إقامتها".

(طعن رقم 351 لسنة 23 ق جلسة 1958/3/27)

92- التضامن بين الوكلاء فى المسؤولية :

الأصل هو عدم التضامن فى المسؤولية. غير أنه يستثنى من هذا الأصل أن ينص القانون أو الاتفاق على هذا التضامن.
 ورغبة من المشرع فى حماية الموكل وإعفائه من تحديد الوكيل المسئول قد أنشأ تضامناً قانونياً بين الوكلاء المتعددين بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 707 مدنى فى حالتين.

الحالة الأولى:

إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام. كما لو كان محل الوكالة شراء عقار معين أو بيعه أو رهنه. فإذا تم البيع بثمن أقل بكثير من القيمة الحقيقية لهذا العقار، أو كان المشتري معسراً، أو كان مبلغ القرض الذى رهن من أجله العقار لا يتعادل البتة مع قيمته الحقيقية، جاز للموكل أن يرجع بالتعويض على الوكلاء المتعددين بالتضامن، ولو لم يشترط ذلك فى العقد⁽¹⁾.

وإذا كانت الوكالة فى عمل تجارى جاز للموكل أن يرجع على الوكلاء المتعددين بالتضامن، لأن التضامن بين المدينين هو القاعدة فى المسائل التجارية.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

".... وكل وكيل مسئول عن هذه الالتزامات دون تضامن مع غيره من

الوكلاء إلا فى حالتين:

(أ) - إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام. مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلين فى شراء منزل معين، فلا يتصور فى هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ويجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين، ويكونان مسئولين بالتضامن قبل الموكل فى الالتزامات المتقدمة الذكر⁽²⁾.

الحالة الثانية:

إذا كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك. فإذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كالوكالة بإدارة مزرعة مثلاً فلا تضامن بين الوكلاء المتعددين بل يظل كل وكيل مسئولاً عن تنفيذ التزاماته سواء عمل منفرداً بأن اختص بأعمال معينة أو عمل مع بقية الوكلاء غير أنه إذا عمل الوكلاء فى الوكالة القابلة للانقسام مجتمعين فإنهم يكونون متضامنين فى المسئولية عن الخطأ المشترك

(1) محمد على عرفه ص 382.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 213.

الذى يصدر منهم. ومعنى ذلك أنهم يكونون متضامنين فى كل الأحوال ماداموا يعملون مجتمعين⁽¹⁾.

وهكذا يؤدى تطبيق القواعد السابقة إلى اعتبار الوكلاء متضامنين فى المسؤولية فى كل الصور إلا إذا كانت الوكالة بعمل يقبل الانقسام وكان الوكلاء يعملون منفردين⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"(ب) - أما إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام كإدارة مزرعة، فإن كل وكيل يكون مسئولاً وحده بالتضامن مع غيره من الوكلاء عن تنفيذ التزاماته، سواء فى ذلك عمل منفرداً بأن اختص فى إدارة المزرعة بأعمال معينة أو عمل مع الوكلاء مجتمعين، ومع ذلك لو ارتكب الوكلاء فى هذه الحالة خطأ مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسؤولية تقصيرية أو تعاقدية"⁽³⁾.

ولا يشترط أن يكون الخطأ المشترك من الوكلاء مدبراً فيما بينهم.
ولا ينال من ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من أنه: "ومع ذلك لو

(1) أكتف الخولى ص 227 وما بعدها.

(2) وقد قضى بأنه: "إذا كان الثابت من جميع ظروف الدعوى ووقائعها أن زيدا قد أدار الأقطيان التى اشتراها بكر بإذن شفى صدر منه فى حضرة أحد أبنائه (عمرو) مقابل أجر معين، وأنه لما توفى بكر عند منتصف السنة الزراعية استمر زيد بتكليف من عمرو وحده فى إدارتها لنهاية تلك السنة، ولم يقل عمرو إنه كان وكيلاً عن أخته الوارثتين الأخريين حين كلف زيدا بالاستمرار فى إدارة الأقطيان، ولم تدع هاتان الأختان أنهما وكلتا أخاهما عنهما، فلا يجوز اعتبار زيد وعمرو مسئولين بالتضامن عن نتيجة حساب إدارة الأقطيان، بل يسأل زيد وحده عن هذا الحساب قبل كل من الورثة".

(ظعن رقم 70 لسنة 7 ق جلسة 1938/3/31)

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 213 وما بعدها.

ارتكب الوكلاء في هذه الحالة خطأً مشتركاً دبروه فيما بينهم وترتب عليه الإضرار بمصلحة الموكل، فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن عن التعويض سواء اعتبرت المسئولية تقصيرية أو تعاقدية". لأن عبارة "دبروه فيما بينهم" قد جاءت بالمذكرة متسقة مع المادة (982) من المشروع التمهيدي (التي أصبحت برقم 707)، وقد قامت لجنة المراجعة بحذف العبارة المذكورة⁽¹⁾.

كما أن ما أورده مذكرة المشروع التمهيدي من أن مسئولية الوكلاء بالتضامن عن التعويض "مسئولية تقصيرية أو تعاقدية"، محل نظر لأن المسئولية في كافة الأحوال مسئولية تعاقدية ترتبت على عقد الوكالة⁽²⁾.

93- عدم مسئولية الوكلاء عند تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو

تعسفه في تنفيذها :

أردفت الفقرة الأولى من المادة 707 في عجزها أنه: "على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها".

وعلى ذلك فإن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم في

حالتين :

الحالة الأولى :

إذا جاوز أحد الوكلاء حدود الوكالة، كأن خالف شروط البيع التي اشترطها الموكل، بأن كانت الوكالة في بيع منزل مثلا وقبض ثمنه، وكان الوكيل الذي قبض الثمن قبل أن يؤجل جزءا منه. فإن هذا التأجيل لا ينفذ قبل الموكل ويلزم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 209 وما بعدها _ من هذا الرأي السنهوري ص 618

_ أكثم الخولى ص 327 هامش (3) - وقارن محمد على عرفه ص 382 إذ يشترط أن

يكون الضرر تسبب بتدبير سابق بين الوكلاء على الإضرار بالموكل.

(2) السنهوري ص 618.

المشتري بتعجيل ما أجل من الثمن، ثم يرجع على الوكيل الذي قبل التأجيل بالتعويض دون أن يرجع على باقى الوكلاء، ودون أن يكون الأخيرون متضامنين مع الوكيل الذخالف شروط الوكالة، لأن خطأ هذا الوكيل شخصى محض لا يدخل فى المخاطر العادية لتنفيذ الوكالة وهى التى يقتصر عليها التضامن⁽¹⁾.

الحالة الثانية:

إذا كان هذا الوكيل لم يجاوز حدود الوكالة، ولكنه تعسف فى تنفيذها، بأن كان الموكل - فى المثل السابق - لم يشترط تعجيل الثمن فأجل الوكيل الثمن ولكنه راعى فى ذلك مصلحة المشتري دون مصلحة الوكيل لمصلحة تربطه بالمشتري، فإن التأجيل يسرى فى حق الموكل لعدم مجاوزته حدود الوكالة، ويرجع بالتعويض على هذا الوكيل وحده دون أن يكون الوكيل الآخر متضامنا معه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد نص المادة 1/707 من القانون المدنى أن الوكلاء لا يكونون متضامنين فى التزاماتهم قبل الموكل إلا إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل قد وقع نتيجة خطأ مشترك بين الوكلاء جميعا".

(طعن رقم 150 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/3)



(1) أكثم الخولى ص 228.

(2) السنهورى ص 616 وما بعدها.

مادة (708)

- 1- إذا أُناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.
- 2- أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.
- 3- ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

الشرح

94 - حالة عدم ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره:

تنص الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر أنه إذا لم يكن مرخصاً للوكيل في إنابة غيره في تنفيذ الوكالة كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية، ذلك أن الأصل أن يؤدي الوكيل العمل بنفسه لا بواسطة غيره، فإن عمده الوكيل إلى الإنابة، فإنه يصبح مسئولاً عن خطأ نائبه.

والنص هنا يطبق قواعد المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير على حالة إنابة الوكيل لغيره فيجعل الوكيل - وهو هنا المتبوع - مسئولاً عن أعمال نائب الوكيل. ويتفق تعبير "كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو" الذي استعمله النص مع ما يذهب إليه الفقه الحديث من أن أساس المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير هو فكرة النيابة في الأعمال التي تدمج - من الناحية القانونية - شخص النائب في

شخص الأصيل وتجعل من النائب في العمل امتدادا لشخص الأصيل أو المتبوع، ومن ثم تكون مسئولية المتبوع عن فعل نائبه قائمة على أساس خطأ المتبوع لأن خطأ النائب أو التابع هو خطأ الأصيل أو المتبوع⁽¹⁾.

ولما كنا بصدد حالة من حالات المسئولية التعاقدية عن فعل الغير فإن مسئولية الوكيل عن أعمال نائبه لا تقوم إلا إذا توافرت شروط المسئولية التعاقدية عن فعل الغير. وأهم هذه الشروط هو ثبوت الخطأ التعاقدى للتابع وهو هنا نائب الوكيل، فلا يكون الوكيل مسئولا قبل الموكل إلا إذا كان نائب الوكيل قد أخل بالتزاماته الناشئة من العقد الذى انعقد بينه وبين الوكيل⁽²⁾.

وتكون مسئولية الوكيل عن خطأ نائبه بمعيار المسئولية الذى ينطبق عليه هو لا بمعيار المسئولية الذى ينطبق على نائب الوكيل. فإذا كان الوكيل مأجورا ونائب الوكيل غير مأجور، وبذل نائب الوكيل فى تنفيذ الإنابة عنايته الشخصية وكانت هذه العناية دون عناية الشخص المعتاد، كان نائب الوكيل غير مسئول لأنه بذل العناية الواجبة عليه إذ هو غير مأجور، وكان الوكيل مسئولا إذ العناية المطلوبة منه هى عناية الشخص المعتاد لأنه مأجور. أما إذا كان الوكيل غير مأجور، وكان نائبه مأجورا، لم يكن الوكيل مسئولا تجاه الموكل إلا عن عنايته الشخصية إذا كانت أدنى من عناية الشخص المعتاد لأنه غير مأجور، فإذا نزل نائب الوكيل عن عناية الشخص المعتاد دون أن ينزل عن عناية الوكيل الشخصية فإنه يكون مسئولا تجاه الوكيل لأنه مأجور، ولكن الوكيل لا يكون مسئولا تجاه الموكل لأن العناية التى بذلت هى العناية الواجبة على الوكيل⁽³⁾.

(1) أكثم الخولى ص 229 - محمد على عرفه ص 384.

(2) أكثم الخولى ص 229 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 628 وما بعدها _ أكثم الخولى ص 230.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ويجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة إلا إذا اشترط الموكل منعه من ذلك، وهذا بخلاف التقنين الحالي (م636/520) حيث يشترط في جواز الإنابة الترخيص الصريح فإذا أناب عنه غيره، كان النائب مسئولاً عن جميع الالتزامات التي تقع على الوكيل، لا قبل الوكيل وحده، بل قبله وقبل الموكل..... إلخ" (1).

وبالترتيب على ما تقدم، فإن الوكيل يصبح مسئولاً بالتضامن مع نائبه في مواجهة الموكل عن سائر الأضرار التي نجمت بسبب النيابة بصدها. وبعبارة أخرى عن تلك الأضرار التي ما كانت لتقع لو أن الوكيل باشر التنفيذ بنفسه (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل، فإذا أناب عنه غيره في تنفيذها دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، كما أنه ملزم بأن يقدم للموكل حساباً مفصلاً شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومتضمناً المصاريف التي صرفها والمبالغ التي قبضها على ذمة الموكل وكل ما للموكل وما عليه، والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول هو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل".

(طعن رقم 251 لسنة 35 ق جلسة 1969/5/29)

2- "تنص المادة 1/708 من القانون المدني على أنه "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية، مما مفاده أن الوكيل لا يسأل عن عمل نائبه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 214.

(2) محمد على عرفه ص 384.

طبقاً لهذه الفقرة إلا إذا كان قد أنابه في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك من الموكل".

(طعن رقم 150 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/3)

3- "إذ كان البنك الطاعن يقر بأن العلاقة بينه وبين البنك المركزي يحكمها التفويض الصادر من الأخير في القيام نيابة عنه بصرف الشيكات الحكومية في الأقاليم فإن الأمر ينطوي على وكالة صادرة له في تنفيذ عقد الحساب الجاري القائم بين الجهات الحكومية والبنك المركزي دون أن يكون مرخصاً للأخير في إجراء هذه الوكالة. ولما كانت المادة 708 من القانون المدني تنص في فقرتها الأولى على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية كما يجوز طبقاً للفقرة الثالثة من ذات المادة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر، لما كان ذلك وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن وفاء البنك بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور على عميله وفاء غير صحيح وغير مبرئ لزمة البنك فإن وفاء البنك بقيمة الشيك المزور لا يبئ ذمته قبل العميل بحيث تقع تبعة الوفاء وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى قيام خطأ في جانب البنك الطاعن في تنفيذ عقد الوكالة حين قام بصرف الشيكات المزورة دون أن يتأكد من صحة توقيع العميل بما يحقق مسئوليته العقدية تجاه الموكل فإنه يكون لدائن الأخير الرجوع عليه بموجب الدعوى المباشرة ولا يسقط حقه في الرجوع عليه إلا بالتقادم العادي المنصوص عليه في المادة 374 من القانون المدني ذلك أن التزام البنك الطاعن في هذه الحالة أساسه المسئولية العقدية، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلى هذه النتيجة الصحيحة في القانون

فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتفسيره يكون على غير أساس⁽¹⁾.

(طعن رقم 430 لسنة 49 ق جلسة 1984/6/11)

95- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره دون أن يعين شخص

النائب:

إذا رخص الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يعين شخص النائب سواء كان هذا الترخيص صريحا أو ضمنيا، كتوكيل غير المحامى فى رفع دعوى فإنه ينطوى على ترخيص ضمنى له فى توكيل محام، وكذلك توكيل غير السمسار فى شراء أوراق مالية من البورصة فإنه يتضمن ترخيصا فى إنابة أحد السماسرة.

والمحكمة تستخلص التصريح الضمنى الصادر من الموكل من أوراق الدعوى ومستنداتها⁽²⁾.

(1) وقد قضت بأن: "إذا كان الثابت أن الطاعنة طلبت الحكم بإلزام المطعون عليهما متضامنين بأن يؤدبا لها المبالغ التى قاما بتحصيلها لحسابها على أساس أن المطعون عليه الأول وكيل عنها وأنه أناب عنه المطعون عليه الثانى فى تنفيذ الوكالة دون أن ترخص لها الطاعنة فى ذلك مما يجعلهما متضامنين فى المسئولية تطبيقا لحكم المادة 1/708 من القانون المدنى، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن المطعون عليه الثانى لم يكن نائبا عن المطعون عليه الأول بل كان وكىلا آخر عن الطاعنة، فإن ذلك لا يمنع محكمة الموضوع من أن تقضى على المطعون عليه الثانى بالمبالغ التى ثبت أنه حصلها لحساب الطاعنة وبقيت فى ذمته على أساس أنه وكيل عن الطاعنة، ولا يعتبر ذلك منها تغييرا لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها".

(طعن رقم 150 لسنة 42 ق جلسة 1977/5/3)

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مستندات الدعوى أن الطاعن لم يكن موظفا بالوقف بل كان وكىلا عن وكىلى ناظر الوقف وبنى قضاءه فى ذلك على أن =

= الطاعن قد عين ليقوم بما كان وكىلا الوقف مكلفين به تنفيذا لوكالتهما عن الناظر الذى

وفى حالة الترخيص بالإنابة على هذا النحو، فإن الوكيل لا يسأل إلا عن خطئه الشخصى فى اختيار النائب، كما إذا أناب شخصا غير كفاء أو مشهورا بالإهمال أو معسرا لأنه بذلك يكون قد عرض بخطئه مصالح الموكل للضياع فيسأل عن هذا الخطأ.

غير أنه يلاحظ أن بعض الأعمال قد لا تسمح طبيعتها باختيار شخص ملى، وتكون الإنابة فى مثل هذه الحالات محصورة فى فئة يفترض فيها عدم اليسار، ومن ثم فإنه لا مسئولية على الوكيل فى مثل هذه الأحوال، إذا كان النائب معسرا⁽¹⁾.

ويدخل فى التزام الوكيل مراقبته للنائب منذ إنابته حتى انتهاء النيابة، فإذا اختار الوكيل شخصا موسرا كامل الأهلية، مشهودا له بالكفاءة ثم طرأ بعد التعيين ما سبب إفساره أو فقد أهليته، فإن الوكيل يسأل عما ينشأ نتيجة لذلك من ضرر⁽²⁾.

وكذلك يسأل الوكيل عما يكون قد وجهه لنائبه من تعليمات خاطئة أو تعليمات ناقصة أولم يصدر له تعليمات حيث كان ينبغى أن يصدرها. ولما كانت مسئولية الوكيل عن أعمال نائبه قبل الموكل هى مسئولية شخصية، لأنها تقوم عن خطئه الشخصى فى الاختيار والتوجيه، فلا يكون هناك تضامن بين الوكيل والنائب فى مسئولية الوكيل قبل الموكل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

أجاز لهما إنابة الغير فى تنفيذ الوكالة مع تحملهما أجره دون مسائلة الوقف عن ذلك، فإن هذا الاستخلاص سائغ يودى إلى النتيجة التى انتهى إليها".

(طعن رقم 443 لسنة 26 ق جلسة 1961/5/11)

(1) محمد على عرفه ص 387 هامش (2).

(2) السنهورى ص 630 - محمد على عرفه ص 387 - أكثم الخولى ص 231 - وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص 551 فيعتد بأهلية النائب وقت الإنابة.

"... وفى الحالة الثانية، إذا رخص الموكل للوكيل أن يقيم عنه نائبا، فإن لم يعين له شخص النائب، فإن الوكيل يكون مسئولا عن خطئه فى اختيار نائبه أو خطئه فيما أصدر له من التعليمات. فإن كان لم يقصر فى حسن اختيار النائب ولم يرتكب خطأ فى التعليمات التى أصدرها له، فلا يكون مسئولا عن خطئه، ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة"⁽¹⁾.

96- حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره مع تعيين شخص

النائب:

إذا كان الموكل رخص للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة، وعين شخص النائب- وهى حالة لم يتعرض فيها النص لمسئولية الوكيل- فالمفهوم أن مسئولية الوكيل تنتقى، لأنه لم يكن فى ندبه النائب إلا منفذا لأوامر الموكل. فإن كان هذا الأخير قد أساء اختيار النائب فعرض بذلك مصالحه للضياع، فعليه وحده تقع تبعة سوء الاختيار ولا يكون له بذلك سبيل على الوكيل.

غير أنه حتى فى هذه الحالة يظل الوكيل ملتزما بمراقبة النائب، لأنه بتفويض الأمر إليه لا يتحلل كلية من التزامه بتنفيذ الوكالة. وهذا الالتزام بالتنفيذ يقتضى فى حالة الركون إلى النائب مراقبة الوكيل إياه. فإذا أثبت الموكل أن الضرر الذى لحقه نجم من عدم تزويد النائب بالتعليمات الضرورية، أو عن انصراف الوكيل أصلا عن مراقبة النائب، أصبح الوكيل مسئولا قبل الموكل⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"أما إذا عين الموكل للوكيل شخص النائب، فلا يكون الوكيل مسئولا إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات".

97- حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعا من إنابة غيره:

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 214.

(2) محمد على عرفه ص 388 - السنهورى ص 631 هامش (2).

قد يكون الموكل قد اتفق مع الوكيل على منعه من إنابة غيره، سواء كان هذا المنع صريحا أو ضمنيا - وهى حالة لم يتعرض لها النص أيضا- ولكن يستفاد من المادة أنه لا يجوز للوكيل أن ينقل إلى غيره سلطة العمل لحساب الموكل، فإذا أناب غيره لم تكن للأخير صفة فى التعاقد، ولا ينفذ تصرفه فى حق الموكل، إلا إذا أقر تصرفه.

98- العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل :

تنص الفقرة الثالثة من المادة 708 مدنى على أنه: "يجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".
والحالتان المشار إليهما، هما الحالة التى لا يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة، والحالة التى يرخص فيها الموكل للوكيل بإنابة غيره فى تنفيذ الوكالة دون تعيين شخص النائب وقد خول النص للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الوكيل يطالبه فيها بجميع التزاماته الناشئة من عقد الوكالة، كما خول نائب الوكيل الرجوع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بالتزاماته نحو الوكيل الأصلية الناشئة عن عقد الوكالة المبرم بين الموكل والوكيل.
ومن مقتضى ذلك أنه يجوز للموكل أن يرجع على النائب بالتضامن مع الوكيل بدعوى مباشرة.

ويلحق بالحالتين السابقتين حالة ما إذا أناب الوكيل الغير وأقر الموكل الإنابة بعد أن كان قد منعها⁽¹⁾.

وهذه الدعوى المباشرة استثناء قصد به المشرع حماية الموكل من منافسة دائنى الوكيل المعسر فى اقتسام المبالغ التى يكون النائب قد قبضها لحساب الموكل. لأنه لولا الاعتراف بهذه الدعوى المباشرة لما كان للموكل أن يرجع على النائب إلا بالدعوى غير المباشرة، فيصبح المحكوم به حقا للوكيل يتقاسمه دائنوه

(1) السنهورى ص 625.

قسمة غراماً. أما وقد أصبح للموكل أن يرجع على النائب مباشرة فإن المبالغ التي قبضت لحسابه لا تمر بذمة الوكيل أصلاً فيختص بها الوكيل⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة. أما إن عين الموكل للوكيل شخص النائب، فلا يكون الوكيل مسئولاً إلا عن خطئه فيما أصدر له من تعليمات"⁽²⁾.

(1) ويرى البعض أن نص المادة 3/708 لا يتضمن حالة من حالات الدعوى المباشرة بالمعنى الدقيق لهذا التعبير وأن الصحيح هو أن هناك رابطة مباشرة أصيلة بين الموكل ونائب الوكيل لا مجرد دعوى مباشرة. لا شأن لهذه الرابطة المباشرة بفكرة الدعوى المباشرة بل هي نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر. لا يعنى هذا الجواز إلا أن النائب يصير بدوره وكيلاً عن الموكل لأنه إذا كان النائب يتمتع بسلطة العمل لحساب الموكل بحيث تترتب آثار تصرفاته في ذمة الموكل مباشرة فمن الطبيعي أن تربطه بالموكل رابطة مباشرة فتكون له في مواجهة الموكل حقوق الوكيل وعليه التزاماته. فللنائب حقوق الوكيل ولذلك يستطيع أن يرجع على الموكل مباشرة مطالباً إياه بنفقات تنفيذ الوكالة أو بتعويض الضرر الذى أصابه من تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً إلى غير ذلك من حقوق الوكيل. وعلى النائب التزامات الوكيل فيستطيع الموكل أن يطالبه مباشرة برد المبالغ التى قبضها لحسابه ويتقديم الحساب وبالتعويض عن أخطائه فى تنفيذ الوكالة التى لا يسأل عنها الوكيل الأسمى. ولا النائب أمام الموكل باعتماد الوكيل للحساب المقدم منه ولا يستطيع النائب أن يدفع فى مواجهة الموكل بالدفع التى تكون له قبل الوكيل (أكثر الخولى ص 232 وما بعدها).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 214.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد المادتين 708، 710 من القانون المدنى مرتبطين أنه يجوز لنائب الوكيل أن يرجع بدعوى مباشرة على الموكل يطالبه فيها بما التزم به نحو الوكيل الأصى. ذلك سواء أكان الموكل قدر رخص للوكيل الأصى بتوكيل غيره فى تنفيذ الوكالة أو لم يرخص له بذلك ويكون رجوع نائب الوكيل على الموكل شأنه فى ذلك شأن ما يرجع به الوكيل الأصى على الموكل- من المطالبة بالمصروفات الضرورية المشروعة التى أنفقها من ماله الخاص والتى استلزمها تنفيذ الوكالة".

(طعن رقم 388 لسنة 34 ق جلسة 1968/1/19)



مادة (709)

- 1- الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل.
- 2- فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة.

الشرح

99- الأصل أن الوكالة بدون أجر:

تنص الفقرة الأولى من المادة 709 مدنى فى فقرتها الأولى على أن الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل"- وواضح من هذا النص أن الأصل فى الوكالة أنها غير مأجورة، فلا يتقاضى الوكيل أجرا عن عمله. ولعل ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تعزى إلى القانون الرومانى، إذ كانت بعض المهن الحرة وبخاصة مهنة المحامى والطبيب من المكانة الرفيعة فى نظر الرومان بحيث تتعالى عن الأجر. غير أن الأمر تطور إلى عكس ذلك مع تغير الظروف الاقتصادية واعتماد أصحاب المهن والحرف على ما يحصلون عليه من أجر من وكالتهم عن الغير، فأصبح الأصل فى التطبيق العملى أن الوكالة بأجر.

100- الوكالة المأجورة:

يبين من نص الفقرة الأولى من المادة 709 مدنى أنه يجوز للموكل والوكيل الاتفاق على أن تكون الوكالة بأجر، يتقاضاه الوكيل عن عمله. وقد يكون الاتفاق صريحا. كما يجوز أن يكون الاتفاق ضمنيا، وقد أشارت إلى ذلك الفقرة الأولى من المادة بقولها: "أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل".

فيجوز أن يستخلص الاتفاق الضمني على أجر الوكيل، من حالة الوكيل، كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته، كالمحامى والسمسار وأمين التفليسة وغيرهم⁽¹⁾.

كما قد يستفاد الاتفاق على الأجر الضمني من الظروف فتكون الوكالة مأجورة دائما إذا كان موضوعها عملا تجاريا، لأن اشتراط المقابل من مستلزمات التجارة⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والأصل أن تكون الوكالة بغير أجر، إلا إذا اتفق صراحة على الأجر أو استخلص هذا الاتفاق من حالة الوكيل كأن تكون الأعمال التي يقوم بها هي من أعمال حرفته، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى..... إلخ"⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الأصل فى الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل. فإذا استندت المحكمة فى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون. ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده فإن دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين، وهى ليست حالية".

(طعان رقما 124 لسنة 13 ق، 19 لسنة 14 ق جلسة 14/6/1945)

2- "إذ تقضى المادة 1/709 من القانون المدنى بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإن اشتغال

(1) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى القضية رقم 23 لسنة 24 قضائية "دستورية" بجلسة 1994/2/12.

(2) محمد على عرفه ص 395.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 222.

المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التي وكل فيها لحساب الطاعن يكفي في ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هي مهنته التي يحترفها ويتكسب منها".

(طعن رقم 219 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/15)

3- "السمسار هو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وكيل يكلفه أحد العاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه".

(طعن رقم 539 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/7)

ويترك لقاضى الموضوع تقدير ما إذا كانت الوكالة تبرعية أو مأجورة، مستعينا فى ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"تحديد ما إذا كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل الواقع التي ثبت فيها محكمة الموضوع بما لها من سلطة فى التعرف على حقيقة ما أراده المتعاقدان مستعينة فى ذلك بعبارات التوكيل وظروف الدعوى وملابساتها دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما كان استخلاصها سائغا ومستمدا من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت فى الأوراق".

(طعن رقم 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31)

والغالب أن يكون أجر الوكيل نقودا، ولكن لا يوجد ما يحول دون أن يكون الأجر عينيا، كأن يكون حصته من العين التي يشتريها الوكيل بمقتضى الوكالة. غير أنه يستثنى من ذلك أتعاب المحامى عملا بالمادة 4/82 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983.

101- شروط استحقاق الوكيل الأجر:

إذا اتفق الطرفان على شروط استحقاق الوكيل الأجر طبق اتفاقهما، كأن يتفقا على ألا يستحق الوكيل الأجر إلا إذا حقق النتيجة المقصودة من الوكالة، فيكون التزام الوكيل عندئذ التزاما بتحقيق غاية، ويحدث ذلك عادة في توكيل السماسرة والوسطاء والطوافين والممثلين التجاريين ومندوبى التأمين، كما يحدث مع المحامى فيتفق معه على عدم استحقاق الأتعاب كلها أو المؤخر منها إلا إذا كسب الدعوى⁽¹⁾.

إما إذا لم يوجد اتفاق فإن الوكيل يستحق أجره ولو لم ينجح فى مهمته، لأن التزامه يكون التزاما ببذل عناية، فيتقاضى أجره عن الجهد الذى بذله. ولا يستحق الوكيل أجره إلا إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذا كاملا. فإذا لم يتم بالتنفيذ أصلا سقط حقه فى المطالبة بأجره، ولو كان عدم التنفيذ متسببا عن قوة قاهرة أو حادث فجائى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "لا يستحق السمسار أجره إلا عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة فعلا على يديه، ولا يكفى لاستحقاق هذا الأجر مجرد إفادته كل من الطرفين بقبول الآخر. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الصفقة لم تتم بين المطعون عليه والبائع فى الفترة التى حددها المطعون عليه فى تفويضه بالشراء للطاعنين (السمسار) ورتب الحكم على ذلك عدم استحقاقهما للأجر المتفق عليه، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(ب) - "عدم استحقاق السمسار لأجره إذا لم تتم الصفقة على يديه. لا يحول دون حقه فى الرجوع بالتعويض على من وسطه إذا تسبب بخطئه فى عدم إبرام الصفقة".

(طعن رقم 21 لسنة 32 ق جلسة 1967/11/14)

غير أنه يجوز للوكيل أن يطالب ببعض أجره إذا كان قد نفذ الوكالة تنفيذا

(1) السنهورى ص 667 وما بعدها.

جزئياً، ثم حال بينه وبين عدم إتمام تنفيذها قوة قاهرة أو حادث فجائى. ويترك تقدير المستحق له لقاضى الموضوع.

كما يكون للوكيل أن يطالب بأجره كاملاً إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل الموكل، إذ لا يسوغ أن يتسبب الموكل بخطئه فى حرمان الوكيل من الفائدة التى كان يربوها من تنفيذ الوكالة. بل إن الموكل يصبح مسئولاً عن تعويض الوكيل فى هذه الحالة عما فاتته من الكسب، وهو ما يتحقق بالحكم لصالحه بتقاضى الأتعاب المقررة له بمقتضى العقد⁽¹⁾.

غير أنه إذا استحق الأجر للوكيل بتمام تنفيذ عمله، فلا ينال من ذلك إبطال العقد الذى أبرمه أو فسخه فيما بعد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"السمسار هو وكيل يكلفه أحد المتعاقدين التوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمنى يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه. وليس يمنع هذا الأجر الذى استحقه بتمام العقد أن يفسخ العقد فيما بعد".

(طعن رقم 4 لسنة 15 ق جلسة 1946/12/27)

102- حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر:

إذا اتفق الطرفان صراحة على أن الوكالة تكون بأجر ولكنهما لم يتفقا على مقدار الأجر، أو كان الاتفاق على الأجر ضمناً مستخلصاً من مهنة الوكيل أو من ظروف أخرى. ثم ثار خلاف بين الطرفين على مقدار الأجر، فإن القاضى يتولى تقديره⁽²⁾. ويدخل القاضى فى اعتباره عند تقدير الأجر أهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما جرى به العرف.

(1) محمد على عرفه ص 398.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 222.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"السماز وكيل فى عقد الصفقات، وطبقا للقواعد المتبعة فى عقد الوكالة، يتولى قاضى الموضوع تقدير أجر الوكيل فى حالة عدم الاتفاق مستعينا فى ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد يبذله الوكيل وبما جرى عليه العرف فى هذه الحالة. ولما كان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة 2.5 % من قيمة الصفقة وأبانت فى حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التى تمت ببيع الفيلا إلى السفارة السوفيتية، كما أنه يتفق مع العرف فى هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون".

(ظعن رقم 539 لسنة 39 ق جلسة 1975/1/7)⁽¹⁾

103 - تعديل القاضى للأجر:

تنص الفقرة الثانية من المادة 709 مدنى فى صدرها على أن: "إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى".
فلئن كان الأصل المقرر فى المادة 147 مدنى أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث إذا اتفق المتعاقدان على أجر معين لمن يقوم بالخدمة سواء كان مقاولا أو

(1) كما قضت محكمة النقض بأن:

"إنه وإن جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها المحامى قبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه، فإن محكمة النقض لا تستطيع، بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها فى تقويم المعوج من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة فى تطبيقه أو فى تأويله، أن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون، فتمد اختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرفه بين المحامى الذى حضر أمامها وموكله فتضطلع بها فحصا وتحقيقا على ما تسيّر محكمة الموضوع المختصة، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها".

(ظعن رقم 67 لسنة 2 ق جلسة 1934/6/14)

محاسبا أو عاملا، فإنه لا يجوز تعديل هذا الأجر بالزيادة أو النقصان، إلا أن النص المذكور أتى استثناء من هذه القواعد العامة، وأجاز للقاضي إذا اتفق بين الموكل والوكيل قبل تنفيذ الوكالة على أجر للوكيل أن يعدل هذا الأجر، إذ نصت على أن يكون الأجر خاضعا لتقديره"، وإذ وردت عبارة النص مطلقة فإنه يكون للقاضي زيادة الأجر أو تخفيضه وقد جاء بمذكرة المشرع التمهيدى أنه: "أما فى الحالة الأولى، إذا كان هناك اتفاق صريح على الأجر، فإن هذا الاتفاق يخضع لتقدير القاضي، يخفض الأجر أو يزيده تبعا لما يتبينه من الظروف، إذ أن الطرفين قد يخطئان فى تقدير قيمة العمل قبل تنفيذه للقاضي أن يصلح هذا الخطأ. وهذا الخطأ، وإن كان مخالفا للقواعد العامة فى العقود، هو من الأحكام التقليدية فى الوكالة نقله التقنين المصرى الحالى من القضاء الفرنسى ونقله المشروع من التقنين الحالى"⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن المادة 514 من القانون المدنى⁽²⁾ قد أتت بنص مطلق من أى قيد شامل بحكم عمومته لطرفى الاتفاق كليهما ولكل تعديل فى الأجر المتفق عليه سواء بالحط منه أو برفعه. فهى تحمى الموكل من الأجر الباهظ كما تحمى الوكيل من الأجر الواكس وليس يحد من عموم هذه المادة ما جاء بالمادة 44 من قانون المحاماة رقم 98 لسنة 1944 التى لا تجعل مجلس النقابة مختصا بتقدير الأتعاب إلا فى حالة عدم الاتفاق عليها، فإن محل تطبيق المادة 44 هذه أن تكون الأتعاب غير متفق عليها، أما المادة 514 فمحلها الاتفاق على الأتعاب. ومتى كان مجال تطبيق كل من المادتين مختلفا فلا يستقيم القول بأن أولاهما تخصص من عموم الثانية".

(طعن رقم 52 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/22)

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 222.

(2) تقابلها فى القانون الجديد الفقرة الثانية من المادة 709.

2- "نص الفقرة الثانية من المادة 709 من القانون المدني هو نص مطلق شامل لكل تعديل في أجر الوكالة المتفق عليه سواء بالحط منه أو برفعه، وإذ كان تقدير هذا الأجر مما يستقل به قاضى الموضوع، وكانت محكمة الاستئناف عند تعديلها تقدير محكمة أول درجة للأجر الذى يستحقه الطاعن قد أقامت قضاءها فى ذلك على اعتبارات سائغة، فإن إغفالها الإشارة إلى الأدلة والحجج التى ساقها الطاعن فى هذا الخصوص والتى لا يترتب عليها تغير وجه الرأى فى التقدير لا يعتبر قصورا مبطلا للحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 112 لسنة 35 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/25)

3- "نص المادة 44 من قانون المحاماة رقم 46 لسنة 1957 المنطبق على واقعة الدعوى، مفاده أن أتعاب المحامى المتفق عليها والتى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 907 من القانون المدني، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى رفض طلب الطاعنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت فى الموكل (الطاعنة) تأثيرا حمله على أداء مقابل يزيد كثيرا عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقا لما يستصوبه مراعىا الأعمال التى قام بها الوكيل (مورث المطعون ضدهم) والجهد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبيقه حكم المادة 120 من القانون 61 لسنة 1968 خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 540 لسنة 42 ق جلسة 1975/12/31)

4- "أتعاب المحاماة المتفق عليها أو التى تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 709 من القانون المدني".

(طعن رقم 1507 لسنة 52 ق جلسة 1989/2/5)

5- "إن أتعاب المحاماة المتفق عليها أو التي تدفع طوعا قبل تنفيذ الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد أجر وكيل يخضع لتقدير قاضى الموضوع طبقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 709 من القانون المدنى".

(طعن رقم 971 لسنة 57 ق جلسة 1992/5/28)

وقد حددت محكمة النقض حالات استعمال القاضى السلطة التقديرية المخولة له فى زيادة الأجر أو تخفيضه كالاتى:

1- أن تكون هناك ظروف قد أثرت فى الموكل تأثيرا حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيرا عما يقنضيه الحال⁽¹⁾.

2- أن تكون هناك ظروف أثرت فى الوكيل فجعلته يقبل اجرا بخسا لا يتناسب مع العمل الذى أسند إليه.

3- أن يكون الطرفان قد أخطئا فى تقدير العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه. وقد أوجبت على القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو النقص أن يعرض فى حكمه للظروف والمؤثرات التى أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ فى الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان إطراره لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا.

إذ ذهب محكمة النقض بتاريخ 1970/2/26 فى الطعن رقم 489 لسنة 35

ق إلى أن:

"وإنه وإن كان لقاضى الموضوع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 709 من القانون المدنى الحق فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه سواء بتخفيضه أو بالزيادة عليه إلى الحد الذى يجعله مناسبا، إلا أنه لما كان هذا الحق هو استثناء من

(1) فى هذه الحالة يداخل إرادة المتعاقدين مزيج من خطأ يقارب الغلط واضطرار يقارب الإكراه (السنهورى ص 674 هامش 1) فالموكل قد يكون أحيانا كثير الشغف بالأمر الذى يريد الوصول إليه بواسطة الوكيل، أو يكون مضطرب البال خائفا من عدم إمكانه الوصول إلى مبتغاه إلا بسعى شخص معين يثق بمقدرته (مصر استئناف 1900/1/21).

القاعدة العامة التي تقضى بأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فإنه يشترط لاستعماله أن تكون هناك ظروف قد أثرت في الموكل تأثيراً حمله على التعهد للوكيل بمقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الحال أو أثرت في الوكيل فجعلته يقبل أجراً بخساً لا يتناسب مع العمل الذي أسند إليه أو كان الطرفان قد أخطئا في تقدير قيمة العمل موضوع الوكالة قبل تنفيذه، بحيث إذا انتفت هذه الاعتبارات تعين احترام إرادة المتعاقدين واتباع القاعدة العامة التي تقضى بأن ما اتفق عليه الخصوم يكون ملزماً لهم، وهو ما يوجب على القاضى إذا ما رأى تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو النقص أن يعرض في حكمه للظروف والمؤثرات التي أحاطت بالتعاقد وأدت إلى الخطأ في الاتفاق على مقابل غير مناسب حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان إطراره لإرادة المتعاقدين يستند إلى اعتبارات مقبولة أم لا، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خفض مقدار أجر الوكالة دون أن يبين وجه الخطأ في مقدار الأتعاب المتفق عليها فإنه يكون مشوباً بالقصور ويستوجب نقضه".

وإذا كانت الوكالة لمحامي فإن القاضى يلتزم عادة جانب الحيطة في زيادة الأتعاب، فلا يزيدها إلا إذا ثبت أن الدعوى اقتضت من المحامي لظروف استثنائية بذل جهود لم يكن يتوقعها. كأن تشعبت الدعوى واتسع نطاقها وأبديت فيها دفع لم تكن منتظرة، ولم يكن المحامي ليقبل المقدار المتفق عليه لو أنه كان يعلم ذلك ويلاحظ أن المحامي أقدر من الموكل على تقدير الجهد الواجب بذله⁽¹⁾.

والأحكام المتقدمة لا تسرى إلا على أجر الوكيل الذى يتفق عليه قبل تنفيذ الوكالة أو أثناء تنفيذها، أما الأجر الذى يتفق عليه بعد تنفيذ الوكالة فسنعرض له فى البند التالى.

وإذا كان الوكيل قد تقاضى أتعابه مقدماً، أو فى خلال التنفيذ، فإنه يجوز للموكل، الذى يطالب بتخفيض الأتعاب، أن يسترد الفرق بين ما يستحقه الوكيل

من الأتعاب بحسب تقدير القاضى، وبين ما قبضه فعلا تنفيذاً لشرط العقد. لكن لا تسرى فوائد المبالغ التى يكون للموكل الحق فى استردادها إلا من تاريخ المطالبة القضائية تطبيقاً للقواعد العامة. ولا يجوز التحدى بنص المادة 706 للقول بسرمان الفوائد فى هذه الصورة من تاريخ الإعدار، لأن هذا النص لا ينطبق إلا على المبالغ التى قبضها الوكيل بصدد تنفيذ الوكالة، وليست الأتعاب من قبيل هذه المبالغ⁽¹⁾.

ولا يجوز الاتفاق قبل تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل أن ينزل كل من الطرفين عن حقه فى تعديل الأجرة، ولكن يجوز ذلك بعد تنفيذ الوكالة وتبين أهمية العمل الذى قام به الوكيل.

104- عدم جواز تعديل الأجر المدفوع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة :

بعد أن نصت المادة 709 فى فقرتها الثانية على أنه "إذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى أردفت "إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة".

ومفاد هذا النص أن الموكل إذا دفع أجر الوكيل طوعاً بعد تنفيذ الوكالة فلا يجوز للقاضى أن يعدل هذا الأجر بالزيادة أو النقصان. ذلك أنه بعد تنفيذ الوكالة يكون الموكل قد تبين قيمة العمل الذى أداه الوكيل ورأى أن ما دفعه هو الأجر المناسب لهذا العمل، كما يعتبر قبض الوكيل لهذا الأجر إقراراً منه بأنه الأجر المناسب للعمل الذى قام به. وحتى لو فرض أن مقدار الأجر يزيد على قيمة العمل أو ينقص، فإن الموكل بدفعه طوعاً كل مقدار الأجر بعد أن تبين قيمة العمل يكون متبرعاً بالزيادة فى الأجر، وكذلك الوكيل بعد أن تبين مقدار جهده يكون متبرعاً بما ينقص منه، وليس فى هذا التبرع من الجانبين ما يخالف النظام

(1) محمد على عرفه ص 397 - السنهورى ص 976 هامش (1).

العام (1).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"ذلك لأن الطرفين قد تبينا بعد تنفيذ الوكالة أهمية العمل الذى قام به الوكيل، فإذا دفع الموكل الأجر المتفق عليه طوعا بعد ذلك وقبضه الوكيل، فهذا دليل على أنهما لم يريا ما يقتضى تعديل الأجر، فلا محل إذن لتحكيم القاضى" (2).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "ما دام الموكل- إذ قدر أجر وكيله بعد إتمام العمل- قد كان ملما بما أجراه الوكيل، وكان على بينة من الأمر عند إجراء هذا التقدير، فالتحدى بالمادة 514 من القانون المدنى لا يفيد إذ أن حكم هذه المادة لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل".

(طعن رقم 95 لسنة 4 ق جلسة 1935/4/25)

2- "إن حكم المادة 514 من القانون المدنى لا ينسحب إلا على الاتفاقات التى تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذى عهد به إليه".

(طعن رقم 81 لسنة 9 ق جلسة 1940/2/8)

ويمكن أن يقاس على ذلك:

1- الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة لاتحاد العلة بين هذه الحالة والحالة الواردة بالنص. وقد أخذت بذلك محكمة النقض إذ قضت بأن: "الاتفاق على أجر الوكيل بعد تنفيذ الوكالة يجعل الأجر غير خاضع لتقدير القاضى كما هو الشأن فى دفع الأجر طوعا بعد التنفيذ".

(طعن رقم 57 لسنة 37 ق جلسة 1972/2/17)

2- حالة دفع الموكل طوعا القدر المتفق عليه فى عقد الوكالة بعد تنفيذها

(1) السنهورى ص 678.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 222.

لاتحاد العلة.

3- حالة إقرار الوكيل بعد تنفيذ الوكالة بمديونيته للموكل بمبلغ معين أجرا له، ما دام لا يوجد غش أو إكراه من جانب الوكيل أو ظروف تحيط بالموكل تضطره إلى هذا الإقرار، لاتحاد العلة أيضا⁽¹⁾.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض إذ قضت بأن:

1- (أ) - "إن حكم المادة 514 من القانون المدني لا ينسحب إلا على الاتفاقات التي تحصل قبل أداء الوكيل العمل الذي عهد به إليه".
 (ب) - "إن كان إقرار الموكل بمديونيته للمحامى بمبلغ معين مقابل أتعابه فى الدعوى التى وكل فيها قد صدر بعد انتهاء العمل الذى قام به المحامى فى الدعوى المذكورة وبعد الحكم فيها لمصلحة الموكل، وكان المحامى قد حرر فى تاريخ الإقرار ورقة للموكل تعهد فيها بالمرافعة عنه فى قضية أخرى بلا أجر تقديرا منه لثقتة فيه ولوفائه له بتحرير الإقرار، فمن الخطأ فى التكليف أن تعتبر المحكمة الإقرار والتعهد اتفاقا واحدا يكمل أحدهما الآخر فإنهما فى الحقيقة مختلفان ولا علاقة بينهما قانونا، إذ أولهما إقرار بدين غير متنازع فيه واجب الأداء فى الحال، وثانيهما تبرع بالمرافعة بلا أجر، وبناء على ذلك فلا يجوز فى الصورة التحدى بحكم المادة 514 مدنى".

(طعن رقم 81 لسنة 9 ق جلسة 1940/2/8)

105 - فوائد الأجر:

(1) السنهورى ص 680 هامش (1) - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 396، أكثم الخولى ص 329 فيريان أنه لا يجوز فى هذه الصورة حرمان الموكل من حقه فى المطالبة بتخفيض الأجر المتفق عليه قبل التنفيذ ويعلل الدكتور عرفه ذلك بأن المشرع لا يجرمه من هذا الحق إلا إذا دفع الأجر طوعا بعد تنفيذ الوكالة. وقد يدفعه إلى هذا الإقرار عدم قدرته على الوفاء.

يتقاضى الوكيل فوائد عن الأجر المستحق له قبل الموكل من يوم المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 226 مدني، فلا يوجد نص خاص يحدد تاريخاً آخر لاستحقاق هذه الفوائد.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامي بالمبلغ الذي قدرته له مقابل الأعمال التي باشرها لصالح موكله قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد أسباباً تبرر هذا الرفض فإن حكمها يكون مشوباً بعيب القصور، ذلك أن الفوائد في صورة الدعوى إنما هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي كانت قائمة بين الطرفين وهي تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى عملاً بنص المادة 182 من القانون المدني المختلط الذي يحكم النزاع المقابلة للمادة 226 من القانون المدني الجديد".

(طعن رقم 218 سنة 22 ق جلسة 1955/6/16)

2- "الفوائد هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي ثبت قيامها بين الطرفين والتي تستحق من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بنص المادة 226 من القانون المدني التي تقرر حكمها عاماً لاستحقاق فوائد التأخير عن الوفاء بالالتزام إذا كان محله مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، وإذ رفض الحكم القضاء بهذه الفوائد دون أن يبين سبب الرفض ولم يفصح عما إذا كان ما قدره من أجر قد روعي فيه تعويض الطاعن عن التأخير في الوفاء بالأجر المحكوم له به أم لا فإنه يكون قاصر التسيب بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص".

(طعن رقم 112 لسنة 35 ق جلسة 1969/12/25)

أتعاب المحامي

لا شبهة في أن عمل المحامي يكون مقابل أجر. وهو ما يطلق عليه في قانون المحاماة "أتعاب" إذا اتفق صراحة على أتعاب تؤدي إليه مقابل العمل الذي يقوم به.

أما إذا لم يتفق صراحة بين الموكل والمحامي على أتعاب نظير عمله، فقد رأينا أن المادة 709 مدني نصت في فقرتها الأولى على أن الأجر "يستخلص ضمنا من حالة الوكيل" ولما كان المحامي يتخذ من مهنته مصدرا لعيشه، فإن وكالة المحامي تكون في الأصل مقابل أجر، ولو لم يتفق صراحة على أجر له.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 82 المشار إليها تقرر أمرين: أولهما حق المحامي في الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التي قام بها: وثانيهما الحق في أن ترد إليه المصروفات التي يكون قد أنفقها في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها. وكلا الأمرين لا خلاف عليه في النزاع الراهن، ذلك أن الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي ممثلا فيها لموكله، تعتبر من أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها، كأصل عام. وقد يقوم المحامي إلى جانبها ببعض الأعمال المادية، ويظل كذلك- حتى في هذه الحالة- خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر الأغلب في هذين النوعين من الأعمال، متصلا بالأعمال القانونية. والأصل المقرر في الوكالة أنها تبرعية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كل من الموكل والوكيل سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا. وتكون الوكالة مأجورة ضمنيا إذا كان الوكيل ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها، وكان العمل الموكل فيه يدخل في إطار أعمال هذه المهنة. ويدل الواقع على أن الوكالة المأجورة هي الأكثر وقوعا في العمل، وأن الوكيل لا يقوم بأعمال الوكالة تفضلا أو مجاملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بها، وهو يؤثر على ما بذل من جهد في تنفيذ أعمال الوكالة ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتها، باعتبار أن التزامه الناشئ عن عقد الوكالة لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق

غاية. وسواء قام الطرفان بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفلا تحديده، فإن تقديره في النهاية مرده إلى القاضي عند الخلاف على مقداره، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها".

(القضية رقم 23 لسنة 14 ق "دستورية" جلسة 1994/2/12)

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ تقضى المادة 709 / 1 من القانون بأن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإن اشتغال المطعون عليه بالمحاماة وقت قيامه بالأعمال التي وكل فيها لحساب الطاعن يكفى في ذاته لاعتبار وكالته عن الطاعن مأجورة وذلك على أساس أن هذه هي مهنته التي يحترفها ويتكسب منها".

(طعن رقم 219 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/115)

وتكون وكالة المحامى مأجورة ولو لم تكن متعلقة بدعوى مطروحة على جهات القضاء، كما لو كان محل الوكالة القيام بإنجاز عمل إدارى لمنفعة الموكل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المادة 86 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1968، إذ تنص على أنه لا يجوز لغير المحامين أن يمارسوا بصفة منتظمة الإفتاء أو إبداء المشورة القانونية أو القيام بأى عمل أو إجراء قانونى للغير، فقد دلت على حق المحامى فى القيام بأى عمل أو إجراء قانونى للغير سواء تعلق بدعوى مطروحة على جهات القضاء أو مباشرته بغية تحقيق منفعة قانونية لموكله، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون - إذ قضى لمورث المطعون عليها الأولى بأنتعاب حالة أن المهمة التي وكلت إليه كانت إدارية وليست متعلقة بدعوى - يكون فى غير محله"⁽¹⁾.

(1) ويسرى هذا القضاء فى ظل قانون المحاماة الحالى رقم 17 لسنة 1983 ولا يقدح فى ذلك

(طعن رقم 509 لسنة 48 ق جلسة 1981/5/19)

غير أن ذلك لا ينفى أن تكون وكالة المحامى عن موكله بلا أجر فى بعض الحالات، بشرط أن يثبت ذلك من ظروف الوكالة، ومثل ذلك أن تربط المحامى بموكله رابطة قرابة أو صداقة تعود معها ألا يأخذ اجرا على عمله من هذا القريب أو الصديق، أو أن تكون له مصلحة شخصية فى القيام بالوكالة ولو دون أجر كما لو رفع دعوى فى شأن مال شائع وهو أحد الملاك على الشيوخ فقد تدل الظروف فى هذه الحالة على أنه قبل التوكيل عن شركائه فى الشيوخ دون أجر⁽¹⁾.

كما أن هناك حالات يوجب فيها قانون المحاماة على المحامى الوكالة بغير أجر، وهو ما تعرض له فى البند التالى.

107- أتعاب المحامى فى الحالات التى يندب فيها للدفاع عن المتهم أو**المرافعة عن الخصم:**

هناك حالات يندب فيها المحامى للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم، وينظم القانون كيفية حصول المحامى فى هذه الحالات على أتعاب بالتفصيل الآتى:

1- تنص الفقرة الثانية من المادة 67 من الدستور على أن: "وكل متهم فى جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه" وقد أكدت ذلك المادة 2/214 من قانون الإجراءات الجنائية التى أوجبت أن يندب المحامى العام من تلقاء نفسه محاميا لكل متهم بجنائية صدر أمر بإحالته إلى محكمة الجنايات إذا لم يكن قد وكل

أن المادة الثالثة من القانون الأخير لم تورد عبارة أو القيام بأى عمل أو إجراء قانونى للغير الواردة فى المادة 86 من القانون رقم 61 لسنة 1968 الملغى لأن المادة الثالثة لم تورد أعمال المحاماة على سبيل الحصر وإنما ذكرت "ويعد من أعمال المحاماة"..... 1- إلخ".

(2) السنهورى ص 982 وما بعدها.

محاميا للدفاع عنه.

وتنص المادة 376 من القانون الأخير على أن للمحامى المنتدب من قبل قاضى التحقيق أو النيابة العامة أو رئيس محكمة الجنايات أن يطلب تقدير أتعاب له على الخزانة العامة إذا كان المتهم فقيرا. وتقدر المحكمة هذه الأتعاب فى حكمها فى الدعوى.

ويجوز للخزانة العامة متى زالت حالة فقر المتهم، أن تستصدر عليه أمر تقدير بأداء الأتعاب المذكورة.

2- تقوم مجالس النقابات الفرعية للمحامين بتشكيل مكاتب تابعة لها لتقديم المساعدات القضائية لغير القادرين من المواطنين فى دائرة اختصاص كل منها. وتشمل هذه المساعدات القضائية رفع الدعاوى والحضور فيها وفى تحقيقات النيابة العامة وإعطاء المشورة القانونية وصياغة العقود.

ويصدر مجلس النقابة العامة نظاما لمكاتب المساعدات القضائية يبين كيفية ترتيب المحامين بهذه المكاتب والمكافآت التى تدفع لهم وشروط انتفاع المواطنين بخدماتها. (م93من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983).

ويجب على المحامى تقديم المساعدات القضائية للمواطنين غير القادرين وغيرهم فى الحالات التى ينص عليها هذا القانون، وعليه أن يؤدى واجبه عن يندب للدفاع عنه بنفس العناية التى يبذلها إذا كان موكلا.

ولا يجوز للمحامى المنتدب للدفاع أن يتحى عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (مادة 64).

وعلى ذلك فإن نقابة المحامين هى التى تلتزم فى هذه الحالة بمنح المحامى المكافأة يحددها النظام الذى يصدره مجلس النقابة العامة.

3- إذا رفض عدة محامين قبول الوكالة فى دعوى من الدعاوى التى يتطلب القانون اتخاذ الإجراء القانونى فيها عن طريق مكتب محام، يندب مجلس النقابة

الفرعية بناء على طلب صاحب الشأن محاميا لاتخاذ الإجراء القانوني والحضور والمرافعة، ويحدد مجلس النقابة أتعابه بموافقة صاحب الشأن (م95).

4- يندب مجلس النقابة الفرعية للمحامين محاميا للحضور عن المواطن الذي يقرره إعفاؤه من الرسوم القضائية لإعساره.

ويقوم المحامى المنتدب بالدفاع عنه أمام القضاء بغير اقتضاء أى أتعاب منه (م 94).

ويذهب الفقه إلى أن للمحامى الرجوع على من ندب عنه بعد زوال حالة فقره بأتعابه والمصاريف التى أنفقها لأنه إذا كان الغرض من المساعدة القضائية للفقراء هو مساعدتهم فى الحصول على حقوقهم إلا أن هذا لا يمنع من الرجوع عليهم متى زالت حالة فقرهم⁽¹⁾.

اتفاق الموكل والمحامى على أتعاب المحامى :

108 – النصوص القانونية :

المادة (82) من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983:

"للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها. ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله وإن تفرع عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى حق المحامى أن يطالب بأتعابه عنها.

ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى.

ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير⁽²⁾.

(1) الدكتور محمد عبد الظاهر حسين المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل 1993 ص197.

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة 1994/2/12 فى القضية رقم 23 لسنة 14 قضائية

"دستورية" (المنشور بالجريدة الرسمية العدد 9 (تابع) في 3 مارس 1994. بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة من الاعتداد بملاءة الموكل أحد العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب محاميه وكذلك ما قرره من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن 5% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير. وننشر الحكم كاملاً فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت 12 فبراير سنة 1994 الموافق 1 رمضان سنة 1414 هـ.

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر **رئيس المحكمة**
 وحضور **السادة المستشارين:** الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين، ومحمد ولي الدين جلال وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض..... **أعضاء**
 وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما..... **المفوض**
 وحضور السيد / رأفت محمد عبد الواحد..... **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 23 لسنة 14 قضائية "دستورية".

المقامة من

- السيد / أمير لطفى المن دراوى.
- السيدة / تغريد فوزى سليمان.

=

ضد

- السيد/ رئيس الجمهورية.
- السيد/ رئيس الوزراء.
- السيد / وزير العدل.
- السيد / نقيب المحامين.
- السيد عبد الرحمن طه طه.

الإجراءات

بتاريخ 2 ديسمبر 1992 أودع المدعيان صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا طالبين الحكم بعدم دستورية المادة 82 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 مع ما يترتب على ذلك من آثار.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة بدفعها.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعين أقاما هذه الدعوى بصحيفة خلاصا في ختامها إلى طلب الحكم بعدم دستورية المادة 82 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، وقالوا شرحا لذلك أنها وكلا عنهما المدعى عليه الخامس محاميا لمباشرة بعض الدعاوى المتعلقة بهما، إلا أنه أخل بواجباته المهنية وعرضهما لأخطار فادحة. وإذ تقدما بشكوى ضده إلى النيابة العامة، فقد استصدر ضدهما من نقابة المحامين الفرعية بالقاهرة أمر تقدير لأتعابه بمبلغ خمسة وسبعين جنيه مستغلا في ذلك الأوراق التي تحت يده، وحضوره في القضايا التي كان يقيمه لصالحهما والتي لم تستكمل إجراءاتها بعد. وقد طعنا في هذا الأمر كما طعن هو فيه وذلك أمام محكمة استئناف القاهرة التي قررت ضم الاستئنافيين إلى بعضهما، وإذ دفع الحاضر عنهما بعدم دستورية المادة 82 من قانون المحاماة المشار إليه، =

= وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية دفاعهما وصرحت لهما بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقاما الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادة 82 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 تنص على ما يأتي:

- **فقرة أولى:** للمحامى الحق فى تقاضى أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة والحق فى استرداد ما أنفقه من مصروفات فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها.

- **فقرة ثانية:** ويتقاضى المحامى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله. وإذا تفرع عن

الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى، حق للمحامى أن يطالب بأتعابه عنها.
فقرة ثالثة: ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى، ويجب ألا تزيد الأتعاب على (عشرين فى المائة) وألا تقل عن (خمسة فى المائة) من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير.

- **فقرة رابعة:** وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها.

وحيث إن المدعين ينعين على المادة 82 المشار إليها مخالفتها للدستور بمقولة إن الدستور ضمن حق التقاضى للناس كافة فى المادة 68، ونص فى المادة 69- التى كفل بها حق الدفاع أصالة أو بالوكالة - على أن يوفر المشرع لغير القادرين ماليا وسائل اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم. غير أن النص التشريعى المطعون فيه أطلق لكل محام العنان فى اقتضاء أتعابه، محددًا عناصر تقديرها بغير حساب، ودون ما اعتداد بمقدم الأتعاب أو غيره من المبالغ التى يكون قد تقاضاها أثناء نظر الدعوى، وبغير ترصص بالقضايا التى يكون الموكل قد أقامها ضده للفصل فيما هو منسوب إليه من الجرائم التى ارتكبتها والمستوجبة لمسئوليته الجنائية والمدنية، هذا بالإضافة إلى أن نقابة المحامين متعاطفة دائما مع أعضائها مما يعد افتتاحًا على حقوق المواطنين مستوجبًا تقرير الضوابط اللازمة لأعمال النص التشريعى المطعون عليه.

ومن حيث إن المدعى عليه الخامس دفع بعدم قبول الدعوى الدستورية بمقولة عدم اتصالها بالمحكمة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها ارتكانا من جانبه إلى أن الدفع بعد الدستورية الذى أبداه المدعيان لا تجوز إثارته لأول مرة =
 = أمام المحكمة الاستئنافية، وكان يتعين - وباعتباره من الدفوع الإجرائية - أن يطرح أمام محكمة أول درجة ابتداء وقبل تعرضها لموضوع النزاع الذى تتولى الفصل فيه.

وحيث إن هذا الدفع مردود بما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن الشرعية الدستورية التى تقوم بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور. ذلك أن لهذه الشرعية- فى موقعها من البنيان القانونى فى الدولة - مقام الصدارة وإنفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتها- للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه. ولا يجوز بالتالى لأية محكمة أو

هيئة ذات اختصاص قضائي - إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته لدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغورها، ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقا لنص المادة 29 من قانونها لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها، متقصية أبعادها، محيطة بجوانبها متعمقة دخالها بالغة ببحثها منتهاه، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور ولا أن تتحيزها جانبا، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تتبوؤها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصوص تشريعية لازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها ولو داخلتها شبهة ترجع مخالفتها للدستور بخروجها على زواجره ونواهيته، وهو ما يناقض سيادة القانون - والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية راسية أسسها تتكامل عناصرها، وتتواصل حلقاتها دون انقطاع، وينقص من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية بوصفها أمينة عليها حافظة لها، غير مجاوزة لتخومها، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها أو يحدون عنها. متى كان ذلك وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة - ومن أجل الفصل في هذا الادعاء - ما بين القواعد القانونية من تدرج يفرض عند تعارضها إهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقواعد التي تلوهها، وكان من المقرر - وعلى ما سلف البيان أن القواعد الدستورية تحل من القواعد القانونية مكانا عليا لأنها تتوسد منها =

=

المقام الأسمى لقواعد أمره لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستور ذاته، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغيا في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيدا لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعد وأولاهها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها.

ومن حيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في

المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة في محكمة الموضوع.

وحيث إنه لا مصلحة للمدعيين في الطعن على الفقرة الأولى من المادة 82 من قانون المحاماة الصادرة بالقانون رقم 17 لسنة 1983، ولا على الفقرتين الثانية والرابعة منها، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 82 المشار إليها تقر أمرين: أولهما حق المحامي في الحصول على أتعاب عن أعمال المحاماة التي قام بها: وثانيهما الحق في أن ترد إليه المصروفات التي يكون قد أنفقها في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها. وكلا الأمرين لا خلاف عليه في النزاع الراهن، ذلك أن الأعمال القانونية التي يقوم بها المحامي ممثلا فيها لموكله، تعتبر من أعمال الوكالة وتسرى عليها أحكامها، كأصل عام. وقد يقوم المحامي إلى جانبها ببعض الأعمال المادية، وبظل كذلك - حتى في هذه الحالة - خاضعا لقواعد الوكالة ملتزما ضوابطها كلما كان العنصر الأغلب في هذين النوعين من الأعمال، متصلا بالأعمال القانونية. والأصل المقرر في الوكالة أنها تبرعية ما لم يوجد اتفاق على الأجر بين كل من الموكل والوكيل سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم كان ضمنيا. وتكون الوكالة مأجورة ضمنا إذا كان الوكيل ممن يحترفون مهنة يتكسبون منها، وكان العمل الموكل فيه يدخل في إطار أعمال هذه المهنة. ويدل الواقع على أن الوكالة المأجورة هي الأكثر وقوعا في العمل، وأن الوكيل لا يقوم بأعمال الوكالة تفضلا أو مجاملة إلا بدليل قاطع من الظروف المحيطة بها، وهو يؤجر على ما بذل من جهد في تنفيذ أعمال الوكالة، ولو لم يكن قد بلغ نتيجة بذاتها، باعتبار أن التزامه الناشئ عن عقد الوكالة لا يعدو أن يكون التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق غاية. وسواء قام الطرفان =

= بتعيين أجر الوكالة من البداية أم أغفلا تحديده، فإن تقديره في النهاية مرده إلى القاضي عند الخلاف على مقداره، وهو ما لا يتصور إذا كان أجر الوكالة قد دفع تطوعا بعد تنفيذها. متى كان كذلك، وكانت الأتعاب التي طلبها محامي المدعيين قد عرض أمرها على مجلس النقابة الفرعية إعمالا لنص المادة 84 من قانون المحاماة الذي يسرى عند وقوع خلاف بشأنها بين الموكل ومحاميه ولا يكون مقدارها محددًا باتفاق عليها كتابة، وكان المدعيان قد نعيًا على هذا التقدير ارتكابه إلى عناصر بذواتها حددتها الفقرة الثالثة من المادة 82 في إطلاق لا يعتد بما قد يكون المحامي قد اقتضاه بالفعل من موكله من مبالغ يتعين خصمها من الأتعاب المحكوم بها، فإن المدعيين يكونان قد أقرًا بأن الوكالة الماثلة

غير تطوعية، وليس لهما من بعد أن ينازعا فى أصل الحق فى الأجر عن الأعمال القانونية التى قام بها الوكيل، ولا أن يعارضا حق الوكيل فى أن ترد إليه المصروفات التى يكون قد أنفقها فى سبيل مباشرة الأعمال التى وكل فيها، ذلك أن الأعمال القانونية التى يقوم بها المحامى فى إطار مهنته تعتبر أعمالا مأجورة ولو لم تكن متعلقة بخصومة قضائية، بل منصرفة إلى غيرها من الأعمال التى يفيد منها الموكل وتكون ضرورية لتأمين الأغراض النهائية للوكالة أما المصروفات التى يكون قد أنفقها بما لا يجاوز متطلبات تنفيذ الأعمال التى وكل فيها، فإن حجبها عنه يعتبر إقرارا له بمقدارها دون مسوغ من اتفاق أو من نص فى القانون، وهو ما لا يجوز باعتباره إثراء يصيب الموكل بلا سبب.

وحيث إنه لا مصلحة أيضا للمدعيين فى إطراح الفقرتين الثانية والرابعة من المادة 82 من قانون المحاماة المطعون عليهما، ذلك أن ما تنص عليه الفقرة الرابعة منها من أنه لا يجوز فى أية حال أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله، أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق الممتازة عليها، إنما يتمخض عن مزية تعود فائدتها - فى الحدود التى قررتها هذه الفقرة- عليهما. إذ كان ذلك، وكان من المقرر أن الدعوى الدستورية ينبغى أن تؤكد بماهية الخصومة التى تتناولها، التعارض بين المصالح المثارة فيها بما يعكس حدة التناقض بينها، ويبلور من خلال تصادمها ومجابتها لبعض، حقيقة المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها، إذ كان ذلك وكان من المسلم أن الحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة فى ذاتها، ولا يتصور أن تعمل فى فراغ، وأنه أيا كان وزنها أو دورها أو أهميتها فى بناء النظام القانونى للدولة ودعم حرياته=

= المنظمة، فإن تقريرها تغيا دوما توفير الحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها، مستوى فى ذلك أن تكون هذه الحقوق من طبيعة موضوعية أو إجرائية. ولا يكفى بالتالى لتوافر المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية، مجرد إنكار أحد الحقوق المنصوص عليها فى الدستور أو محض الخلاف حول مضمون هذا الحق، بل يجب أن يكون للخصم الذى أقامها مصلحة واضحة فى إجتناء الفائدة التى يتوقعها منها باعتبارها الترضية القضائية التى يرد بها عن الحقوق التى يدعيها مزار فعلية أصابتها أو تهددها من جراء أعمال النص التشريعى المطعون عليه فى حقه، وترتيبه لآثار قانونية بالنسبة إليه. ولا كذلك إفادة المدعيين من مزايا نص تشريعى معين، إذ يكون الطعن عليه من قبلهما غير جائز.

وحيث إنه لا مصلحة للمدعين كذلك في الطعن على الفقرة الثانية من المادة 82 من قانون المحاماة، ذلك أن ما تنص عليه من أن للمحامي أن يتقاضى أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله، وأنه إذ تفرعت عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى، كان للمحامي أن يحصل على أتعابه عنها، مؤداه أن الأصل هو ألا يتقاضى المحامي أكثر من الأتعاب التي تم الاتفاق عليها كتابة، فإذا لم يكن ثمة اتفاق، أو كان الاتفاق قد تناول دعوى بذاتها، ولكن أعمالا أخرى غير التي ورد الاتفاق شأنها قد تفرعت عنها، فإن أتعاب المحامي - في هاتين الحالتين - تقدر على ضوء العناصر التي حددتها الفقرة الثالثة من المادة 82 المطعون عليها. وهذه العناصر وحدها هي التي ينحصر نطاق الطعن فيها بالنظر إلى تعلقها بموضوعه، بالإضافة إلى أن ذلك أكفل لمقاصد المدعين ركزا مناعيهما عليها بمقولة إطلاقها دون قيد، وأن الغاية منها هي تمكين المحامين من الضغط على موكلهم وتطويعهم لمصالحهم بالمخالفة للواقع والقانون.

وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة - التي انحصرت فيها نطاق الطعن على النحو المتقدم - تنص على أن يدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامي ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة وألا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير.

وحيث إن المدعين يعينان على الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة مخالفتها لنص المادة 69 من الدستور.

وحيث إن هذا النعي مردود بأن الدستور نظم حق الدفاع محددًا بعض جوانبه مقررًا كفالته كضمانة مبدئية أولية لعدم الإخلال بالحرية الشخصية ولصون الحرية في مظاهرها المختلفة والحقوق جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور أو التي كفلتها النظم المعمول بها، فأورد في شأن هذا الحق حكما قاطعا حين نص في الفقرة الأولى من المادة 69 منه على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول، وكان ضمان هذا الحق يفترض أن يكون الدفاع فعالا محيطا بالخصومة التي يتناولها التوكيل، فلا تكون المعاونة التي يقدمها المحامي لموكله دون مستوياتها الموضوعية التي يملئها التبصر وتفرضها العناية الواجبة ولا ينزلق المحامي بتقصيره في أدائها إلى أخطاء مهنية لو كان قد تداركها في حينها لكان من الأرجح

أن تتخذ الخصومة مساراً مختلفاً، وكان الدستور تعزيزاً منه لضمانة الدفاع على هذا النحو، لم يجز للسلطة التشريعية إهدار هذا الحق أو تقليص محتواه بما يعطل فعاليته أو يحد منها، كاشفاً بذلك عن أن ضمانة الدفاع لم تعد ترفاً يمكن التجاوز عنه، وأن التعلق بأهدابها الشكلية دون التعمق في حقائقها الموضوعية، يعتبر تراجعاً عن مضمونها الحق مصادماً لمعنى العدالة منافية لمتطلباتها، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، ليس إلا هدماً للعدالة ذاتها بما يحول دون وقوفها سوية على قدميها، سواء كان نقضها أو إعاقته منصرفاً إلى حق الدفاع بالأصالة بما يقوم عليه من ضمان حق كل فرد في أن يعرض وجهة نظره في شأن الواقعة محل التداعي مبيناً حكم القانون بصدها، أم كان متعلقاً بالدفاع بالوكالة حين يقيم الشخص باختباره محامياً يطمئن إليه لخبرته وقدراته وبراهن لثقتة فيه أفرد على تأمين المصالح التي يرمى إلى حمايتها وكان الدستور بعد أن قرر أصل الحق في ضمانة الدفاع - أصالة أو بالوكالة - قد خطا خطوة أبعد بإقراره الفقرة الثانية من المادة 69 منه التي تنص على أن تكفل الدولة لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم مخولاً المشرع بموجبها تقرير الوسائل الملائمة التي يعين بها المعوزين على صون حقوقهم وحررياتهم من خلال تأمين ضمانة الدفاع عنها، وكان المدعيان لا يقولان بإنكار حقهما في اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان الذي ذهبا إلى وقوعه على =

حقوقهما المالية، ولا يدعيان أنهما من المعوزين الذين يلوذون بالمعونة القضائية لتأمين ضمانة الدفاع عن حقوقهم هذه، وكانت الوكالة بالخصومة غايتها أن يقوم محام من اختيارهما بإدارة الدفاع عنهما وتوجيهه، وتفترض هذه الوكالة أنها مأجورة لا تبرعية باعتبار أن الأعمال موضوعها تدخل في إطار مهنة المحاماة التي احترفها وكليهما، وكان المدعيان قد أيدا ذلك بإقرارهما أنهما دفعا لهذا الوكيل جزءاً من مقدم أتعابه، فإن مقالة سريان الفقرة الثانية من المادة 69 من الدستور في حقهما - وقوامها معاونة الدولة للمعسرين وفقاً للقانون وبما لا يجاوز الحق في تمثيل ملائم يرعى مصالحهم ويرد غائلة العدوان عنها عن طريق من يندبون من المحامين لهذا الغرض لا يكون لها محل.

وحيث إن المدعيين ينعين كذلك على الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة تحفيها، ومنها لأنها لصالح المحامين وتقريرها حقوقاً لهم تجاوز حد الاعتدال مما آل

الركون إليها للضغط من خلالها على موكلهم وتطويرهم لإرادتهم بالمخالفة للقانون. وحيث إن الأصل المقرر قانوناً أن تكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي بتنفيذا لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، ذلك أن الوكالة من عقود القانون الخاص التي تتوازن المصالح فيها، ولا تميل الحقوق الناشئة عنها في اتجاه أحد طرفيها، ويتعين بالتالي أن يكون تقرير أجر المحامي عن الأعمال التي قام بها - في إطار عقد الوكالة وتنفيذا لمقتضاها - معقولاً، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغاً فيه مرهقاً الموكل في غير مقتض وإلا كان تقديره تحكيمياً مجاوزاً الأسس الموضوعية التي يتعين أن يتحدد على ضوئها توصلاً إلى تقديره دون زيادة أو نقصان، وبعيدا عن شبهة المبالغة. أو التحمل. ولازم ذلك أن يكون أجر المحامي متناسبا مع الأعمال التي أداها، وأن يقدر بمراعاة أهميتها، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحيطة بها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذه الأعمال، والجهد الذي بذله المحامي في إنجازها عمقا وزمنا، والعوارض الاستثنائية التي قد واجهته في تنفيذها، وصعوبة أو تعقد الأعمال التي أداها ومظاهر تشعبها، والنتائج التي حققها من خلالها، وما عاد على الوكيل منها من فائدة. ومن ثم تكون حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي هي ذاتها مناطا لتحديد أجره، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائداً إلى العناصر الواقعية المختلفة التي يتحدد بها نطاقها ووزنها، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها. =

= ودون ذلك، فإن تقدير أجر المحامي يكون منطوقاً على عدوان على الحقوق المالية للموكل، وهي حقوق حرص الدستور على صونها، ومن ثم كان ضرورياً أن يقدر أجر المحامي بمراعاة كل العوامل التي تعين على تحديده تحديداً منصفاً، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها: **أولاً:** حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها، **ثانياً:** جودة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. **ثالثاً:** ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. **رابعاً:** ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. **خامساً:** الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولاً لها. **سادساً:** القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على المحامي لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التي أملتتها ظروفها. **سابعاً:** النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي

يتردد النزاع حولها. **ثامنا:** مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. **تاسعا:** طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها في الزمان. **عاشرا:** الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في الدعاوى الماثلة. **حادى عشر:** ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هي التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي باعتبارها مرتبطة بطبيعة الأعمال التي أدها ومبلغ أهميتها ومحصلتها النهائية وغير ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بها وثيقة الاتصال بالتالي بقيمة هذه الأعمال منظورة في ذلك إلى عناصرها الواقعية والجهد الذى لازمها وكان يلزم عقلا أن يبذل فيها. وجب استبعاد ما عداها مما لا يندرج تحتها.

وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة قد أوردت ضمن العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى والجهد الذى بذله فى سبيلها والنتيجة التي حققها وأقدمية قيده - وجميعها عوامل موضوعية تعين على تقدير هذه الأتعاب تقديرا منصفا، إلا أن نص هذه الفقرة ذاتها - إذ اعتد بملاءة الموكل كأحد عناصر هذا التقدير، فإنه يكون قد جاوز فى هذا النطاق الأسس المعقولة التي يتعين أن تتحدد الأتعاب على ضوءها، ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التي باشرها الوكيل، ولا يجوز أن يكون لها من أثر على تقييمها. وليس منطقيا أو معقولا أن تزيد =

= قيمة هذه الأعمال وأن تتصاعد أهميتها تبعا ليسار الموكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها. يؤيد ذلك أنه وإن صح القول بأن الأتعاب الممتازة عليها لا يجوز أن تتحد على نحو يكون مثبطا لهمم الأكفاء من المحامين، فإنه من الصحيح كذلك أنها لا يجوز أن تكون مستعلية في غير مقتضى بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها.

وحيث إنه بالإضافة إلى ما تقدم، فإن ما قرره الفقرة الثالثة من المادة 82 المشار إليها من أنه لا يجوز أن تقل أتعاب المحامي عن 5% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير، مؤداه أنه أيا كان مقدار الجهد الذى بذله المحامي فى أداء هذا العمل، فإن الحدود الدنيا لأتعابه لا يجوز أن تقل عن 5% من الفائدة التي حققها، وهو ما يخرج بتقييم الأعمال التي باشرها عن الأسس الموضوعية التي يجب أن تكون قواما لها.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت الحماية التي أطل بها الدستور الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان وفقا لنص المادة 34 منه، لا تعتبر منحصرة فى الملكية الفردية كحق

عيني أصلى تنفرد عنه الحقوق العينية جميعها ويعتبر جماعها وأوسعها نطاقاً، بل تمتد هذه الحماية إلى الأموال جميعها دون تمييز بينها باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان هذا الحق شخصياً أم عينياً أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية، وكان ما يميز الملكية الفردية عن الحقوق الشخصية هو أنه بينما تخول الملكية الفردية صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها يستخلصها منها دون وساطة أحد، فإن الحقوق الشخصية ترتبط بمدى معين أو بمدنيين معينين، ويوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها، وكان التمييز بين الملكية الفردية والحقوق الشخصية على هذا النحو لا ينال من كونها من الأموال، ذلك أن الحقوق العينية التي تقع على عقار - بما في ذلك حق الملكية - تعتبر مالا عقارياً أما الحقوق العينية التي تقع على منقول وكذلك الحقوق الشخصية - أيما كان محلها - فإنها تعد مالا منقولاً. ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية المنصوص عليها في المادة 34 من الدستور إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء ذلك أن التمييز بينهما في مجال هذه الحماية ينافي مقاصد الدستور في سعيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها وبما يردع مغتصبها. متى كان ما تقدم، وكان تعيين أتعاب المحامين على ضوء عنصرين غير موضوعيين - أحدهما ملاءة الموكل وثانيهما حد أدنى تقرر بقاعدة هامة مجردة يلزم تطبيقها في كل =

= حال لضمان عدم النزول بمبلغها عن قدر معين مؤداه اعتبار ما يقابلها من مبالغ التزاما مرتباً في ذمة الموكل منذ نشوئه، وكان كل التزام يعتبر قيمة مالية سلبية حال أن هذين العنصرين منفصلان عن حقيقة الأعمال التي قام بها الوكيل ولا يغلان بالتالي أية قيمة مالية يتصور معها أن يقعا عبئاً في مال المدين بما يجرد ذمته المالية - وهي لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التي تكون لها قيمة مالية - من بعض عناصرها الإيجابية، إذ كان ذلك، فإن النص التشريعي المطعون فيه يكون مخالفاً من هذه الناحية للمادة 34 من الدستور.

وحيث إن ما قرره المدعيان من أن الفقرة الثالثة من المادة (82) آنفة البيان تسقط من حسابها مقدار المبالغ التي يكون قد دفعها مقدماً لمحاميها، مردود بأن حكمها لا يفيد ذلك، إذ لا تتناول هذه الفقرة بالتنظيم غير الأسس التي قدر المشرع ضرورة تحديد أتعاب الوكيل على ضوءها باقتراض عدم وجود اتفاق كتابي بشأنها والخلاف عليها، ولا يحول بذاته دون استنزال

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامى مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها".

المادة 83 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983:

"إذا انتهت الدعوى أو النزاع صلحا أو تحكيما استحق المحامى الأتعاب المتفق عليها ما لم يكن قد تم الاتفاق على غير ذلك.

ويستحق المحامى أتعابه إذا أنهى الموكل الوكالة دون مسوغ قبل إتمام المهمة الموكلة إليه".

وللمحامى الذى صدر قرار بتقدير أتعابه أو عقد صلح مصدق عليه من مجلس النقابة الفرعية⁽¹⁾ أو من المحكمة أن يحصل على أمر باختصاصه بعقارات من صدر ضده قرار التقدير أو عقد الصلح أو الحكم".

109- كيفية تقدير أتعاب المحامى :

أية مبالغ منها يكون الموكل قد أداها للوكيل كلما قام الدليل عليها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة (82) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 من الاعتداد بملاءة الموكل كأحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب محاميه وكذلك ما قررته من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن 5% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(1) قضى بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 ويسقط كل من فقرتها الثالثة والمادة (85) من هذا القانون والفقرة الأولى من المادة (84) هى التى تنص على اختصاص اللجنة التى يشكلها مجلس النقابة الفرعية بنظر الطلب المقدم من المحامى لتحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وذلك بتاريخ 1999/6/5 فى القضية رقم 153 لسنة 19 قضاية "دستورية" ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد 24 فى 1999/6/17.

الأصل أن للموكل والمحامي الحق في الاتفاق على كل ما يتعلق بأتعاب المحامي، سواء فيما يتعلق بمقدارها أو وقت أدائها أو الكيفية التي يتم بها سدادها. وقد يتم الاتفاق على هذه النقاط قبل الانتهاء من العمل أو في لحظة التعاقد، وقد يتم بعد الانتهاء من العمل المطلوب⁽¹⁾.

ومن ثم فإن ما يتم الاتفاق عليه كتابة بين الطرفين يكون ملزما لهما⁽²⁾. غير أن هناك حظرا على اتفاق الموكل والوكيل في هذا الشأن نصت عليه المادة 472 مدني بقولها لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً.

كما نصت الفقرة الرابعة من المادة 82 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أنه: "وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها" - ومقتضى ما تقدم أنه لا يجوز للمحامي أن يتفق مع صاحب الحق على أن يكون أجره حصة عينية من الحق أو نسبة معينة من الحق إذا ثبت بحكم القضاء.

والحكمة من هذا الحظر هي أن المحامي يكون عادة أدرى من صاحب الحق بمدى قوة حقه، وهو في سبيل مصلحته الشخصية قد يوهم صاحب الحق أن مركزه ضعيف مما يجعل صاحب الحق يقبل أن يكون أجر المحامي جزءا من الحق ذاته، فحتى يحمى القانون المحامي من نفسه، ويحمى أصحاب الحقوق من

(2) الدكتور محمد بعد الظاهر حسين المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل 1993 ص 197.

(3) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 110 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامي في حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وبالتالي فلا يعتد في هذا الشأن بوجود اتفاق شفهي على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة".

(طعن رقم 437 لسنة 43 ق جلسة 1977/6/7)

انحراف بعض المحامين، ويحيط العدالة وكل القائمين بها بما هو واجب من الاحترام وضع هذا الحظر⁽¹⁾.

(1) وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"وإن كانت المادة 44 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1997 تقضى بأنه لا يجوز للمحامى أن يتفق على أجر ينسب إلى قدر أو قيمة ما هو مطلوب فى الدعوى أو ما يحكم به فيها وبصفة عامة لا يجوز له أن يعقد اتفاقا من شأنه أن يجعل له مصلحة فى الدعوى وأن كل اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلا إلا أن البطلان فى هذه الحالة إنما ينصرف إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها ولا يترتب عليه حرمان المحامى من حقه فى الأتعاب مادام قد قام بالعمل الموكل فيه وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقرير أتعاب المحامى وفقا لما يستصوبه مراعىا فى ذلك الجهد الذى بذله وأهميته فى الدعوى وثروة الموكل ومن ثم فإذا قضت محكمة الاستئناف برفض الدعوى المرفوعة من المحامى بطلب أتعابه استنادا إلى بطلان الاتفاق الحاصل بينه وبين موكله على تقدير الأتعاب ولم تعمل سلطتها فى تقدير ما يستحقه مقابل العمل الذى وكل فى أدائه وقام به فعلا فإن حكمها يكون مخالفا للقانون".

(طعن رقم 348 لسنة 34 ق جلسة 1968/6/20)

= كما قضت محكمة النقض بأن:

"تحظر المادة من 472 من القانون المدنى على المحامين التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا. فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته وليا طبيعيا على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلا إلا إذا ثبت أنهما كانا اسما مستعارا لوالدهما الطاعن الأول فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذى أيدته الحكم المطعون فيه لم يبين ما إذا كان اسم المشتريين مستعارا من عدمه، وكان ذلك دفاعا جوهريا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتريين كانا اسما مستعارا للطاعن يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون".

ويسرى هذا الحظر على الاتفاق على تقاضى المحامى نسبة معينة من قيمة المطلوب فى الدعوى.

وهذا الاتفاق إن تم كان باطلا، ولكن لا يترتب عليه حرمان المحامى من الأتعاب، وإنما يكون على القاضى أن يستبعد التقدير المتفق عليه ويقوم هو بتقدير أتعاب المحامى.

وكانت الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة تقضى بأن: "ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين فى المائة ولا تقل عن خمسة فى المائة من قيمة ما حققه المحامى من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير".

فهذا النص يجيز أن تكون أتعاب المحامى نسبة معينة من قيمة الكسب الذى حققه المحامى، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية الفقرة فيما قررته من أن لا تقل الأتعاب المستحقة عن 5% من قيمة ما حققه من فائدة لموكله فى العمل موضوع طلب التقدير فى حكمها الصادر بتاريخ 12 فبراير سنة 1994 فى القضية رقم 23 لسنة 14 ق "دستورية" (المنشور بالعدد رقم 9 (تابع) من الجريدة الرسمية فى 1994/3/3) (منشور سلفا).

غير أنه يجوز الاتفاق على أتعاب أكبر فى حالة كسب الدعوى وأتعاب أقل فى حالة خسارتها، فيجوز جعل حد أعلى وحد أدنى للأتعاب، ويتفاوت المقدار

(طعن رقم 365 لسنة 29 ق جلسة 1964/3/19)

2- "لئن كان النعى فى المادة 472 من القانون المدنى على أنه "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلا" إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع فى الحق أن يتعامل المحامى فيه مع موكله إن أصبح الحق غير متنازع فيه".

(طعن رقم 307 لسنة 51 ق جلسة 1984/6/12)

الواجب دفعه بين الحدين بحسب نتيجة الدعوى⁽¹⁾.

ويجوز الاتفاق على تقاضى المحامى الأتعاب المتفق عليها فى حالة كسب الدعوى فقط بل يجوز الاتفاق على أن يلتزم المحامى مصاريف الدعوى فى حالة الخسارة، أو فى حالة الصلح.

ويجوز تعجيل جزء من الأتعاب وإرجاء باقىها إلى ما بعد الحكم فى الدعوى.

110- الاتفاق شفاهة على الأتعاب:

إذا اتفق الطرفان على أتعاب المحامى كتابة، فإن الاتفاق الكتابى يكون سندا للمحامى للمطالبة بحقه أمام القضاء، سواء بطريق استصدار أمر بالأداء إذا توافرت شروطه أو عن طريق الدعوى أمام المحكمة المختصة قيمياً.

أما إذا كان الاتفاق بين الطرفين على أتعاب المحامى شفاهة. وحدث خلاف بين المحامى وموكله بشأن هذه الأتعاب فقد رسمت المادة 84 من قانون المحاماة طريقاً يتعين على المحامى اتباعه، وهو التقدم بطلب إلى النقابة الفرعية التى يتبعها بما يحدده من أتعاب ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره.

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوماً على الأكثر بقرار مسبب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم.

ونظمت المادة 85 من القانون طريق الطعن فى قرار التقدير الذى يصدر من

اللجنة.

(1) السنهورى ص 687 هامش (1).

وهذه اللجنة إدارية ذات اختصاص قضائي.

ومن ثم كان ينعقد الاختصاص النوعي لهذه اللجنة في الفصل في طلب تقدير الأتعاب. فإذا لجأ المحامي إلى المحكمة مباشرة قضت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى⁽¹⁾.

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 5 يونية سنة 1999 في القضية رقم 153 لسنة 19 قضائية "دستورية" بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (85) من هذا القانون، وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ 17/6/1999 العدد (24)⁽¹⁾ وبالتالي أصبحت المحاكم هي المختصة بتقدير أتعاب المحامي.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "ناطت المادة 46 من القانون رقم 96 لسنة 1957 بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامي إذا اختلف عليها مع الموكل ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنها. وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين محام مشتغل وآخر غير مشتغل بل إنها جعلت المناط في قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحاماة، وعلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذي يطلب تقدير الأتعاب عنه لا بوقت طلب التقدير".

(طعن رقم 577 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/30)

2- "النص في المادة 110 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 يدل على أن مجلس النقابة الفرعية يختص بتقدير أتعاب المحامي في حالة عدم الاتفاق عليها كتابة، وبالتالي فلا يعتد في هذا الشأن بوجود اتفاق شفهي على تقدير الأتعاب مما يجوز إثباته بغير الكتابة".

(طعن رقم 437 لسنة 43 ق جلسة 1977/6/7)

(1) وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يأتي :

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 5 يونية سنة 1999م الموافق 20 صفر سنة 1420هـ.
 برئاسة السيد المستشار / محمد ولى الدين جلال..... **رئيس المحكمة**
 وعضوية السادة المستشارين: فاروق عبد الرحيم غنيم وحمدي محمد على وعبد الرحمن
 نصير وسامى فرج يوسف والدكتور عبد المجيد فياض وماهر البحيري.
 وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق..... **رئيس هيئة المفوضين**
 وحضور السيد/ حمدي أنور صابر..... **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 153 لسنة 19 قضائية "دستورية".

المقامة من:

- السيدة عزة عبد الحافظ مصطفى.

ضد

- أولاً: ورثة المرحوم صلاح الدين محمود الدهرى، وهم:

1- محمد صلاح الدين محمود الدهرى.

2- علاء الدين صلاح الدين محمود الدهرى.

3- هبة صلاح الدين محمود الدهرى.

4- أميرة على هلالى.

= ثانياً: السيد / وزير العدل.

ثالثاً: السيد / رئيس مجلس الشعب.

رابعاً: السيد/ نقيب المحامين.

الإجراءات

بتاريخ 2 أغسطس سنة 1997، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة،
 طالبة الحكم بعدم دستورية نص المادتين (84، 85) من قانون المحاماة الصادر بالقانون
 رقم 17 لسنة 1983.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم برفض الدعوى.

ويعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها
 بجلسة اليوم.

الحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المرحوم/ صلاح الدين محمود الدهرى المحامى كان قد تقدم بالطلب رقم 106 لسنة 1995 إلى نقابة المحامين الفرعية بالجيزة، لتقدير أتعابه بمبلغ خمسين ألف جنيه عن القضايا التى باشر الدفاع فيها عن المدعية، وبتاريخ 15/10/1996 أصدرت اللجنة المختصة بالنقابة قرارا بتقدير أتعابه بمبلغ اثنين وعشرين ألف جنيه، وإذ لم ترتض المدعية هذا القرار فقد أقامت - والمدعى عليهم الأربع الأول بصفتهم ورثة المحامى - الاستئناف رقمى 16306، 16333 لسنة 113 قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة طعنا فيه، وأثناء نظرها دفعت المدعية بعدم دستورية نصى المادتين (84، 85) من قانون المحاماة. وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع، فقد صرحت لها بإقامة دعوها الدستورية، فأقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادتين - الطعنتين - تنصان على مايتى :

مادة (84): "للمحامى إذا وقع خلاف بينه وبين موكله بشأن تحديد أتعابه فى حالة عدم الاتفاق كتابة عليها أن يقدم إلى النقابة التى يتبعها طلبا بما يحدده من أتعاب، ويعرض هذا الطلب على لجنة يشكلها مجلس النقابة الفرعية من ثلاثة من أعضائه ويخطر الموكل بالحضور أمامها لإبداء وجهة نظره.

= وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله، فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى موضوع الطلب خلال ستين يوما على الأكثر بقرار مسعب، وإلا جاز لكل من الطرفين أن يلجأ مباشرة إلى المحكمة المختصة.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما حُرر محضر بذلك يوقع عليه الطرفان مع ممثل النقابة الفرعية وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم".

مادة (85): "لا يجوز الطعن فى قرارات التقدير التى تصدرها النقابات الفرعية إلا بطريق الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ إعلان القرار ويرفع الاستئناف للمحكمة الابتدائية التى يقع بدائرتها مكتب المحامى إذا كانت قيمة الطلب خمسمائة جنيه فأقل وإلى محكمة الاستئناف إذا تجاوزت القيمة ذلك.

ولا يكون قرار التقدير نافذا إلا بعد انتهاء ميعاد الاستئناف أو صدور الحكم فيه وتوضع الصيغة التنفيذية على قرارات التقدير النهائية بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص وذلك بغير رسوم".

وحيث إن المدعية تتعى على المادتين الطعنتين مخالفتها لأحكام المواد (8، 40، 65، 68، 165) من الدستور تأسيسا على أن أولاهما آثرت المحامى - دون موكله - بالحق فى اللجوء إلى اللجنة المشكلة وفقا لها، لإصدار قرار بتقدير الأتعاب عند الخلاف بشأنها، وجعلت ثانيتهما الاستئناف طريقا للطعن فى قرارات هذه اللجنة - رغم كونها لجنة نقابية تفتقد العنصر القضائى فى تشكيلها - فحرمت الخصوم - بذلك - من التداعى فى شأن حقوقهم أمام محكمة أول درجة، كما قصرت ميعاد الطعن فى هذه القرارات إلى عشرة أيام خلافا للميعاد المقرر فى قانون المرافعات مما يخل بمبدأ تكافؤ الفرص ومساواة المواطنين فى الحقوق والواجبات، فضلا عن أن هاتين المادتين تجعلان المحامى خصما وحكما فى آن واحد، كما أن قانون المحاماة يخلو من تنظيم إجراءات رد أعضاء اللجنة وهم زملاؤه الذين تربطه بهم مصالح مهنية متبادلة، الأمر الذى يفقد اللجنة ضمانته التجرد والحيدة التى يتحقق بها الفصل فى المنازعة بطريقة منصفة، ويحرم ذوى الشأن من اللجوء إلى قاضيهما الطبيعى، وينطوى على اعتداء على استقلال السلطة القضائية وإهدار لمبدأ الخضوع للقانون.

=

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التى قد تلتبس بها إنما يقوم على مجموعة من العناصر لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعى، ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائى، ومن بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل فى نزاع معين، يفترض أن يكون تشكيلها واستقلالها كاشفين عن حيديتها عند الفصل فى النزاع ومؤديين إلى غيريتها فى مواجهة أطرافه، وأنه فى كل حال يتعين أن يثير النزاع المطروح عليها ادعاءً قانونيا يبلور الحق فى الدعوى كرابطة قانونية تتعدد الخصومة القضائية من خلالها وبوصفها الوسيلة التى عينها المشرع لاقتضاء الحقوق المدعى بها، وبمراعاة أن يكون إطار الفصل فيها محددا. بما لا يخل بالضمانات القضائية الرئيسية التى لا يجوز النزول عنها والتى تقوم فى جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها،

وتحميص إدعاءاتهم، على ضوء قاعدة قانونية نص المشرع عليها سلفاً، محددًا على ضوئها حقوق كل من المتنازعين في مجرد كامل، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلورا لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها، لتفرض هذه الحقيقة نفسها- وبافتراض تطابقها مع الحقيقة الواقعة- على كل من ألزمه المشرع بها. وحيث إن البين من قانون المحاماة المشار إليه، أن للمحامى- بنص المادة (82) منه- الحق في تقاضى الأتعاب، وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله- عما يقوم به من أعمال المحاماة، فضلا عن حقه في استرداد ما أنفقه من مصروفات في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها، فإذا لم يكن ثمة اتفاق كتابي بينهما على الأتعاب، واختلفا في تقديرها، فقد رسم القانون أسلوب تحديدها وطريق اقتضاؤها في المادتين (84، 85) المشار إليهما على النحو المبين فيها.

وحيث إن مؤدى المادة (84) من قانون المحاماة، أن اللجنة المشكلة طبقا لها يخلو تشكيلها من العنصر القضائي، وأن المشرع لم يقرر لها كيانا ذاتيا مستقلا عن النقابة الفرعية، وأن أعضاءها- بحكم موقعهم على القمة من تنظيمهم النقابي- إنما ينظرون المنازعة بشأن تقدير أتعاب المحاماة في كنف نقابتهم، التي تعنى أساسا بالمصالح المهنية الخاصة لأعضائها، وأن المشرع لم يكفل لطرح النزاع على هذه اللجنة الضمانات الجوهرية للتقاضى التي ينطوى تحتها حق كل خصم في عرض دعواه وطرح أدلتها=

= والرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافؤ أطرافها فيها جميعا؛ بل فرض على هذه المنازعة نهجا إجرائيا حائفا فقصر اللجوء إليها على المحامى، وأوصد بابها على موكله، فلم يجز له أن يعرض- ابتداء- ظلما عليه إذا ما اقتضت مصلحته ذلك، بل عليه أن يترصص الطلب الذى يتقدم به المحامى حين يشاء، كى يطرح عليها أقواله، الأمر الذى يخل بالتوازن الذى تفرضه علاقة الوكالة القائمة بينهما، إجحافا بمصلحة الموكل وترجيحا لمصلحة المحامى عليها، كما أرهق المشرع الحق في الالتجاء مباشرة إلى المحكمة المختصة في شأن الأتعاب محل الخلاف بما استلزمه من أن تكون اللجنة قد تقاعست عن الفصل في موضوع الطلب- بقرار مسبب- خلال ستين يوما قبل ولوجهما طريق التقاضى؛ إذ كان ذلك، وكانت اللجنة في مباشرتها لعملها المنوط بها لا تبدو مبرأة من امتزاجه بالعمل النقابي، مما يثير الريب حول حيديتها، وتزعزع ضمانة الاستقلال التى كان ينبغي أن تحيط بأعضائها بما لا تستقيم معه غيريتها في مواجهة أطراف المنازعة؛ فإن هذه

اللجنة لاتعتبر - إزاء المنازعة التي اختصها المشرع بالفصل فيها - هيئة ذات اختصاص قضائي، ومن ثم، فإن قرارها في هذه المنازعة لا يصدق عليه وصف القرار القضائي، بما يخرجها - بالتالي - من مفهوم القاضى الطبيعي.

وحيث إن الدستور بما نص عليه في المادة (68) من أن لكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي قد دل - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - على أن هذا الحق فى أصل شرعته هو حق للناس كافة تتكافأ فيه مراكزهم القانونية فى سعيهم لرد العدوان على حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية، وقد حرص الدستور على ضمان إعمال هذا الحق فى محتواه المقرر دستورياً بما لا يجوز معه قصر مباشرته على فئة دون أخرى أو إجازته فى حالة بذاتها دون سواها، أو إرهابه بعوائق منافية لطبيعته لضمان أن يكون النفاذ إليه حقا لكل من يلود به غير مقيد فى ذلك إلا بالقيود التي يقتضيها تنظيمه والتي لا يجوز بحال أن تصل فى مداها إلى حد إعنائه أو مصادرته، وإذ كان حق التقاضى من الحقوق العامة التي كفل الدستور بنص المادة (40) المساواة بين المواطنين فيها، فإن حرمان طائفة من هذا الحق مع تحقق مناطه - وهو قيام المنازعة فى حق من حقوق أفرادها - إنما ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرّموا من هذا الحق.

وحيث إنه إذا كان ما تقدم، وكان المشرع - بالنص المطعون فيه - قد أوكل إلى اللجنة المشار إليها - على الرغم من أنها ليست هيئة ذات اختصاص قضائي على نحو ما تقدم = الفصل فى منازعة من طبيعة قضائية، واستتب ولاية القضاء فيها من قاضيتها الطبيعي؛ وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الناس جميعا لا يتميزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى النفاذ إلى قاضيتهم الطبيعي، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية ولا فى مجال التداعى بشأن الحقوق المدعى بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها؛ إذ ينبغى دوماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء فى مجال اقتضاها أو الدفاع عنها أو الطعن فى الأحكام التي تصدر فيها. متى كان ذلك وكان الخلاف بين المحامى وموكله حول تقدير الأتعاب إنما يندرج فى دائرة الخلاف بين الأصيل والوكيل بأجر عند عدم الاتفاق على أجر الثانى، باعتبار أن جميع هذه المنازعات متحدة فى جوهرها متمائلة فى طبيعتها؛ فإن أفراد الخلاف بشأن تحديد أتعاب المحامى بنظام إجرائى خاص لفضه ينبو عن نظام التداعى بشأن تحديد أجر الوكيل - دون أن

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيمياً طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات.

إلا أن القانون رقم 197 لسنة 2008 استبدل بالمادة 84 مادة جديدة تنص على أن:

"للمحامى أو للموكل إذا وقع خلاف بينهما بشأن تحديد الأتعاب أن يتقدم بطلبه إلى لجنة مكونة من رئيس محكمة ابتدائية رئيساً وأحد قضاتها عضواً ينتدبهما رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بها مقر النقابة الفرعية، وعضوية أحد أعضاء مجلس النقابة الفرعية يصدر بتعيينه قرار من مجلس النقابة الفرعية المختصة لمدة سنة قابلة للتجديد.

يستند ذلك إلى مبرر منطقي لهذه المغايرة - يصم هذا التنظيم التشريعي الخاص بمخالفة الدستور .

وحيث إنه لما كان ما تقدم، فإن نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) يكون قد مايز - فى مجال ممارسة حق النقاضى - بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وتعييقاً لحق النقاضى واعتداء على استقلال السلطة القضائية، مخالفاً بذلك أحكام المواد (40، 68، 165، 167) من الدستور .

وحيث إن القضاء بعدم دستورية الفقرتين المشار إليهما يؤدي - بحكم اللزوم العلى - إلى سقوط الفقرة الثالثة من المادة (84)، والمادة (85) برمتها، وذلك لارتباطهما بالفقرتين الأوليين إرتباطاً لا يقبل التجزئة بحيث تكوّن جميعهما كلاً واحداً لا يتجزأ، مما لا يتصور معه أن تقوم لهذه النصوص قائمة بغيرهما أو إمكان أعمال أحكامها فى غيبيتهما.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983، ويسقط كل من فقرتها الثالثة، والمادة (85) من هذا القانون، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

وعلى اللجنة أن تتولى الوساطة بين المحامى وموكله فإذا لم يقبل الطرفان ما تعرضه عليهما، فصلت فى الطلب بقرار مسبب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تقديمه، وتسرى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يتبع أمامها من إجراءات.

وإذا قبل الطرفان ما تعرضه عليهما اللجنة، حرر ذلك بمحضر يوقع منهما مع رئيس اللجنة وتوضع الصيغة التنفيذية على محضر الصلح بواسطة قاضى الأمور الوقتية المختص بدون رسوم".

وبذلك أصبحت هذه اللجنة هى المختصة بنظر النزاع بشأن تحديد الأتعاب، ولو كان العقد بين المحامى والموكل شفهيًا.

غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت بتاريخ 2011/1/2 فى القضية رقم 5 لسنة 31 قضائية "دستورية".

(الجريدة الرسمية - العدد الأول (مكرر) فى 8 يناير سنة 2011) بعدم دستورية نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (84) من قانون المحاماة الصادرة بالقانون رقم 17 لسنة 1983 معدلاً بالقانون رقم 197 لسنة 2008 وسقوط الفقرة الثالثة من المادة ذاتها، والمادة (85) منه.

وبذلك أصبح الاختصاص الآن للمحاكم بنظر منازعات أتعاب المحامين، سواء كان متفقاً عليها كتابة أو شفاهة، وذلك طبقاً لقواعد الاختصاص القيمى. كما يجب اللجوء إلى استصدار أمر بالأداء إذا توافرت شروط إصداره.

111 - العوامل التى تراعى فى تقدير أتعاب المحامى :

ينص صدر الفقرة الثالثة من المادة 82 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن "ويدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامى".

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قضت فى حكمها الصادر بتاريخ

1994/2/12 فى القضية رقم 23 لسنة 14 قضائية «دستورية» بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة سالفة الذكر من الاعتراف بملاءة الموكل كأحد العناصر التى تدخل فى تقدير أتعاب محاميه.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بتاريخ 1994/2/12 فى القضية رقم 23 لسنة 14 ق "دستورية" الغالبية العظمى من العوامل التى يجب مراعاتها عند تقدير أتعاب المحامى وهى:

- 1- حقيقة الجهد والزمن الذى بذله المحامى وكان لازماً لإنجاز الأعمال التى وكل فيها.
- 2- جودة المسائل التى قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها.
- 3- ما اقتضاه تنفيذ المسائل التى وكل فيها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية.
- 4- ما إذا كان تنفيذ الأعمال التى عهد إليها الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى.
- 5- الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولاً لها.
- 6- القيود الزمنية التى يكون الموكل قد فرضها على المحامى لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التى أملت ظروفها.
- 7- النتائج التى يكون محاميه قد بلغها فى شأن المبالغ التى يتردد النزاع حولها.
- 8- مكانة المحامى ومقدرته وشهرته العامة.
- 9- طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها فى الزمان.
- 10- الأتعاب التى تقررت لغيره من المحامين فى الدعاوى المماثلة.
- 11- ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التى وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها.

إذ جرى قضاؤها على أن:

"وحيث إن الأصل المقرر قانوناً أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذاً لعقد الوكالة مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، ذلك أن الوكالة من عقود القانون الخاص التي تتوازن المصالح فيها، ولا تميل الحقوق الناشئة عنها في اتجاه أحد طرفيها، ويتعين بالتالي أن يكون تقدير أجر المحامي عن الأعمال التي قام بها - في إطار عقد الوكالة وتنفيذاً لمقتضاها - معقولاً، فلا يكون أجر الوكيل عنها مبالغاً فيه مرهقاً الموكل في غير مقتض وإلا كان تقديره تحكيمياً مجاوزاً للأسس الموضوعية التي يتعين أن يتحدد على ضوءها توصلاً إلى تقديره دون زيادة أو نقصان، وبعبارة عن شبهة الممالة. أو التحمل. ولازم ذلك أن يكون أجر المحامي متناسباً مع الأعمال التي أداها، وأن يقدر بمراعاة أهميتها، وعلى ضوء مختلف الظروف ذات العلاقة المحلية بها ويندرج تحتها بوجه خاص القيمة الفنية لهذه الأعمال، والجهد الذي بذله المحامي في إنجازها عمقاً وزمناً، والعوارض الاستثنائية التي قد واجهته في تنفيذها، وصعوبة أو تعقد الأعمال التي أداها ومظاهر تشعبها، والنتائج التي حققها من خلالها، وما عاد على الوكيل منها من فائدة. ومن ثم تكون حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي هي ذاتها مناطاً لتحديد أجره، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائداً إلى العناصر الواقعية المختلفة التي يتحدد بها نطاقها ووزنها، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها. ودون ذلك، فإن تقدير أجر المحامي يكون منطويًا على عدوان على الحقوق المالية للموكل، وهي حقوق حرص الدستور على صونها، ومن ثم كان ضرورياً أن يقدر أجر المحامي بمراعاة كل العوامل التي تعين على تحديده تحديداً منصفاً، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها: أولاً: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي وكان لازماً لإنجاز الأعمال التي وكل فيها، ثانياً: جدة

المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. **ثالثا:** ما اقتضاه تنفيذهما بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. **رابعا:** ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. **خامسا:** الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها. **سادسا:** القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على المحامي لإنجاز الوكالة وكذلك تلك التي أملت ظروفها. **سابعًا:** النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. **ثامنا:** مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. **تاسعا:** طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها في الزمان. **عاشرًا:** الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في الدعاوى المماثلة. **حادي عشر:** ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملاساتها.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت العوامل الموضوعية وحدها هي التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي باعتبارها مرتبطة بطبيعة الأعمال التي أدها ومبلغ أهميتها ومحصلتها النهائية وغير ذلك من الظروف ذات العلاقة المحيطة بها وثيقة الاتصال بالتالي بقيمة هذه الأعمال منظورا في ذلك إلى عناصرها الواقعية والجهد الذي لازمها وكان يلزم عقلا أن يبذل فيها. وجب استبعاد ما عدها مما لا يندرج تحتها".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "لا يدل نص المادة 114 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 على أن الفائدة التي يحققها المحامي لموكله تقدر بقيمة العمل موضوع طلب التقدير كله، وإنما تقدر الأتعاب على أساس ما بذله المحامي من عمل يتفق وصحيح القانون وما اقتضاه هذا العمل من جهد يعتبر لازما للوصول إلى الفائدة التي حققها لموكله وذلك كله مع مراعاة أهمية الدعوى وقيمة تلك الفائدة التي تحققت للموكل فيها على ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة من قيمة تلك

الفائدة ولا تقل عن خمسة في المائة منها".

(ب) - "تقدير الفائدة التي حققها المحامى لموكله مما تستقل محكمة الموضوع باستخلاصه من الوقائع دون أن يعيب حكمها أنها لم تشر لنصوص قانون المحاماة طالما أن قضاءها يتفق والتطبيق الصحيح لهذا القانون".

(طعن رقم 134 لسنة 44 ق جلسة 1977/6/22)

2- "تنص المادة 114 من القانون 61 لسنة 1968 بإصدار قانون المحاماة على أن "يدخل فى تقدير الأتعاب أهمية الدعوى والجهد الذى بذله المحامى والنتيجة التى حققها....." وبيان هذه الأمور يكون من العناصر الجوهرية التى يجب على الحكم استظهارها عند القضاء بالأتعاب، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه رغم إحالته على أسباب قرار مجلس النقابة، لم يبين الأعمال التى قام بها الطاعن - المحامى - وأهميتها وما بذله من جهد والنتيجة التى حققها فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 257 لسنة 42 ق جلسة 1979/2/8)

112- استحقاق المحامي الأتعاب ولو كان غير مقيد أمام المحكمة

المرفوع إليها الدعوى:

يستحق المحامي الأتعاب المتفق عليها ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، ذلك أن المحامي له أن يستعين بمحاميين آخرين لإنهاء العمل الذى كلف به.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"... كما أيد الحكم المطعون فيه قرار النقابة فى تقديره لأتعاب المطعون عليه عن القضايا التى باشرها على أن الطاعن لم يجادل فى أن المطعون عليه قد باشر تلك الأعمال القضائية بتكليف منه حسبما هو واضح من المذكرات ومن محاضر الجلسات ولايحول دون ذلك أن بعض القضايا لا يجوز للمطعون عليه الحضور فيها لعدم قيده أمام محاكم الاستئناف لأن للمحامي أن يستعين بمحاميين آخرين لإنهاء العمل الذى كلف به".

(طعن رقم 665 لسنة 46 ق جلسة 1978/5/18)

إلا أنه يجب أنه يكون هناك عقد وكالة بين المحامي والموكل، وأن يستمر هذا العقد وقت قيام العمل الموكل إليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "مقتضى نص المواد 46، 47، 50، 51 من القانون 96 لسنة 1957 بشأن المحاماة أمام المحاكم أنه لا يجوز للمحامي أن يطالب خصما بمقابل أتعابه على أساس هذا القانون إلا إذا كانت تربطه به صلة الوكالة".

(طعن رقم 106 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/12)

2- "ناطت المادة 46 من القانون رقم 196 لسنة 1957 بالمحاماة أمام المحاكم بمجلس نقابة المحامين تقدير أتعاب المحامي إذا اختلف عليها مع الموكل

ولم يكن بينهما اتفاق مكتوب بشأنها. وقد جاء نص هذه المادة عاما لا يفرق بين محام مشتغل وآخر غير مشتغل بل إنها جعلت المناط فى قبول الطلب أن يكون متعلقا بأتعاب محام عن عمل من أعمال المحاماة، وعلى ذلك يكون شرط الاشتغال بالمحاماة منوطا بوقت أداء العمل الذى يطلب تقدير الأتعاب عنه لا بوقت طلب التقدير".

(ظن رقم 577 لسنة 34 ق جلسة 1969/1/30)

113 - استحقاق المحامى الأتعاب ولو جوزى بالمنع من مزاوله المهنة :

إذا جوزى المحامى بالمنع من مزاوله المهنة لارتكاب مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بالمادة 98 من قانون المحاماة 17 لسنة 1983. فإنه يترتب على ذلك نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين ولايجوز له فتح مكتبه طوال مدة المنع. ومع ذلك يبقى خاضعا لأحكام القانون. وإذا زاول المحامى مهنته فى فترة المنع يعاقب تأديبيا بمحو اسمه نهائيا من الجدول (م100). ومؤدى ما تقدم أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى يجازى بالمنع من مزاوله المهنة صفته كمحام، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لا يبطل عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية. ومن ثم يستحق المحامى الأتعاب المتفق عليها طالما قام بأداء واجبه.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص الفقرة الرابعة من المادة 22 من القانون رقم 96 لسنة 1957 الخاص بالمحاماة، والذى كان ساريا وقت نظر الاستئناف أن الجزاء الذى رتبته القانون على من زاول أعمال مهنة المحاماة رغم استبعاد اسمه من جدول المحامين هو إحالته على مجلس التأديب لتوقيع الجزاء الذى فرضه القانون لهذه المخالفة وأن هذا الاستبعاد يزول بمجرد سداد الاشتراك المتأخر ومؤدى ذلك أن المشرع لم يرد أن ينزع عن المحامى الذى لم يقم بسداد الاشتراك فى الميعاد صفته

كمحام، وأن مباشرته لأعمال مهنته رغم استبعاد اسمه لا يبطل عمله، وإنما يعرضه للمحاكمة التأديبية، وذلك أيضا هو ما ذهب إليه قانون المحاماة الجديد رقم 61 لسنة 1968 الذي جعل العقوبات التأديبية بالمادة 142 تتدرج من الإنذار إلى اللوم إلى المنع من مزاوله المهنة، ثم إلى محو الاسم نهائيا من الجدول وصرح في المادة 144 بأن منع المحامي من مزاوله مهنة يترتب عليه نقل اسمه إلى جدول المحامين غير المشتغلين ومنعه من فتح مكتبه، كما أنه وإن نص في المادة 167 على أن تخلف المحامي عن أداء الاشتراك رغم إعداره يجعل اسمه مستبعدا من الجدول بقوة القانون، إلا أنه رتب على الوفاء بالاشتراك المذكور إعادة الاسم إلى الجدول بغير إجراءات مع احتساب مدة الاستبعاد في الأقدمية والمعاش. وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المحامي الذي وقع صحيفة الاستئناف كان مقيدا أمام محاكم الاستئناف حتى سنة 1967، واستبعد اسمه من الجدول في الفترة التي وقع فيها على صحيفة الاستئناف بسبب تأخره عن سداد اشتراك النقابة وكان الحكم المطعون فيه قد قضى ببطلان هذه الصحيفة استنادا إلى أن اسم المحامي الذي وقعها مستبعد من الجدول فخلط بذلك بين زوال صفة المحامي عنه وبين استبعاد اسمه من الجدول بصفة مؤقتة، مما لا ينزع عنه صفته كمحام، فإنه يكون قد خالف القانون".

(ظعن رقم 269 لسنة 37 ق جلسة 1972/5/4)

114 - ضمان خاص لأتباع المحامين:

تنص المادة 88 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن:
 "لأتباع المحامين وما يلحق بها من مصروفات امتياز يلي مباشرة حق الخزنة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة عمل المحامي أو الحكم في الدعوى موضوع الوكالة وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها".
 فالامتياز يرد على ما آل إلى الموكل نتيجة إما عمل المحامي أو الحكم في الدعوى موضوع الوكالة، وعلى ضمانات الإفراج والكفالات أيا كان نوعها. سواء

كان ما آل إلى الموكل منقولاً أو عقاراً فهو حق امتياز خاص يرد على العقار والمنقول.

وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد امتياز المصرفيات القضائية التى أنفقت فى حفظ أموال المدين وبيعها (مادة 1139 مدنى) وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم والحقوق الأخرى المذكورة فى المادة 1139 مدنى. ولكنه يتقدم على سائر حقوق الامتياز الأخرى المنصوص عليها فى المواد التالية. ويتقدم المحامى بأتعابه على سائر الدائنين، ولو كان لهم حق عينى على هذا العقار كامتياز أو رهن أو اختصاص ما لم يكن هذا الحق العينى مقيداً قبل أن يرفع المحامى دعواه بالأتعاب⁽¹⁾.

115- سقوط الأتعاب بالتقادم:

تنص المادة 86 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن: "يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابى بشأنها بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء الوكالة أو من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال. وتتقطع هذه المدة بالمطالبة بها بكتاب موصى عليه". وهذه المادة تطبيقاً للقواعد العامة المقررة فى التقادم المسقط المنصوص عليها بالمادة 376 مدنى التى تجرى على أن: "تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيدالة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبده من مصروفات".

كما تنص المادة 379 مدنى أن: "1- يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين 376، 378 من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى.

2- وإذ حرر سند بحق عن هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس

(1) السنهورى ص 704.

عشرة سنة".

فيجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول:

ألا يكون بيد المحامي سند مكتوب بأتعابه:

وفي هذا الفرض يسقط حق المحامي في مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب من تاريخ انتهاء الوكالة أى تمام العمل الموكل إلى المحامي القيام به. على تقرير أن حقه في الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة 51 من قانون المحاماة رقم 96 لسنة 1957 - الذى يحكم واقعة الدعوى على أن يسقط حق المحامي في مطالبة موكله بالأتعاب عند عدم وجود سند بها بمضى خمس سنوات ميلادية من تاريخ انتهاء التوكيل ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط، والمنصوص عليها فى المواد 376، 379، 381 من التقنين المدنى. وعلى ذلك فإن مدة التقادم المنصوص عليها فى هذه المادة تسرى من الوقت الذى يتم فيه المحامى العمل المنوط به بمقتضى التوكيل الصادر إليه على تقدير أن حقه فى الأتعاب يصبح مستحق الأداء من هذا الوقت".

(طعن رقم 171 لسنة 41 ق جلسة 1975/4/2)

أما إذا كان الموكل قد توفى فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ وفاته. وإذا كان العميل قد وكل المحامى لمباشرة نزاع معين فيجب اعتبار كل ما يتعلق بهذا النزاع من إجراءات وما يرتبط به من قضايا متعددة كلا لا يقبل التجزئة ولا تبدأ مدة التقادم إلا من تاريخ انقضاء التوكيل بالنسبة لهذا النزاع أو من تاريخ الفصل فى أوجه النزاع.

أما إذا تبين أن الموكل قد وكل المحامى فى جميع المنازعات الخاصة به

بلا استثناء وأنهما اعتادا تسوية الحساب بينهما فى فترات متباعدة مع بقاء الحساب جاريا بينهما فى هذه الحالة لا يبدأ التقادم فى السريان إلا من تاريخ انقضاء التوكيل⁽¹⁾.

ويسرى هذا التقادم على الأتعاب المستحقة للمحامى فى نزاع قضائى اضطلع المحامى بالدفاع فيه أمام القضاء، وعلى سائر الأتعاب التى يستحقها عن أى عمل قام به لصالح الموكل ولم يطرح أمره أمام القضاء، كأن يكلف بقسمة شركة انتهت وديا بعقد حرره⁽²⁾.

ولا تسرى مدة سقوط الأتعاب بالتقادم فى حالة وقف الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"إذا قررت محكمة الموضوع أن عمل المحامى فى الدعوى لم ينته بقرار الإيقاف، بل إنه كان لا يزال مكلفا بمباشرة الدعوى إذا قدمت من بعد للمحكمة لسبب ما، ومن ثم لا يوجب لسريان مدة سقوط الحق فى الأتعاب، فهذا هو تقرير من محكمة الموضوع وفهم منها لحاصل الواقع فى الدعوى مما لا رقابة لمحكمة النقض عليه".

(طعن رقم 67 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28)

وينقطع التقادم بما يأتى:

- 1- إقرار المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا (م/384/1 مدنى).
- 2- المطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة (م/383 مدنى).
- 3- المطالبة بالأتعاب بكتاب موسى عليه. وهذا الإجراء نص عليه فى

(1) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعة الثانية 1966 ص 566 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 704 - محمد على عرفه ص 446.

المادة 286 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 استثناء من القواعد العامة.

الفرض الثاني:

إذا كان بيد المحامي سند بالأتعاب، أى اتفاق مكتوب بمقدار الأتعاب أو حكم أو عقد صلح مصدق عليه من المحكمة، فإن حق المحامي يسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأتعاب أو صدور الحكم أو عقد الصلح. وهذا ما يتفق مع الفقرة الثانية من المادة 379 مدنى التى تنص على أن: "إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".



مادة (710)

على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة. فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شئون الوكالة، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك.

الشرح

التزام الموكل برد ما بذله الوكيل من نفقات:

116- المقصود بالنفقات:

يقصد بالنفقات التي يلتزم الموكل بردها إلى الوكيل، النفقات اللازمة لتنفيذ الوكالة، فإذا كانت الوكالة في شراء عقار أو منقول، كان ثمن الشراء من النفقات التي يلتزم بها الموكل، وكذا مصاريف إدارة المصنع أو المتجر الذي عهد الموكل إلى الوكيل بإدارته.

وكذا النفقات التي يبذلها الوكيل من ماله الخاص كمصاريف سفر طويل أو

أتعاب خبير.

وهذه النفقات قد يتفق صراحة بين الموكل والوكيل على أن يؤديها الأول للثاني. وقد يكون هناك اتفاق ضمنى على التزام الوكيل بها يستخلص هذا الاتفاق من الظروف، كأن تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة، كالمحامى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها، وكأن يوكل الوكيل في شراء منزل فيكون له أن يتقاضى الثمن أو في شراء أسهم وسندات فيكون له أن يتقاضى قيمتها.

ويدخل فى هذه النفقات ما يكون الوكيل قد التزم به شخصيا نحو الغير فى سبيل تنفيذ الوكالة، إما لأن التنفيذ استوجب منه ذلك، وإما لأنه يعمل مسخرا باسمه الشخصى ولحساب الموكل كما سنرى⁽¹⁾.

وكان المشروع التمهيدي للمادة 710 يتضمن فقرة ثانية فى هذا المعنى تجرى على ما يأتى:

"ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات، تنفيذا للوكالة تنفيذا معتادا"، إلا أن هذه الفقرة حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وقد تدل الظروف على أن الموكل يلتزم بإعطاء الوكيل مقدما ما ينفق منه على شئون الوكالة، كالمحامى الذى يتقاضى من موكله مقدما الرسوم القضائية الواجب دفعها".

(1) السنهورى ص 210.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"توجب المادة 528 من القانون المدنى القديم على الموكل أن يؤدى "المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه". فإذا كان الحكم المطعون فيه قد كيف العلاقة بين الطرفين فى خصوص ثمن المهمات التى تعهدت الشركة الطاعنة بتوريدها إلى مصلحة السكك الحديدية (المطعون عليها) من الشركات الإنجليزية، بأنها علاقة وكيل بموكله وكان الطرفان قد اتفقا على تعديل طريقة الوفاء بالثمن إلى العملة المصرية بدلا من الفرنك البلجيكى فإنه يتعين أن يحدد الثمن بالفرنك البلجيكى مقوما بالعملة المصرية على أساس السعر الفعلى لها وقت حصول ذلك الاتفاق. وقد كان الحكم المطعون فيه قد انحرف عن هذا النظر واعتبر أن الثمن يتحدد بعدد الجنيهات الاسترلينية التى تقاضتها الشركات الإنجليزية من الشركة الطاعنة دون نظر إلى ما تحملته الأخيرة فعلا فى سبيل الحصول على تلك الجنيهات فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

ويقع على عاتق الوكيل إثبات هذه النفقات، وهو فى الغالب يثبت ذلك بالمستندات التى يحصل عليها، كما أن له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية.

117- النفقات المقصودة هى النفقات المعتادة:

تنص المادة 710 على أن: "على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد... إلخ" - وقد يحمل النص على اللبس إذ قد يفهم منه وجوب رد النفقات مادام التنفيذ معتادا ولو كانت النفقات غير معتادة. ولكن قصد الشرع واضح فى تقدير أن الموكل لا يلزم إلا بالنفقات المعتادة أى المعقولة، التى يبررها العرف والمسلك المعقول تبعا لطبيعة العمل. وإذا كان هذا الحكم طبيعيا فى الوكالة التفضلية فإن إرادة الطرفين أو العرف قد يقضيان فى الوكالة المأجورة بمخالفته ويتحمل الوكيل نفقات التنفيذ فى نظير ما يتقاضاه من أجر⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك يحق للموكل أن يطالب بتخفيض النفقات التى أنفقها الوكيل إذا كانت زائدة على حاجة العمل الذى قام به، وأنه كان فى وسعه أن يؤدى عمله بنفقات أقل من تلك التى أنفقها.

وإذا أثبت الموكل تقصير الوكيل فى الوكالة أو إهماله فى تحرى مواطن الإنفاق، كما إذا وكل شخصا بشراء كمية من القطن دون تحديد رتبته فاشتراها من أعلا رتبة، وأنفق فى هذا السبيل نفقات باهظة، فلا يكون على الموكل فى مثل هذه الحالة أن يرد إليه إلا ما يعادل ثمن الكمية التى اشتراها من رتبة متوسطة، إذا كان حتما على الوكيل أن ينفذ الوكالة على هذا النحو، طالما أنه قد ترك إليه أمر تحديد الرتبة، وكان فى إمكانه أن يفتق بتقديم قطن من الرتبة المتوسطة لسابق علمه بالباعث على طلبه. ومن هذا القبيل أن يرفع الوكيل دعاوى على الغير دون

(1) أكثم الخولى ص 235 - محمد على عرفه ص 400.

التحقق من استنادها إلى أساس من القانون (1).

ويشترط أن تكون النفقات التي يطالب بها الوكيل مشروعة، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له استردادها.

وكانت المادة 649/528 من التقنين القديم تنص على هذا الشرط صراحة إذ تقضى بأن على الموكل: "أن يؤدي المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانوناً". غير أن التقنين الجديد لم يورد نصاً مماثلاً تأسيساً على أن حكمها واضح لا يحتاج إلى نص.

ولم يعلق المشرع حق الوكيل في استرداد هذه النفقات على نتيجة سعيه في تنفيذ الوكالة، مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة، فإن من حقه أن يسترد سائر ما أنفقه في هذا السبيل.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويسترد الوكيل النفقات سواء نجح في مهمته أو لم ينجح" (2).

ويختلف الوكيل عن الفضولى في استرداد المصروفات، فالفضولى لا يسترد إلا النفقات الضرورية والنافعة (م 195 مدنى). والسبب في هذه التفرقة أن الفضولى يقحم نفسه في شئون الغير دون أن يطلب إليه ذلك. أما الوكيل فإنه يبذل خدماته للموكل بناء على طلبه، فيجب أن يرد إليه ما أنفق بغض النظر عن إفادته من سعيه.

118 - جواز الاتفاق على خلاف حكم المادة:

ما تقضى به المادة 710 مدنى من التزام الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، مما لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز اتفاق الطرفين على التزام الوكيل بهذه النفقات أو بقدر منها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عرفه ص 40 وهامش (3).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 222.

"الأصل أن يلتزم الموكل بالمصروفات التي يتكدها الوكيل بالعمولة لإتمام العمل المسند إليه، إلا أن هذا الشرط ليس من النظام العام ويجوز لطرفي العقد الاتفاق على مخالفته".

(طعن رقم 464 لسنة 35 ق جلسة 1970/1/29)

119 - فوائد النفقات التي أنفقتها الوكيل :

تنص المادة 710 في صدرها على أن: "وعلى الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق..".

فالوكيل يستحق فوائد ما أنفقه في تنفيذ الوكالة من وقت الاتفاق.

وهذا الوضع طبيعي ومحقق للعدالة على الوجه الأكمل. فالأصل أن يقدم الموكل المبالغ اللازمة لتنفيذ الوكالة فإذا كان الوكيل قد اضطر إلى الإنفاق من ماله الخاص في هذا السبيل، فمن الطبيعي ألا يحرم من ماله عبثاً حتى لا يثرى الموكل على حسابيه، ولما كان الوكيل حرم بتقديمه هذه المبالغ لمصلحة الموكل من استثمارها في وجه يعود عليه بالنفع الخاص، فمن العدل إذن أن يعوضه الموكل عن نتائج هذا الحرمان بأن يحتسب له فوائد هذه المبالغ من يوم إنفاقها⁽¹⁾.

وهذه القاعدة تقابل قاعدة سريان الفوائد على الوكيل الذي يستعمل مال الموكل لصالحه من وقت الإنفاق (مادة 2/706 مدنى).

وقد سوى التقنين المدنى الجديد بين الوكيل الفضولى، ففضى بأن تحتسب الفوائد لصالح الأخير عن النفقات التي يحق له المطالبة بها من يوم دفعها (مادة 195 مدنى). ومع أن قياس الفضولى على الوكيل قياس مع فوارق كثيرة، أبرزها أن الفضولى لا يصح أن يتخذ من إقامه نفسه فى مصالح غيره ذريعة لاستثمار نقوده، ولو ثبت أن ما أنفقه عاد بالمنفعة على رب العمل.

120 - تقادم الالتزام برد المصروفات :

(1) محمد على عرفه ص 401.

يسقط الالتزام برد المصروفات بالتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة. وتبدأ هذه المدة من تاريخ استحقاق المصروفات، وهو تاريخ تقديم الحساب ذلك أن الموكل لا يعلم بما ينفقه الوكيل إلا عن طريق تقديم الحساب، وليس للوكيل أن يطالبه بما أنفق إلا من هذا التاريخ فلا يسرى التقادم فى حقه إن قبل هذا الوقت، لأن هذه الفوائد تدرج مع المصروفات فى الحساب إذا بقى للموكل رصيد دائن.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

مفاد نص المادة 375 من القانون المدنى أن التقادم الخمسى لا يسرى إلا بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة، ومن ثم فلا يسرى على المبالغ التى يؤديها الوكيل لحساب الموكل - تنفيذًا لعقد الوكالة - ويمتنع الأخير عن أدائها له، وإنما يتقادم حق الوكيل فى مطالبة الموكل بهذه المبالغ بخمس عشرة سنة، ولا يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق مادامت الوكالة قائمة".

(طعن رقم 1012 لسنة 54 ق جلسة 1992/5/24)



مادة (711)

يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه

بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذًا معتادا.

الشرح

121- شرطًا تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر:

تنص المادة 711 مدنى على أن: "يكون الموكل مسئولًا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذًا معتادا"⁽¹⁾.

(1) ولم يكن لهذا النص مقابل في النقتين المدنى القديم، ومع ذلك أخذت محكمة النقض بمبدأ التعويض.

فقد قضت بأن:

"إن الشارع المصرى إذ أوجب على الموكل فى المادة 528 مدنى - قديم - أن يؤدى المصاريف المنصرفة من وكيله المقبولة قانونًا أيا كانت نتيجة العمل إذا لم يحصل من الوكيل تقصير فيه كان يعنى حتمًا تعويض الوكيل تعويضًا كاملًا ويرمى إلى تحقيق هذا الغرض الذى لن يتوافر إلا بإحاطة الوكيل بسياج من الضمان يكفل له الحصول على مقابل الضرر الذى يتحملة فى شخصه وفى ماله وإن كانت هذه المادة منقولة عن المادة 1999 من المجموعة المدنية الفرنسية التى تليها المادة 2000 وفيها نص صريح على أن الموكل عليه تعويض الوكيل عن الخسارة التى يتحملها بغير تقصير منه بسبب قيامه بأعمال الوكالة، إلا أنها فى الواقع شاملة لكلتا الحالتين فالمصاريف نوع من الخسائر وخروجها من مال الوكيل من شأنه أن ينقص هذا المال ويلحق به خسارة تعادل النقص الذى حل به. وإذا كان المشرع الفرنسى قد عمد إلى الإسهاب والإيضاح فقد نحا المشرع المصرى فى القانون المدنى القديم منحى طابعه الإيجاز فقرر مبدأ التعويض وترك الباب مفتوحًا أمام القاضى فى مجال التطبيق العملى ليسير بالمبدأ إلى غايته ويحمل الموكل تبعية تعويض الوكيل مادام هذا الأخير يعمل فى حدود الوكالة. ومادام الضرر لم يكن ناشئًا عن خطئه وتقصيره، وإيراد المشرع المصرى =

= لهذا المبدأ فى المادة 711 - مدنى جديد- التى تنص على أن الموكل يكون مسئولًا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذًا معتادا لم يقصد به الاستحداث بل زيادة الإيضاح".

ويشترط لاستحقاق الوكيل التعويض عما يصيبه من ضرر توافر الشروط

الآتية:

الشرط الأول:

أن يكون تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا هو سبب الضرر:

تنص المادة على أن يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا.

ذلك أنه بصرف النظر عن الأحوال التي يلتزم بها الموكل بالتعويض تطبيقا للإثراء بلا سبب - كما في المثال الذي أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدني - والذي سيلي ذكره⁽¹⁾ - أو لثبوت خطأ الوكيل الذي ألحق الضرر بالوكيل. فإن المادة لا يمكن أن تفسر إلا على أنها تنشئ على عاتق الموكل مسئولية أساسها تحمل التبعة مادام يلزمه بتعويض الوكيل عن مخاطر تنفيذ الوكالة عامة ولو لم ينسب إليه أى خطأ. لذلك يجب عدم التوسع في هذه المسئولية⁽²⁾، فيجب أن يكون التعويض قاصرا على الضرر الذي يصيب الوكالة تنفيذا معتادا أى أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر. فإذا خرج الوكيل فى تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد وأصيب من جراء ذلك بضرر لم يكن الموكل مسئولا عن تعويض هذا الضرر.

وقد ضربت المذكرة الإيضاحية مثلا على الضرر المباشر هو أن يضحى الوكيل بمصلحة شخصية له حرصا على مصلحة أكبر للموكل. فقد جاء بها: "وإذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، ولم يكن قد ارتكب خطأ

(طعن رقم 72 لسنة 19 ق جلسة 1951/2/1)

(1) وهو أن يضحى الوكيل بمصلحة شخصية له حرصا على مصلحة أكبر للموكل.

(2) أكثم الخولى ص 237 - السنهورى ص 721.

تسبب عنه هذا الضرر، فإن له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر كما يرجع الفضولى (م269 من المشروع). مثال ذلك أن يضحى بمصلحة شخصية له حرصاً على مصلحة أكبر للموكل⁽¹⁾.

ومن صور ذلك أن يكون الوكيل بين أن ينقذ مالا مملوكاً له أو مالا فى يده لموكله، أو كان فى وسعه أن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص. أو إذا ضيع على نفسه صفقة فى سبيل أن يحقق للموكل ربحاً أكثر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه.

أما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر فى الضرر، فإن الموكل لا يلتزم بتعويض الوكيل عن هذا الضرر، ولو كان الضرر وقع بمناسبة هذا التنفيذ، فإذا وكل محام فى قضية تطلبت منه أن يسافر إلى مقر المحكمة فركب قطاراً أو سيارة أو سفينة وفى الطريق وقع اصطدام بالقطار أو بالسيارة أو غرقت السفينة فجرح المحامى أو قتل أو غرق لم يكن الموكل مسئولاً عن التعويض⁽²⁾.

وفى هذا يختلف القانون المصرى عن القانون الفرنسى، إذ استقر القضاء على أن المادة (2000) من التقنين المدنى الفرنسى المقابلة لنص المادة (710) تقضى بتعويض الضرر الذى يقع بمناسبة تنفيذ الوكالة.

على أنه يجوز أن يصيب الوكيل ضرر فى جسمه أو فى ماله بسبب قيامه بأعمال الوكالة نفسها، فيكون الموكل مسئولاً عن التعويض كأن تكون الوكالة بالذات واقعة على استئجار قطار أو سيارة أو سفينة للقيام برحلة مدرسية أو عمالية أو نحو ذلك، فيجرح الوكيل أو يقتل أو يغرق، فيكون الضرر قد أصابه بسبب تنفيذ الوكالة⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 223.

(2) السنهورى ص724 - أكتف الخولى ص237-محيى الدين علم الدين ص225.

(3) السنهورى ص 724.

ويستوى أن يقع الضرر أثناء تنفيذ الوكالة أو بعد انتهائها.
كما يستوى فى استحقاق التعويض أن يكون الوكيل مأجورا أو متبرعا⁽¹⁾.

الشرط الثانى :

ألا يقع خطأ فى جانب الوكيل :

تشترط المادة لتحقق مسئولية الموكل عن الضرر المباشر الذى يلحق بالوكيل، أثناء تنفيذ الوكالة، ألا يصدر خطأ من الوكيل، وقد ورد النص على ذلك صراحة إذ جرت على أن: "يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه....".

فإذا كان الوكيل وهو يجرب آلة سيتعاقد على شرائها لحساب الموكل قد أصيب بواسطة هذه الآلة، كان على الموكل أن يعوضه عن ذلك، إذا لم يكن هناك خطأ فى جانب الوكيل أدى إلى وقوع الضرر. فإذا كان الوكيل لا يحسن استعمال الآلة ومع ذلك تصدى لتجربتها بنفسه دون أن يعهد بذلك إلى فنى مختص فإنه يكون مخطئا ولا يكون له حق التعويض⁽²⁾.

ويجب أن يكون الخطأ الصادر من الوكيل الذى ينفى مسئولية الموكل عن التعويض، خطأ ثابتا لا خطأ مفترضا، كمسئولية الوكيل باعتباره حارسا للشىء. ومثال ذلك أيضا أن يكون الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة فأصبح مسئولا قبل من تعامل معه، أو ارتكب خطأ جعله مسئولا قبل الغير، أو ارتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها⁽³⁾.

(2) محيى الدين علم الدين ص 225 - السنهورى ص 726 - وعكس ذلك أكثر الخولى ص 237 إذ يقصر التعويض على الوكالة التفضلية إذ لا يرى معنى لإلزام الموكل بتحمل مخاطر تنفيذ الوكالة المأجورة مع أنها تكون فى الغالب من مخاطر حرفة الوكيل.

(3) محيى الدين علم الدين ص 225.

(1) السنهورى ص 725.

وبالتالى يكون الموكل مسئولاً عما يحدث للوكيل أثناء تنفيذ الوكالة، سواء بخطئه هو أو خطأ الغير أو قوة قاهرة أو حادث فجائى.

122- هل يشترط ألا يكون هناك مصدر آخر للتعويض؟

ذهب رأى فى الفقه إلى أن النص لا ينطبق إلا إذا لم يكن هناك من يلتزم بتعويض الضرر الذى أصاب الوكيل. أما إذا كان هناك من يلتزم بتعويض هذا الضرر، فلا محل للرجوع على الموكل الذى لم يرتكب أى خطأ. وسند هذا رأى هو عدم التوسع فى تفسير النص سالف الذكر باعتباره ينشئ على عاتق الموكل مسئولية أساسها تحمل التبعة.

بينما ذهب رأى الغالب - الذى نؤيده - إلى أن القانون لم يشترط لتحقيق مسئولية الموكل، إلا انتفاء خطأ الوكيل. أما إذا وجد شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذى أصاب الوكيل، فإن ذلك يجعل هذا الشخص هو والموكل معا مسئولين بالتضام نحو الوكيل وإذا رجع الوكيل على الموكل بموجب المسئولية العقدية، جاز أن يرجع الموكل بموجب المسئولية التقصيرية على هذا الشخص المسئول عن الضرر الذى أصاب الوكيل⁽¹⁾.

ولما كان التزام الموكل بالتعويض مصدره عقد الوكالة فإن مسئوليته تسقط بخمس عشرة سنة طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية. وتسرى هذه المدة من وقت وقوع الضرر أو من وقت التصديق على الحساب⁽²⁾.

123- الإغفاء من المسئولية وتعديلها:

مسئولية الموكل قبل الوكيل مسئولية عقدية، ومن ثم يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إغفاء الموكل من المسئولية. إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه

(2) السنهورى ص 726 هامش (2) - محيى الدين علم الدين ص 225.

(3) السنهورى ص 727 وما بعدها.

الجسيم (م 1/217 مدنى).

ويمكن استخلاص الاتفاق على الإعفاء ضمنا من ظروف الوكالة ومن حالة الوكيل، وبخاصة إذا كان الوكيل بأجر، وكان الضرر الذى أصابه هو الضرر المألوف الذى يتعرض له بسبب مهنته⁽¹⁾.

كما يجوز - من باب أولى - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية.



(1) السنهورى ص 727 وهامش (4).

مادة (712)

إذ وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك.

الشرح

124- تضامن الموكلين المتعددين :

إذا تعدد الموكلون في تصرف واحد، كانوا متضامنين في التزامهم قبل الوكيل. وفي هذا النص خروج على القاعدة العامة التي تقضى بأن التضامن لا يكون إلا باتفاق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وإذا تعدد الموكلون في العمل الواحد كانوا متضامنين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة إلى شرط خاص في ذلك. وفي هذا استثناء من القاعدة التي تقضى بأن التضامن في المسؤولية التعاقدية لا يكون إلا بشرط خاص وإذا أريد نفي التضامن وجب اشتراط ذلك"⁽¹⁾.

وواضح من المادة أنه يشترط لقيام التضامن بين الموكلين المتعددين توافر

شروطين:

الشرط الأول: أن يكون هناك موكلون متعددون تربطهم عقد وكالة بالوكيل.

فلا يقوم التضامن في النيابة القانونية أو النيابة القضائية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة 712 من القانون المدني على أنه "إذا وكل أشخاص متعددون

وكيلا واحدا في عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 223.

الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك " مفاده أنه إذا تعدد الموكلون فى تصرف واحد، كانوا متضامنين نحو الوكيل، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول باشر الأعمال الإدارية والقضائية نيابة عن الطاعنين جميعا بمقتضى الوكالة المخولة لهم من وكيلهم المطعون عليه الثانى، فإن الطاعنين يكونون متضامنين فى التزامهم نحو المطعون عليه الأول وهو ما نص عليه فى عقد الاتفاق سند الدعوى".

طعن رقم 1070 لسنة 48 ق جلسة 1979/1/18

الشرط الثانى: أن تكون الوكالة فى عمل مشترك أى واحدا لا عدة أعمال يتعلق كل منها بأحد الموكلين.

ويستوى أن تكون الوكالة بغير أجر أو تكون بأجر.

ولم يضع القانون حدودا لهذا التضامن ولذلك يجب القول بأنه يمتد إلى كافة الالتزامات التى تنشأ على أحد الموكلين المتعددين سواء كان مصدرها الخطأ - عمديا أو غير عمدي - أو تحمل التبعة أو الإثراء بلا سبب⁽¹⁾.

ويسرى التضامن على كافة التزامات الموكلين، من الوفاء بالأجر والالتزام برد المصروفات والالتزام بالتعويض عن الضرر. فيجوز للوكيل الرجوع على أى منهم بهذه الالتزامات جميعها، كما يجوز الرجوع عليهم جميعا فيكونون متضامنين فى هذه الالتزامات.

وتضامن الموكلين مما لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك نصت المادة فى عجزها على أن "ما لم يتفق على غير ذلك" فيجوز الاتفاق على استبعاد التضامن بحيث يكون كل وكيل مسئولا عن الالتزامات بالنسبة التى يتفق عليها، فإن لم يتفق على نسبة معينة كان مسئولا بنسبة ما له من مصلحة⁽²⁾.

(1) أكثم الخولى ص 241.

(2) السنهورى ص 737.

125- ضمانات أخرى للوكيل تقررها القواعد العامة :

إلى جانب الضمان المقرر للوكيل قبل الموكلين طبقا للمادة 712، فإن

الوكيل يفيد من الضمانات التي تقرها القواعد العامة وهي:

1- حق الحبس.

2- حق الامتياز.

3- حق الاختصاص.

وقد تناولنا شرح هذه الضمانات في مواضعها بالموسوعة.



مادة (713)

تطبق المواد من 104 إلى 107 الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل.

الشرح**(آثار الوكالة بالنسبة للغير)****(أ) حالة التزام الوكيل حدود الوكالة:****126-أولا: علاقة الموكل بالغير:**

حددت المادة 105 علاقة الموكل بالغير في حالة التزام الوكيل حدود الوكالة بقولها: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

ومن مقتضى ذلك أن يكون في وسع الغير الذي تعامل مع الوكيل في حدود الوكالة أن يطالب الموكل مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي باشره الوكيل. وكذلك للموكل أن يرجع مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة من هذا التعاقد في ذمة الغير. لأن شخص الوكيل يختفى فيما بينهما طبقا للقواعد العامة في النيابة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"كذلك ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الوكيل باسم الموكل، سواء فى ذلك ما يولده من حقوق وما يترتب عليه من التزامات، إلى الموكل مباشرة. ومن أجل ذلك أعطى للغير الذى يتعاقد مع الوكيل الحق فى مطالبته بأن يثبت وكالته ومدى هذه الوكالة.... إلخ"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 226.

وحسب الغير أن يتحقق من أن العمل الذى يجريه الوكيل يتفق وظاهر التوكيل، بصرف النظر عن كون الوكيل قد جاوز حدود الوكالة فى الواقع. وبعبارة أخرى لا يقبل من الموكل أن يحتج على الغير حسن النية بتجاوز الوكيل حدود الوكالة إذا لم يكن فى وسع الغير أن يعلم بهذا التجاوز، ولم يكن فى ظاهر التوكيل ما يساعد على الكشف عنه⁽¹⁾.

فإذا تضمن التوكيل تفويض الوكيل فى اقتراض ألف جنيه، فعقد قرضا مع "خالد"، ثم كرر هذه العملية مع "بكر"، فإن الموكل يصبح ملتزما بسداد دين كل من "خالد" و "بكر". ولا يجوز له أن يحتج فى مواجهة الأخير بأن الوكيل قد تجاوز بتعامله معه حدود الوكالة، إذ يكون فى وسع "بكر" فى هذه الحالة أن يتحصن وراء حسن نيته ولا يكون للموكل إلا أن يلوم نفسه على إبقائه سند التوكيل تحت يد وكيل غير جدير بالثقة التى وضعها فيه.

ولما كان حسن النية مفروضا دائما، فإنه على الموكل الذى يدعى أن الغير كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود الوكالة أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه، وهو يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيينة والقرائن.

ويتفرع عن كون الموكل مسئولا مباشرة عن سائر التصرفات التى يأتيتها الوكيل فى حدود وكالته النتائج الآتية:

(1) أن الأحكام التى تصدر فى مواجهة الوكيل بهذه الصفة تعتبر كأنها صدرت فى مواجهة الموكل، ويمكن التنفيذ بمقتضاها على أمواله مباشرة.

(2) أن الموكل يعتبر مسئولا عن الامتناع عن إبرام التصرف الذى عقدت من أجله الوكالة⁽²⁾.

(3) أنه إذا صدرت ورقة مكتوبة من الوكيل، فإنها تكون حجة على الموكل بتاريخها العرفى، لأن الموكل لا يعتبر من الغير الذى عنتهم المادة 15 من قانون الإثبات، عند اشتراطها إثبات تاريخ المحررات العرفية للاحتجاج به فى مواجهتهم.

(1) محمد على عرفه ص 407.

(2) محمد على عرفه ص 407.

فتاريخ هذه المحررات العرفية يكون حجة على الموكل حتى يقيم الدليل على عدم صحته.

فإذا كان تاريخ المحرر العرفي سابقا على انتهاء الوكالة، وأراد الموكل عدم الاحتجاج به عليه، كان له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن التاريخ العرفي للورقة مخالف للحقيقة وأنه صدر في تاريخ سابق للوكالة أو لاحق لإنهاء الوكالة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) - "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 في التصرف الذي أبرمه وكيله لحسابه، كما يكون هذا التاريخ حجة على وارث الأصيل بحكم كونه خلفا عاما لمورثه".

(ب) - "إذا ادعى الأصيل - أو وارثه - عدم صحة التاريخ المدون بالورقة - العرفية - وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذي أجراه الوكيل صدر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل - أو وارثه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن إذ المضرور بالغش لم تكن له خيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في الإثبات بحصره في طريق دون آخر".

(طعن رقم 167 لسنة 39 ق جلسة 1974/3/26)

2- "إذ كان الأصيل لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى المحرر العرفي الذي وقعه نائبه أيا كانت صفته في النيابة، ويكون المحرر حجة عليه وفق المادة 15 من قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، فإن إيصالات سداد الأجرة محل النعي تكون حجة على الطاعن في تاريخها ولو لم يكن نائبا طالما لم يقيم الدليل على عدم صحة هذا التاريخ باعتباره طرفا فيها بواسطة وكيله".

(طعن رقم 969 لسنة 44 ق جلسة 1978/3/15)

(4) إذا صدر إقرار عن الوكيل يكون هذا الإقرار حجة على الموكل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليه بطلباته على الطاعن قد أقيم على سند المديونية المحرر على آخر بوصفه وكيلًا عن الطاعن، وكان الحكم قد أثبت بالأدلة السائغة التى أوردها أن الوكيل لم يخرج فى إقراره بالدين للمطعون عليه بمقتضى السند موضوع الدعوى عن حدود وكالته، فيكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بأنه لا يقوم على أساس قانونى".

(طعن رقم 254 لسنة 20 ق جلسة 1953/12/24)

(ب) - "وإن كان مفاد نص الفقرة (ب) من المادة الثانية من القانون رقم 121 لسنة 1947 المقابلة للفقرة (ب) من المادة 23 من القانون رقم 52 لسنة 1969 أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المكان المؤجر من الباطن أو يتنازل عن عقد الإيجار بغير إذن كتابى صريح من المالك، إلا أن قبض المالك أو وكيله الأجرة من المستأجر من الباطن أو التنازل عن عقد الإيجار مباشرة ودون تحفظ يقوم مقام الإذن الكتابى الصريح الذى اشترطه القانون باعتبار أن الكتابة وسيلة للإثبات وليست ركنا شكليا فى الإذن ومن ثم يعد بمثابة إقرار من المالك للإيجار من الباطن أو التنازل عنه".

(طعن رقم 403 لسنة 43 ق جلسة 1977/1/12)

(5) إن ورقة الضد التى يحررها الوكيل يحتج بها فى مواجهة الموكل كما لو كان قد وقعها بنفسه، فالموكل لا يعتبر فى هذه الحالة من الغير الذين لا يصح التمسك ضدهم بمضمون هذه الورقة.

(6) أن حيازة الوكيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "حيازة الوكيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به

قانونا، ومن ثم يعتبر الأصيل مستمرا فى وضع يده مدة حيازة الوكيل وتحسب له هذه المدة فى التقادم المكسب السارى لمصلحته. وإذ كان مجرد ثبوت أن الوكيل من مورث الطاعنين - إبان وضع يده على عقار موكله - كان وكيلا أيضا عن المطعون عليه الذى ينازعهم فى ملكية هذا العقار، ليس من شأنه أن يؤدى بذاته إلى إسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنين من مدة التقادم السارى لمصلحة هذا المورث، بل لا يكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بوساطة وكيله عيب من العيوب التى تفقدها أثرها فى كسب الملكية بالتقادم وهى الإكراه والخفاء واللبس أو الغموض، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفض طلب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العقار محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ فى القانون".

(طعن رقم 235 لسنة 28 ق جلسة 1963/6/6)

وذهبت محكمة النقض إلى أن الأصيل يكون مسئولا نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها.

إذ قضت بأن:

(أ) - "الأصيل مسئول نحو الغير عن خطأ الوكيل فى حدود قواعد المسئولية التقصيرية، وكذلك فى حدود قواعد الوكالة ذاتها، فإذا كان الحكم قد اكتفى بنفى الخطأ عن المطعون عليه فى سفره إلى الخارج دون أن يبحث موقف زوجته باعتبارها وكيلة عنه فى إبرام الصفقة موضوع الدعوى بعد سفره حتى تنتهى مدة التفويض الصادر منه للطاعنين (السمسار) دون أن يبين السبب الذى دعاها إلى عدم إتمام العقد بعد أن قام الطاعنان خلال مدة التفويض بإرسال برقية وخطاب إلى المطعون عليه فى محل إقامته بالقاهرة لإخطاره بأن مالك العمارة قد وافق على إتمام الصفقة طبقا للتفويض ولكى يحدد موعدا للتوقيع على العقد الابتدائى،

فإن الحكم يكون قاصر البيان قصورا يشوبه ويبطله".

(طعن رقم 21 لسنة 32 ق جلسة 1967/11/14)

(ب)- "مفاد نص المادة السابعة من قانون المرافعات السابق والمادة 14 من القانون رقم 11 لسنة 1940 الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها، ومرتبطين أن المحضر الذى يباشر التنفيذ أو غيره ممن أجاز القانون أن يجرى التنفيذ الجبرى بواسطةهم، إنما يقومون بذلك التنفيذ بناء على توجيه من الخصوم لهذه الإجراءات، فإذا ما عين الخصوم إجراءات التنفيذ التى يطلبون اتخاذها، اعتبر المحضر أو من يباشر إجراء التنفيذ الجبرى ممن أجاز لهم القانون ذلك، وكلاء عن طالب التنفيذ الذى يسأل مسئولية مباشرة عن توجيه هذه الإجراءات فيما لو ترتب على ذلك الإضرار بالغير".

(طعن رقم 58 لسنة 36 ق جلسة 1970/4/14)

127- عدم انصراف أثر التصرف المبني على غش إلى الموكل :

تقف نيابة الوكيل عن الموكل عند حد الغش فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق الموكل، فإن التصرف الذى يعقده الوكيل مع الغير على هذا الوجه أو الإجراء الذى يتخذه لا ينصرف أثره إلى الموكل.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت المحكمة قد حصلت من الوقائع المطروحة أمامها أن الإقرار الصادر من وكيل المطعم عليها بصحة السند الذى طعنت فيه موكلته بالتزوير كان وليد الغش والتواطؤ مع الطاعنة فلا يسرى فى حق المطعم عليها كما لا يسرى فى حق القاصر لأن المطعم عليها لم تكن عينت وصيا عليه وقت صدور التوكيل ولم يوافق عليه المجلس الحسبى بعد تعيينها وفى هذا ما يكفى لإهدار حجيته فإنه يكون غير منتج ما تمسكت به الطاعنة من أن الإقرار صدر من وكيل

المطعون عليها قبل إلغاء توكيله".

(طعن رقم 215 لسنة 20 ق جلسة 1952/5/15)

2- "لئن كان الأصل وفقاً للمادة 105 من القانون المدني أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل. وإذ كان البين من الحكم الابتدائي الذي أحال إليه الحكم المطعون فيه لأسبابه أنه استخلص في حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود المطعون عليه الأول أن عقدي الإيجار سند الطاعن الأول صدر في ظرف مريبة وفي غير مواعيد تحديد عقود إيجار الأراضي الزراعية، وأن الطاعن الثاني لم يبرزهما إلا بعد أن دب الخلاف بينه وبين المطعون عليه الأول، واتخذ من عدم إشارة الطاعن الثاني في الإنذار الموجه منه إلى هذين العقدين قرينة على اصطناعهما وكانت هذه الأسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها الحكم من أن عقدي الإيجار قد حررا بطريق الغش والتواطؤ، وكان الحكم إذ تحدث عن صورية عقدي الإيجار الصادرين إلى الطاعن الأول من شقيقه الطاعن الثاني - بوصفه وكيلاً عن المطعون عليه الأول مستندا إلى القرائن التي استظهرها إنما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفي العقد إضراراً بالموكل، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 273 لسنة 42 ق جلسة 1976/4/7)

ولكن أثر التصرف ينصرف إلى الموكل ولو ألحق به غبنا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لا يشترط في الصلح أن يكون ما ينزل عنه أحد الطرفين مكافئاً لما ينزل عنه الطرف الآخر، وإذن فمتى كان التوكيل الصادر إلى وكيل المطعون عليهما يبيح له إجراء الصلح والنزول عن الدعوى، وكان الصلح الذي عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة واستوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين

عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بهذا الصلح، وإذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكله، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي إلى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة".

(طعن رقم 163 لسنة 21 ق جلسة 1953/10/22)

128- ثانياً: علاقة الوكيل بالغير:

لما كانت نتائج التصرف الحاصل بطريق النيابة تقع في ذمة الأصيل مباشرة فإن النائب يظل غريباً عن آثار ما عقده من تصرف باسم الأصيل، فهو لا يلتزم بذلك التصرف ولا يرتبط بمقتضاه مع الغير على أى وجه كان، وهكذا نجد النائب الذى كان له الدور الأكبر فى إبرام التصرف غير ذى دور فى الالتزام بأحكام ذلك التصرف، فهو بمجرد إبرامه ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية تاركاً بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد مع النائب رابطة قانونية مباشرة يحكمها ذلك التصرف المبرم بين النائب والغير. على أن نيابة الوكيل قد تشمل - فضلاً عن إبرام التصرف - تنفيذ التصرف الذى أوبرمه ففى هذه الحالة يكون له بصفته نائباً وطبقاً لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفى ويستوفى وأن يقاضى ويتقاضى للتوصل إلى تنفيذ العقد، ولكن كل ذلك بصفته وكيلاً ولحساب الأصيل لا لحساب نفسه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "مقتضى أحكام النيابة أن العمل الذى يجريه النائب يعتبر أنه صدر من الأصيل، ولذلك ينصرف العمل القانونى الذى يجريه النائب فى حدود نيابته إلى

(1) جمال مرسى بدر ص 339 وما بعدها.

الأصيل مباشرة، ويظل النائب بعيدا عن هذا الأثر، فإذا أجرى النائب عملا باسم الأصيل فينظر إلى هذا العمل من ناحية تكييفه بأنه معاوضة أو تبرع، إلى الأصيل لا إلى النائب، فإذا كان الأصيل لم يأخذ مقابلا فالعمل تبرعى، ولو كان النائب قد تلقى عوضا لنفسه".

(طعن رقم 139 لسنة 45 ق جلسة 1981/12/7)

2- "مؤدى نص المادة 699 من القانون المدنى أن ما يجريه الوكيل من تصرفات وكل فيها إنما هو لحساب الأصيل فإذا باشر إجراء معيناً 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 والمطعون ضده الأول يدور حول حصول البيع الموكل فيه الأول من عدمه، وكان هذا التصرف إنما يكون لحساب الأصيل، مما يقتضى توجيه الدعوى فى النزاع الناشئ عنه إلى الأخير وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وبإثبات العقد موضوع النزاع على سند أنه مفوض فى إبرامه والتوقيع عليه بمقتضى عقد الوكالة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 119 لسنة 64 ق جلسة 1995/4/19)

129- مسؤولية الوكيل قبل الغير عن خطئه :

لا يكون الوكيل مسئولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ يستوجب مسئوليته. فإذا لم يرتكب خطأ لم يكن مسئولاً، حتى لو أصاب الغير ضرر من تنفيذ الوكالة. والمقصود بالغير هنا الشخص الذى يتعاقد مع الوكيل. فإذا ارتكب الوكيل تدليسا على الغير فى تعاقدته معه أو أكرهه على التعاقد، جاز للغير أن يطلب إبطال العقد، ويرفع دعوى الإبطال على الموكل لا على الوكيل، وجاز له أيضا أن يرجع بالتعويض على الوكيل نفسه لما ارتكبه من تدليس أو إكراه.

وإذا ارتكب محام سباً أو قذفاً في حق خصم موكله، أو قدم ضده بلاغاً كاذباً بسوء نية وهو في صدد تنفيذ الوكالة، فإن المحامي يكون مسئولاً نحو خصم موكله عن الخطأ الذي ارتكبه⁽¹⁾. حتى لو ارتكب الخطأ بأمر الموكل.

(ب) - حالة خروج الوكيل عن حدود الوكالة:

إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة بأن لم تكن هناك وكالة أصلاً، أو كانت هناك وكالة وتجاوز حدودها فلا يصدق عليه القول بأنه ينوب عن الموكل، إذ النيابة لا تكون إلا في حدود ما وكل فيه وعلى ضوء هذا المبدأ تتحدد علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير في هذه الحالة.

130- أولاً : علاقة الموكل بالغير :

لا يلتزم الموكل في مواجهة الغير بما يجريه الوكيل خارجاً عن حدود الوكالة، بل يعتبر من الغير بالنسبة لهذه التصرفات فلا تتأثر بها ذمته لا بطريقة سلبية ولا بطريقة إيجابية. وبناء على ذلك لا تنشأ بينه وبين الغير الذي تعامل مع الوكيل أية علاقة تبيح لأحدهما أن يوجه للآخر أية مطالبة على أساس العقد الذي عقده الوكيل.

ويستوى في ذلك أن يكون الغير الذي تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"بقيت حالة ما إذا تعاقد شخص باسم غيره دون توكيل، أو مجاوزاً حدود التوكيل (في غير ما نصت عليه المادة 978 فقرة 2)، أو بعد أن انقضت الوكالة فإذا تعاقد (أ) مع (ب) باسم (ج)، دون توكيل أو مجاوزاً حدود التوكيل، فإن (أ) لا يعتبر وكيلاً عن (ج)، سواء علم (ب) بانعدام الوكالة أو لم يعلم إذ كان يستطيع أن

(1) السنهوري ص 753 وما بعدها.

يعلم لو أنه طلب من (أ) إثبات وكالته كما تقضى بذلك المادة 158⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الأصل فى قواعد الوكالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعله تقصيره. وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقده مع الوكيل عالما بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك".

(طعن رقم 22 لسنة 38 ق جلسة 1973/4/14)

ولايسرى التصرف فى حق الموكل حتى لو كان الغير يعتقد بحسن نية أن الوكيل يعمل بموجب وكالة قائمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"سواء أكان المستأجر حسن النية أم سيئها فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولاً عن عقده خروجاً عن تلك الحدود. وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفة من تعاقده معه وحدود تلك الصفة. فإذا قصر فعله تبعه تقصيره. فإذا كانت ورقة الاتفاق التى بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أى عمل وإلا كان باطلاً، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل الحارس ولو كان المستأجر حسن النية".

(طعن رقم 103 لسنة 5 ق جلسة 1936/5/14)

والغير هو الذى يقع عليه عبء إثبات أن الوكيل قد عمل فى حدود نيابته⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 226 وما بعدها.

(1) السنهورى ص 767 الهامش.

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 703 مدنى تجيز للوكيل أن يخرج عن حدود الوكالة، وبالتالي يلتزم الموكل بتصرفاته الخارجة عن حدود الوكالة، إذا كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة.
(راجع بند 275).

131- إقرار الموكل للتصرف الذى عقده الوكيل خارجا عن حدود

الوكالة :

كانت المادة 99 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص على أنه: "1- إذ أبرم شخص عقدا باسم غيره دون توكيل، أو كان وكيلا وجاوز حدود الوكالة، فإن العقد لا ينفذ فى حق هذا الغير إلا إذا كان قد أقره.

2- ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعاد مناسباً لإقرار الاتفاق، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد. ويجوز له أن يرجع فى العقد، قبل أن يصدر الإقرار، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك" كما كان المشرع يضمن نص المادة 991 التى تقضى بأن: "أما إذا رفض الإقرار صراحة أو ضمناً، فإنه يجوز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أن الوكالة غير موجودة، أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك". إلا أن المادتين حذفنا فى لجنة المراجعة اكتفاء بأحكام النيابة⁽¹⁾.

وهذان النصان المحذوفان لا يخرجان عن القواعد العامة، ومن ثم فليس يوجد ما يمنع من العمل بأحكامهما.

وعلى ذلك فإن التصرف الذى يعقده الوكيل خارجا عن حدود الوكالة، يكون

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 225 وما بعدها.

الموكل حياله بالخيار بين أمرين: إما أن يقره وإما ألا يقره.

1- حالة إقرار التصرف:

إذا أقر الموكل هذا التصرف، فإنه لا يشترط في الإقرار شكل معين، وكما يكون الإقرار صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستنتج من تصرفات الموكل التي تكشف عن إرادته إجازة التصرف الذي عقده الوكيل باسمه (م139/1مدنى). كأن يسلم الموكل البضاعة التي باعها الوكيل أو يتسلم الثمن من المشتري أو يدفع مصاريف العقد⁽¹⁾. وكأن يعقد الموكل قرضا يستعين به على تنفيذ التزامات الوكيل، وكأن يسكت الموكل مدة كافية دون أن يعترض على التصرف المعقود باسمه، إذا كان الغير أعلنه بتصرف الوكيل.

واستخلاص هذا الإقرار الضمنى مما يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. ويترتب على هذا الإقرار جعل التصرف الذى أبرمه الوكيل خارجا عن حدود وكالته نافذا فى حق الموكل.

غير أنه إذا أقر الموكل التصرف، فلا يجوز له الرجوع فى هذا الإقرار.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا فى حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف".

(طعن رقم 374 لسنة 25 ق جلسة 1960/5/12)

2- "إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع فإنهم متى أقرروا البيع فإن العقد

(1) محمد على عرفه ص 412.

يسرى في حقهم عملا بالمادة 467 من القانون المدنى".

(طعن رقم 260 لسنة 34 ق جلسة 1967/12/28)

3- "تصرف الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته الخاصة لا يسأل عنه الموكل إلا إذا أجازته بعد حصوله قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم 162 لسنة 37 ق جلسة 1972/4/6)

4- "مباشرة المحامى للإجراء قبل الحصول على سند بالوكالة لا يبطله طالما تأكدت صفته فى مباشرته بإصدار توكيل له".

(طعن رقم 502 لسنة 44 ق جلسة 1977/12/14)

5- "لمحكمة الموضوع استظهار قيام الإجازة الضمنية بشرط أن يكون سائغا".

(طعن رقم 65 لسنة 56 ق جلسة 1989/5/10)

ولما كانت الإجازة بطبيعتها عملا قانونيا صادرا من جانب واحد فإنه لا يلزم نفاذها قبول الوكيل أو الغير. ولا يعترض على ذلك بأن الإجازة اللاحقة تعتبر بمثابة التوكيل السابق، ولا ينعقد التوكيل إلا برضاء الوكيل، لأنه يصح صدور الإيجاب بالوكالة من الوكيل نفسه، وهوما يتحقق فى حالة تجاوز الوكيل حدود الوكالة⁽¹⁾.

ويكون للإقرار أثر رجعى، فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من يوم أن عقده الوكيل لا من يوم الإقرار إذ أن الإقرار اللاحق يكون فى حكم التوكيل السابق، وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الغير طبقا للقواعد العامة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الشريك الذى يقيم بناء علالعين المشتركة لا يعتبر من الغير فى معنى

(1) محمد على عرفه ص 413.

(2) أكثم الخولى ص 242.

المادة 65 من القانون المدني⁽¹⁾. فإذا ما طالب الشريك الآخر بملكيتة لحصته في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت إقامته، إذ أن مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه، ومن ثم يكون الشريك الباني في هذه الحالة معتبرا في حكم الوكيل".

(طعن رقم 97 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/30)

2- "إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذي استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير في هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا - على ما تقضى به المادة 333 من القانون المدني ومذكرته التفسيرية - إلا أن هذه الوكالة قاصرة على الوفاء الذي أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به في ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموصى به هو كل الباقي المستحق للدائن لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء. كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولى الذي يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل".

(طعن رقم 340 لسنة 26 ق جلسة 1962/4/5)

ولا عبرة بتصديق الموكل على ما باشره الوكيل من تصرف خارج حدود الوكالة إلا إذا ثبت علمه بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه⁽²⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، ويجب لإقرار

(1) يقابلها في القانون الجديد المادة 924.

(2) محمد على عرفه ص 413 هامش (1) - السنهورى ص 768 الهامش.

ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا إضافة أثره إلى نفسه".

(طعن رقم 133 لسنة 18 ق جلسة 1950/4/6)

كما قضت محكمة النقض بأن :

"خروج الوكيل عن حدود وكالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه اعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل للطاعنين نافذا فى حق الموكل مادام أن هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة إذ هو لا ينفذ فى حقه إلا بإجازة ذات التصرف".

(طعن رقم 374 لسنة 25 ق جلسة 1960/5/12)

وإذا كان الغير عالما بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت إبرام التصرف، وأقر الموكل هذا التصرف، فلا يكون للغير أن يتحلل من تعاقد مع الوكيل.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إقرار الموكل عقد البيع الذى أبرمه وكيله - بتوكيل عام - يرتد أثره إلى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذا فى حق الموكل من هذا الوقت ومادام الغير الذى تعاقد مع الوكيل كان يعلم بتجاوز الوكيل حدود وكالته وقت تعاقد مع غيره فإنه يتقيد بإيجابه حتى يعلن الموكل موقفه من حيث إقرار التصرف أو عدم إقراره فإذا أقره لم يكن لهذا الغير أن يتحلل من تعاقد مع الوكيل".

(طعن رقم 487 لسنة 34 ق جلسة 1968/11/14)

2- حالة عدم إقرار التصرف :

إذا اختار الموكل عدم إقرار التصرف الذى قام به الوكيل خارج حدود وكالته، فإن التصرف لا ينصرف إليه. غير أنه يجوز للغير الرجوع على الموكل بمقدار ما استفاد من التصرف فى حدود قواعد الفضالة أو قواعد الإثراء بلا سبب.

وكانت المادة 990 من المشروع التمهيدي - التى حذفت فى لجنة المراجعة -

تتص على طريقة عملية لإجبار الموكل على اتخاذ موقف من التصرف الذى عقد باسمه فنصت على أن: "ويجوز للطرف الثانى فى العقد أن يحدد لهذا الغير ميعادا مناسباً لإقرار الاتفاق، على أن يتحلل منه إذا لم يصدر الإقرار فى الميعاد المحدد، ويجوز له أن يرجع فى العقد، قبل أن يصدر الإقرار، إلا إذا كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغى أن يكون عالماً بذلك".

وهذه الطريقة يمكن اتباعها رغم حذف النص لأنها تتفق مع القواعد العامة. وفى وسع الغير الذى تعامل مع الوكيل أن يتحلل من التصرف الذى أبرمه مع الوكيل قبل تصديق الموكل، إذا تبين أن الوكيل قد تجاوز حدود الوكالة، ولم يكن على بينة من هذا الأمر وقت التعاقد. ويبرر كثير من الشراح هذا الحل بأن العقد لا ينعقد لعدم توافق الإرادتين فى مثل هذا الفرض لأن إرادة الغير اتجهت إلى إلزام الموكل، وبالتالي إلى التعاقد معه بواسطة الوكيل، فالغير لا يلزم بإيجابه قبل الوكيل لأنه لم يشأ أن يلتزم بالعقد معه، كما لا يلتزم قبل الموكل الذى يعتبر أجنبياً عن هذا العقد. ومن المسلم به أن كل إيجاب من هذا النوع يجوز سحبه، طالما لم يصادفه قبول. وبذلك يكون الغير فى حل من أن يسحب إيجابه طالما أنه لم يتعلق به قبول الموكل بالتصديق⁽¹⁾.

أما فى حالة تعاقد الغير مع الوكيل مع علمه بتجاوزه حدود الوكالة، فإنه لا يستطيع أن يسحب إيجابه حتى يعلن الموكل عما فى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل، لأن علم الغير بتجاوز حدود الوكالة يجعله ملتزماً بأن يظل على إيجابه المدة المعقولة ليكشف الموكل عن نيته.

132 - ثانياً: علاقة الوكيل بالغير:

لا يكون الوكيل مسئولاً عن تجاوز حدود ما وكل فيه إذا أعلم من يعامله بسعة وكالته. وعلة ذلك ظاهرة وهى أن الغير يكون قد ساهم مع الوكيل فى الخطأ

(1) محمد على عرفه ص 413 وما بعدها - السنهورى ص 772 وما بعدها.

الذى ارتكبه بتجاوزه حدود الوكالة، ولا يمكن تبرير إقباله على مثل هذا العمل إلا بأنه يأمل فى تصديق الموكل، وهو عمل خارج عن إرادة الوكيل، فلا يسأل عن عدم تحققه طالما أنه لم يتعهد بذلك. وحسب الوكيل أنه كشف للغير عن سعة وكالته ليكون فى حرز من المسئولية فى حالة عدم إجازة الموكل تصرفه⁽¹⁾.

وإذا لم يكشف الوكيل للغير عن حدود وكالته كان مسئولاً شخصياً فى مواجهة الغير عن تنفيذ ما عقده من مشارطات خارج حدود الوكالة.

وقد قضى تطبيقاً لذلك بإلزام الوكيل شخصياً بزيادة سعر فوائد الثمن فى حالة الشراء لحساب موكله، إذا كان قد وافق على هذه الزيادة دون استئذان الموكل فى ذلك. ولا يجديهِ أن يحتج بصله القرابة أو الصداقة التى تربطه بموكله والتى أباحت له فى نظره التجاوز عن إذن الموكل⁽²⁾.

ولما كان فى تجهيل الوكيل وكالته على الغير خطأً تدليسياً لا يمكن افتراضه فإنه يقع على عاتق الغير إثبات ذلك.

ويعتبر الوكيل مسئولاً فى مواجهة الغير عن تجاوزه حدود الوكالة إذا اقترن كشفه للغير عن سعة وكالته بتعهده أن يحمل الموكل على إجازة هذا التصرف، فىكون الوكيل فى مثل هذا الفرض متعهداً عن الغير، ويسأل عن فشله فى الحصول على إجازة الموكل (م 153 مدنى).

كما يسأل الوكيل عن الضرر الذى يلحق الغير نتيجة خطأ ثابت فى جانبه على أساس المسئولية التقصيرية المنصوص عليها بالمادة 163 مدنى. ولا يعفيه من المسئولية كون الموكل مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يلحق الغير نتيجة غش الوكيل أو تدليسه، لأن مسئولية الموكل لا تجب مسئولية الوكيل التى تقوم على أساس الخطأ الثابت فى جانبه فلا مفر له منها. وكل ما يترتب على اشتراكهما فى الخطأ أو تواطئهما على التدليس هو حق الغير فى الرجوع عليهما

(1) محمد على عرفه ص 414.

(2) استئناف مختلط فى 15 ديسمبر 1942 مشار إليه فى عرفه ص 414 هامش (4).

بالتضامن (م 169 مدنى).

(الوكالة الظاهرة)

133- تعريف الوكالة الظاهرة:

الوكالة الظاهرة هى الوكالة التى يعمل فيها الوكيل دون نيابة عن الموكل، وذلك بألا تكون لديه وكالة أصلا، أو بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة، ولكنه تجاوز الحدود المرسومة للوكالة، ويكون الغير المتعاقد معه حسن النية يعتقد بقيام الوكالة، لوجود مظهر خارجى للوكالة منسوب إلى الموكل.

ونظرية الوكالة الظاهرة نظرية صاغها القضاء وتابعه فيها الفقه، ليواجه بها الضرورات العملية، وليوطد استقرار التعامل، ولو خرج فى ذلك على المنطق القانونى. ولها مع ذلك سند تشريعى فى بعض تطبيقاتها، كما سنرى.

134- شروط الوكالة الظاهرة:

يشترط لتوافر الوكالة الظاهرة توافر شروط أربعة هى:

1- أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة.
2- أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب.

3- أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل.

4- أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه فى ظهور الشخص بمظهر الوكيل.

ونعرض لهذه الشروط بالتفصيل فيما يلى.

الشرط الأول:

أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة:

ويكون ذلك بألا تكون لدى الوكيل نيابة أصلا، أو بأن يستمر فى العمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة، أو بأن يعمل بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها، أو بأن تكون لديه وكالة صحيحة، ولكنه تجاوز الحدود المرسومة للوكالة. وأكثر حالات تجاوز حدود الوكالة، أن تكون الوكالة غامضة العبارة، أو واسعة المدى فى ظاهرها، ولكنها مقيدة فى حقيقتها بقيود لا يستطيع معرفتها الغير الذى يتعامل مع الوكيل، أو كانت هناك شروط تحفظية واتفاقيات سرية بين الموكل والوكيل ولاستفاد من الوكالة نفسها، فيجاوز الوكيل حدود الوكالة متوسعا فى تفسير العبارة الغامضة، أو غير مراعى للشروط التحفظية والاتفاقيات السرية التى عقدها مع الموكل.

ومن أمثلة ذلك أن يكون نظام الشركة قد قيد على غير المؤلف سلطات مدير الشركة، فيخرج المدير على هذه القيود فى تعامله مع الغير، ويعتقد الغير بحسن نية أن المدير يعمل فى حدود نظام الشركة⁽¹⁾.

ومن صور عمل الوكيل متجاوزا حدود الوكالة، أن تكون الوكالة قد انتهت لأى سبب من الأسباب المنهية للوكالة، ومع ذلك يستمر الوكيل فى مباشرة الوكالة.

ومثال ذلك أن تنتهى الوكالة بموت الموكل أو فقده أهليته أو إفلاسه، أو بعزل الوكيل أو تنحيته عن الوكالة. وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا. وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته وبعد عزله أو بعد موت الموكل فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية، فقد يبقى سند الوكالة بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه، كما يقع كثيرا أن يخفى على الغير أمر عزل الوكيل أو أمر موت الموكل.

وقد يعمل الوكيل دون وكالة أصلا، كما إذا تقدم شخصا مثلا بمخالصة من

(1) السنهورى ص 777 وهامش (1) وما بعدها.

الدائن لقبض دينه، ويكون قد استولى على هذه المخالصة خلسة فيقبض الدين دون أن تكون عنده وكالة أصلا، وحينئذ يعتبر قبضه صحيحا مبرئا لذمة المدين وذلك إعمالا لنص المادة 232 مدنى التى تقضى بأن: "ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن".

ومثل ذلك أيضا استتجار شخص متجرا لاستغلاله فى مقابل أجره شهرية يسدها لصاحب المتجر، ويظل المستأجر يستعمل أوراق المتجر التى تحمل اسم صاحبه، فإن التصرفات التى يعقدها المستأجر تلزم صاحب المتجر إذ يعتبر المستأجر وكيفا ظاهرا عنه وإن لم تكن عنه وكالة عنه أصلا⁽¹⁾.

ويعتبر فى حكم انعدام الوكالة، الوكالة الباطلة، فإذا عمل الوكيل بوكالة باطلة، كما إذا كانت مهمة الموكل شراء منزل لإدارته للمقاومة أو الدعارة، وكان الوكيل يعلم بذلك. فإن الوكالة تكون باطلة لعدم مشروعية السبب ومع ذلك إذا اشترى الوكيل المنزل بموجب هذه الوكالة الباطلة، وكان البائع لا يعلم ولايستطيع أن يعلم بالسبب غير المشروع، فإنه يستطيع أن يلزم الموكل بالبيع.

ويأخذ حكم الوكالة الباطلة، الوكالة القابلة للإبطال، كالتوكيل الصادر من قاصر، أو من موكل وقع فى غلط جوهرى أو إكراه أو تدليس. فإذا عمل الوكيل بموجب هذه الوكالة، وكان المتعامل معه يجهل أن الوكالة قابلة للإبطال، فإن أثر تصرف الوكيل ينصرف إلى الموكل، حتى لو حصل هذا على حكم بإبطال الوكالة⁽²⁾.

وعبء إثبات هذا الشرط يقع على عاتق الموكل، إذ المفروض أن الوكيل عندما يعمل باسم الموكل يكون نائبا عنه فى التصرف الذى يبرمه، فإذا أراد الموكل أن يتصل من هذا التصرف. فعليه أن يثبت انعدام نيابة الوكيل⁽³⁾.

وأحيانا قد يجهل الوكيل والغير معا انتهاء الوكالة وقد اختص المشرع هذه

(1) قدرى عبد الفتاح الشهاوى ص 412.

(2) السنهورى ص 781 - المستشار فتحة قره ص 45 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 781 - محمد قدرى الشهاوى ص 413.

الحالة بنص خاص هو المادة 107 مدنى التى تجرى 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"، كما ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى خصوصها نص آخر هو المادة 955 من المشروع، وقد حذف فى لجنة المراجعة⁽¹⁾.

الشرط الثانى:

أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب:

يشترط أن يتوافر لدى الغير الذى يتعامل مع الوكيل حسن النية، فلو كان سئ النية بمعنى أنه كان على علم بانعدام وكالة الوكيل، فإنه لا يكون جديرا بالحماية التى تكفلها له نظرية الوكالة الظاهرة، وعليه تحمل تبعة التصرف الذى أبرمه. وكما أوضحنا سلفا أنه يقع على عاتق الغير الذى يتعاقد مع الوكيل التحقق من وكالته قبل أن يتعاقد معه، وله أن يطلب منه تقديم سند وكالته بالتفصيل الذى ذكرناه فى موضعه.

ولا ينفى هذا الشرط أن يكون الغير قد أبرم التصرف بعد أن تعهد له الوكيل بالحصول على إقرار الموكل بالتصرف، لأن هذا التعهد لا يلزم الموكل بالتصرف إلا إذا أقره بالضوابط التى ذكرناها سلفا.

غير أنه يجوز للغير الرجوع على الوكيل بالتعويض إذا لم يحصل الوكيل على إقرار الموكل بالتصرف.

فالمفترض أن الغير يعلم بانعدام نيابة الوكيل قبل التعاقد معه. ومن ثم يجب على الغير إثبات حسن نيته وأنه كان لا يعلم بانعدام النيابة عند التعاقد مع الوكيل، ويستعين الغير فى إثبات ذلك بإثبات المظهر الخارجى المنسوب إلى

(2) السنهورى ص 779 وما بعدها - المستشار فتحيه قره أحكام الوضع الظاهر منشأة المعارف بالاسكندرية ص 44 وما بعدها.

الموكل وهو المظهر الذى أوهم الغير أن الوكيل نائب فإذا ما أثبت الغير هذا المظهر الخارجى، وأثبت فى الوقت ذاته أنه غير مقصر فى الانسياق وراء هذا المظهر، بل اتخذ من الاحتياطات ما يتخذه الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها التعاقد مع الوكيل ليتثبت من أن هذا المظهر يطابق الواقع، فقد تم له بذلك إثبات حسن نيته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل، أن يكون المظهر الخارجى الذى أحدثه هذا الأخير خاطئاً، وأن يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجى دون أن يرتكب خطأً أو تقصيراً فى استطلاع الحقيقة. ولما كان تعبير المدير وفقاً لنظام الشركة المشهر - والذى صار حجة على الكافة - لا يترتب عليه خلق مظهر خارجى خاطئ من شأنه أن يخدع المتعامل معه، وكان المدين الذى اتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق فى ذمته، لا يعتبر حسن النية لأنه كان يعلم أن هذا التصرف التبرعى لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين، ولا يملك توكيل غيره فى إجرائه، ومن ثم فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لانعدام نيابته عنها فى الحقيقة والظاهر".

(طعن رقم 225 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/21)

ولا يتطلب هذا الشرط أن يكون الوكيل الذى يتعامل مع الغير حسن النية، فقد يكون الوكيل سئ النية يعلم أنه يجاوز حدود وكالته، أو أن وكالته منعدمة أو باطلة أو قابلة للإبطال أو منقضية، ومع ذلك ينصرف أثر التصرف الذى أبرمه مع الغير إلى الموكل. وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن نصاً يؤكد هذا المعنى، إذ كانت المادة 995 من هذا المشروع تنص على أنه: "1- تعتبر

(1) السنهورى ص 782 - قدرى الشهاوى 413 وما بعدها.

الوكالة قائمة فى جانب الوكيل، حتى لو كانت قد انتهت، مادام لا يعلم بانتهائها. 2- ولا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بانتهائها".

فالفقرة الأولى من المادة، خاصة بعلاقة الموكل بالوكيل، وتقضى بأنه إذا لم يعلم الوكيل بانقضاء وكالته، فإن وكالته تبقى قائمة بحيث لو تعاقد مع الغير حسن النية فانصرف التعاقد إلى الموكل لم يجز لهذا الأخير أن يرجع عليه بالتعويض، أما إذا تعاقد مع شخص سيئ النية أى يعلم بانتهاء الوكالة فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل، ولا مجال لهذا الغير لمطالبة الموكل بالتعويض.

أما الفقرة الثانية من المادة، فهى خاصة بعلاقة الموكل بالغير، إذا كان الغير حسن النية لا يعلم بانتهاء الوكالة وقت تعاقد مع الوكيل، وتقضى بانصراف أثر التصرف للموكل سواء كان الوكيل حسن النية أو سيئ النية، لأن النص جاء عاما لم يفرق بين حسن النية وسوء النية، وهو يعتبر تطبيقا بارزا من أهم تطبيقات الوكالة الظاهرة⁽¹⁾.

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن المادة 107 مدنى - وهى ضمن المواد التى تحيل إليها المادة 713 مدنى - تنص على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذى يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصل أو خلفائه"، قد يوهم باشتراط حسن نية الوكيل والغير الذى تعاقد معه لقيام الوكالة الظاهرة، والصحيح أن النص لا يعرض لحالة الوكالة الظاهرة، بل يعرض لحالة ما إذا كان النائب حسن النية لا يعلم بانقضاء نيابته، فيقرر أن تصرفه ينصرف إلى الأصل، ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغير الذى تعاقد معه حسن النية، إذ لو كان الغير سيئ النية لما شفع فى سوء نيته حسن نية النائب، وهذا المعنى يظهر بوضوح إذا رجعنا للمشروع التمهيدي لنص المادة 107 مدنى فهو يقول: "مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته، فإن أثر العقد الذى يبرمه،

(1) السنهورى ص 783 وما بعدها - المستشار فتحة قره ص 46 وما بعدها.

حقا كان أو التزاما، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد مع النائب يجهل أيضا أن النيابة قد انقضت فعدلت لجنة مجلس الشيوخ هذا النص، وأصبح على الوجه الذى نراه فى المادة 107، وصار بذلك غامضا يوقع فى الوهم الذى أشرنا إليه، وإن كانت لجنة مجلس الشيوخ قد ذكرت أنها عدلت النص "حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم"، فالنص على الوجه الذى عدل به فى مجلس الشيوخ، يشترط حسن نية كل من الوكيل والغير الذى تعاقد معه، فيكون فيه تزييد إذ الصحيح أنه لا يشترط إلا حسن نية الغير الذى تعاقد الوكيل معه⁽¹⁾.

إلا أن رأيا آخر ذهب إلى أنه يجب فى تطبيق المادة سالفة الذكر ألا يكون الوكيل سيئ النية وهذا يستفاد من عبارة (بجهلان معا) الواردة بالنص، وأن هذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا، وقد اختصها المشرع باشتراط حسن نية الوكيل والغير حتى يسرى التصرف قبل الموكل⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر أن الوكالة لا تنتهى بمجرد تحقق سبب انتهائها، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الانتهاء، وقد يعمل الوكيل بعد انتهاء الوكالة إذا استمر يعمل وكيلا باسم الموكل بعد أن انتهت مهمته التى وكل فيها، أو بعد أن عزله الموكل أو بعد أن انتهت الوكالة بأى سبب آخر من أسباب انتهائها وهذه الحالة هى أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعا، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد انتهاء مهمته أو بعد عزله، فإنه من السهل فى هذه الفروض أن يتوهم الغير الذى يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية، فقد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد انتهاء مهمته فيطمئن الغير إليه، سيما إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان انقضاء الوكالة ومن ثم اختص المشرع هذه الحالة بنص خاص هو المادة 107 من القانون المدنى وتنص

(1) السنهورى ص 785 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 419.

هذه المادة على 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 وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض أن القانون لا يحمى الغير الذى تعامل مع النائب بعد انقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان انقضاء النيابة وقت التعاقد".

(طعن رقم 3989 لسنة 60 ق جلسة 1995/4/13)

ولما كانت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضائها الصادر بتاريخ 1986/2/16 فى الطعن رقم 826 لسنة 54 ق- كما سنرى فى الشرط الرابع - أرست قاعدة عامة للأوضاع الظاهرة - ولو لم يرد فى حالة منها نص- ولم تشترط لتحقيق الوضع الظاهر سوء نية صاحب الوضع الظاهر الذى أبرم التصرف مع الغير حسن النية، فإن العدالة تقتضى التسوية بين الحالة الواردة بالمادة 107 مدنى، والحالات الأخرى التى لم يرد بشأنها نص، والقول بعدم اشتراط حسن نية الوكيل لتحقيق الوكالة الظاهرة والتى يترتب عليه أن يضاف آثار تصرف الوكيل إلى الأصيل.

الشرط الثالث :

أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل :

يشترط أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب للموكل، بحيث تكون الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، ومن شأنه أن يخدع الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر . ويشفع للغير فى حسن نيته، ويجعله معذورا فى تعاقدته مع الوكيل الظاهر، وهذا المظهر الخارجى للوكالة هو جوهر الوكالة الظاهرة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "..... وكان يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر

المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أطلق القول ببطلان التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر، أغفل بحث دفاع الطاعن وتحقيق عناصره بمقولة إن نظرية الموظف الفعلى مختلف عليها ولا محل للاستدلال بها، يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب، بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 53 لسنة 37 ق جلسة 1971/11/30)

2- "يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجى خاطئ منسوب للموكل من شأنه أن يخدع الغير الذى يتعامل مع الوكيل الظاهر. وإذ كان الثابت فى الدعوى - على ما سجله الحكم المطعون فيه - أن الشركة المطعون ضدها لم تعين السيد /.... بمقتضى العقد المبرم بينهما مديرا لها بل عينته ليتولى الإشراف على الأعمال الإدارية إلى جانب مديرها الذى له حق التوقيع الملزم لها، وكان الطاعن "العامل" لم يدع فى دفاعه أمام محكمة الموضوع وجود مظهر خارجى يجعله معذورا فى أن يعتقد أن للسيد..... سلطة تعيين العاملين بالشركة، وكان وضع الأخير فى الشركة على ذلك النحو الذى لا يشكل أى خطأ من جانبها مما ينأى به عن توافر ذلك المظهر، وكان مؤدى ذلك هو انتفاء صفة الوكيل الظاهر أو المدير الظاهر عنه، فإن الدفاع الذى يتمسك به الطاعن يكون دفاعا لا سند له من القانون وغير مؤثر فى النتيجة التى انتهت إليها الحكم المطعون فيه وبالتالي يكون النعى على الحكم بالقصور لإغفاله ذلك الدفاع غير منتج".

(طعن رقم 630 لسنة 39 ق جلسة 1975/11/22)

3- (أ) - "الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة

عن الأصيل ومن انصراف أثر التعامل تبعاً لذلك إلى هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً في اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن النية في هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بانصراف أثر التعامل - الذي أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهي غير موجودة في الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل في هذا الصدد يشكل في جانبه صورة من صور الخطأ الذي من شأنه أن يخدع الغير حسن النية في نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمّله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه، ولما كان الأصل في التعويض أن يكون عينياً. كلما كان ممكناً فإن سبيله في هذه الحالة يكون بجعل التصرف الذي أجراه الغير حسن النية نافذاً في حق الأصيل - وإذ كان ذلك وكان مؤداه أنه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل والغير، بحيث ينصرف إلى الموكل أثر التصرف الذي عقده وكيله الظاهر مع الغير".

(طعن رقم 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29)

(ب) - "إذ يبين من مطالعة أوراق الطعن - أن محكمة الموضوع قد استخلصت من الوقائع الثابتة بالأوراق ومن القرائن المقدمة إليها وظروف الأحوال أن عقد الإيجار المحرر للمطعون عليه عن شقة النزاع صادر له من محام كان هو الوكيل عن الطاعن في التأجير وأنه هو الذي قام فعلاً بتأجير جميع شقق العقار الواقع به شقة النزاع إلى مستأجريها وتحصيل أجرتها - وترتبت المحكمة على ذلك أن المحامي المذكور هو وكيل ظاهر عن الطاعن في تأجير شقة النزاع إلى المطعون عليه ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الطاعن وكان قيام الوكالة

الظاهرة في هذا الخصوص مما يجوز إثباته بالقرائن. ولما كان ما استخلصته محكمة الموضوع من ذلك وعلى نحو ما سلف بيانه - قيام مظهر خارجي منسوب للطاعن كان من شأنه أن أوهم المطعون عليه وجعله معذورا في اعتقاده بأن هناك وكالة قائمة بين المؤجر له وبين الطاعن، وكان هذا الاستخلاص منها وفي حدود سلطتها الموضوعية سائغا ومؤديا لما انتهت إليه وكافيا لحمل قضائها. فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، ويكون النعي على الحكم المطعون فيه على غير أساس".

(طعن رقم 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29)

4- "ولئن كانت التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقي، متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، ويحتج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقي... إلخ".

(طعن رقم 354 لسنة 44 ق جلسة 1981/12/21)

ومن أمثلة تحقق الوضع الظاهر:

- 1- أن تكون الوكالة غامضة العبارة تحتل التفسير الذي ذهب إليه الوكيل فجاوز به حدود الوكالة.
- 2- أن تكون هناك تحفظات أو اتفاقات سرية لا يعلم بها الوكيل.
- 3- أن يكون مدير الشركة الذي جاوز حدود اختصاصه إنما باشر في الواقع عملا يدخل في المألوف من اختصاصات مديري الشركات فلم يجد الغير الذي تعامل معه ما يدعو إلى مزيد من التحري والتثبت⁽¹⁾.
- 4- أن يتعاقد مندوب إحدى شركات الأقطان في القرى مع مزارع على شراء

(1) السنهوري ص 787.

- محصوله وتحريره العقد على مطبوعات الشركة، مع علم الكافة بصلته بالشركة⁽¹⁾.
- 5- إعطاء الموكل الوكيل توكيلاً على بياض، فيملاً الوكيل هذا التوكيل بما يجاوز حدود الوكالة المتفق عليها بينهما.
- 6- أن يحزر الدائن مخالصة فيسرقها آخر ويقدمها لقبض الدين.
- 7- إذا كان التوكيل باطلاً أو قابلاً للإبطال إذ لا يستطيع الغير التحقق من سلامة التوكيل.
- 8- عزل الوكيل دون أن يتخذ الموكل الاحتياطات الكافية لإعلان عزله.
- 9- انتهاء مهمة الوكيل دون أن يسترد منه الموكل سند وكالته.

الشرط الرابع:

أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه في ظهور الشخص بمظهر الوكيل:

يشترط أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً- في ظهور الوكيل بمظهر الوكيل الذي يتعاقد في حدود الوكالة، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه، للشواهد المحيطة بهذا المركز، والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة.

وهذا الشرط أخذت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية في الطعن رقم 826 لسنة 54 ق "هيئة عامة" بجلسة 1986/2/16، في مجال إرسائها لقاعدة عامة للوضع الظاهر، كما أخذت به من قبلها بعض أحكام دوائر النقض.

وقد جاء بحكم الهيئة العامة سالف الذكر أنه:

"وحيث إنه مما ينعاها الطاعنون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب، وفي بيان ذلك يقولون إن الحكم أقام قضاءه على

(2) استئناف المنصورة في 1960/1/30 في القضية رقم 43 تجارى لسنة 10 ق (مشار إليه في

سند من عدم نفاذ عقود الإيجار الصادرة من ابنة المطعون عليها الأولى إلى الطاعنين فحق مورثة المطعون عليهم من الثاني إلى الأخيرة، لتقصيرهم في التأكد من صفة المؤجر لهم، ولو كانوا حسنى النية، في حين أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بنفاذ تصرفات المالك الظاهر في حق المالك الحقيقي متى كان من صدر إليه التصرف حسن النية، وكانت المظاهر العامة من شأنها أن تولد لديه خطأ شائعاً بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات.

وحيث إن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة على النحو السالف بيانه - نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية، في مواجهة صاحب الحق، متى كان هذا الأخير قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً - في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي 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 آنفة الذكر للتحقق من مدى توافر شروط الوضع الظاهر، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب مما يستوجب نقضه لهذا السبب، دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن⁽¹⁾.

(1) ومن الأحكام الصادرة من دوائر محكمة النقض التي أخذت بهذا المبدأ: طعن رقم 225 لسنة 36 ق جلسة 1971/1/21 طعن رقم 53 لسنة 37 ق جلسة 1971/11/30 - طعن رقم 630 لسنة 39 ق جلسة 1975/11/22 - طعن رقم 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29 - طعن رقم 354 لسنة 44 ق جلسة 1981/12/21 - طعن رقم 2384 لسنة 52 ق جلسة 1984/1/9 - طعن رقم 1951 لسنة 52 ق جلسة 1984/3/28. وهناك بعض أحكام النقض التي رفضت الأخذ بنظرية الوضع الظاهر، وقصرتها على ما ورد بشأنه

وقد تبنت دوائر المحكمة هذا القضاء فيما بعد. وعلى سبيل المثال قضى:

1- بتاريخ 10/5/1989 فى الطعن رقم 65 لسنة 56 ق بأن:

"إذا كان الغير المتعاقد مع الوكيل يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل وانصراف أثر التعامل تبعا لذلك إلى هذا الأخير، إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ فى ظاهر الأمر عن انصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل باسمه بأن يكشف عن مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذورا فى اعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما ومن حق الغير حسن النية فى هذه الحالة أن يتمسك بانصراف أثر التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة، ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ التى من شأنها أن تخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ودفعه إلى التعامل معه بهذه الصفة وهو أمر يقتضى أن يكون ما نسب إلى الأصيل سابقا على إبرام العقد بشرط أن يكون مؤديا إلى خداع الغير وأن يكون هذا الغير حسن النية فى اعتقاده وأن يكون الإيهام الذى دفعه إلى التعاقد قد قام على مبررات اقتضتها ظروف الحال بحيث لا تترك مجالا للشك والإيهام، وكل فعل يأتية صاحب الوضع الظاهر - دون اشتراك الأصيل - لا تتحقق به فكرة الوكالة الظاهرة عن الأصيل ولو كان مؤديا بذاته إلى خداع الغير، وتستقل محكمة

نص.

ومن هذه الأحكام: طعن رقم 401 لسنة 43 ق جلسة 1979/3/29 - طعن رقم 475 لسنة

51 ق جلسة 1982/5/27 - طعن رقم 142 لسنة 49 ق جلسة 1983/6/16.

الموضوع بتقدير المظاهر المؤدية إلى قيام الوكالة الظاهرة بشرط أن يكون بأسباب سائغة ومؤدية إلى ما انتهت إليه".

2- بتاريخ 1992/2/27 في الطعن رقم 1937 لسنة 55 ق بأن:

"المقرر أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة وكان صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلباً أو إيجاباً في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه".

3- بتاريخ 1992/12/30 في الطعن رقم 334 لسنة 58 ق بأن:

"المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كانت العقود لا تنفذ إلا في حق عاقدتها، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما يصدر عن غيره من تصرفات بشأنها، إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدني يبين أن المشرع قد اعتد في عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة، وحماية حركة التعامل في المجتمع وتنضبط جميعاً مع وحدة علتها واتساق الحكم المشترك فيها بما يحول دون وصفها بالاستثناء، وتصبح قاعدة واجبة الأعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلباً أو إيجاباً- في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق".

ومن أمثلة الخطأ الذي يسهم به الموكل في ظهور الشخص بمظهر الوكيل الذي يتصرف في حدود وكالته، أن يكون قد أساء اختيار وكيله، أو أهمل في

الإشراف عليه أو إذا كانت الوكالة التي عقدها مع الوكيل غامضة العبارة، أو كانت واسعة المدى فى ظاهرها ولكنها مقيدة فى حقيقتها لقيود لا يستطيع الغير الذى يتعامل مع الوكيل معرفتها. أو كانت هناك شروط تحفظية واتفاقات سرية لا تستفاد من عقد الوكالة ذاته.

أو إذا كانت الوكالة قد انتهت ومع ذلك لم يسترد الموكل سند الوكالة من الوكيل. أو لم يتخذ الاحتياطات الكافية للإعلان على انتهاء الوكالة.

آثار توافر شروط الوكالة الظاهرة

135 - (أ) - فيما بين الموكل والغير:

إذا توافرت شروط الوكالة الظاهرة الأربعة سالفة الذكر، ترتبت عليها آثار الوكالة الحقيقية. فيما بين الموكل والغير. فيسرى التصرف الذى أبرمه الوكيل مع الغير قبل الموكل، ويكون لكل من الموكل والغير مطالبة الآخر بالالتزامات الناشئة قبله من عقد الوكالة.

وانصراف أثر الوكالة الظاهرة إلى الموكل، هو حق للغير، وليس واجبا عليه، فهو مقرر لصالحه، استقرارا للتعامل الذى تم على أساس الوضع الظاهر الخاطى، ومن ثم جاز له النزول عن هذا التصرف، وفى هذه الحالة لا ينصرف التصرف الذى أجراه الوكيل الظاهر إلى الموكل.

136 - (ب) - فيما بين الموكل والوكيل الظاهر:

إذا كان الوكيل الظاهر حسن النية، بمعنى أنه رغم أنه جاوز حدود الوكالة حقيقة، فإنه كان يعتقد أنه يعمل فى حدود الوكالة، أو رغم أن الوكالة كانت باطلة، فإنه كان يعتقد أن الوكالة صحيحة، فلا مسئولية عليه قبل الموكل ولايجوز للأخير الرجوع عليه بثمة تعويض.

غير أنه يراعى أنه إذا كانت الوكالة قد انتهت بأحد الأسباب التى تنهى

الوكالة دون أن يعلم به الوكيل، فإن الوكالة تبقى قائمة، وتكون الوكالة حقيقية وليست ظاهرة.

أما إذا كان الوكيل الظاهر سيئ النية، بمعنى أنه كان يعلم أن الوكالة غير قائمة، بأن تجاوز حدودها أو أنها انتهت أو كانت باطلة، ومع ذلك أقدم على التصرف مع الغير، فإنه يكون قد ارتكب خطأ تقصيرياً قبل الموكل يستوجب التعويض عملاً بالمادة 163 مدنى.

ويكون التعويض عما لحق الموكل من ضرر من جراء انصراف أثر التصرف الذى أبرمه الوكيل مع الغير إليه. وإذ كان تحقيق الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان تحقيق قيام الوكالة الظاهرة هو مما يخالطه واقع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 156 لسنة 35 ق جلسة 1969/4/8)

137- الأساس القانونى لنظرية الوكالة الظاهرة :

تعددت الآراء فى تحديد الأساس القانونى لنظرية الوكالة الظاهرة. فذهب رأى إلى إقامة الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبنية على الخطأ. وذهب رأى ثان إلى أن أساسها تحمل التبعية. وذهب رأى ثالث إلى أنها تقوم على أساس المسئولية عن أعمال الوكيل.

والرأى الأول الذى يؤسس الوكالة الظاهرة على أساس المسئولية المبنية على الخطأ، يرجع هذا الخطأ إلى الموكل لأنه أخطأ فى خلق المظهر الخارجى للوكالة الذى انخدع به الغير، وذلك على النحو الذى أوضحناه بالأمثلة الواردة فى الشرط الرابع من شروط الوكالة الظاهرة. وأن هذا الخطأ يستوجب التعويض، وخير

تعويض هو التعويض العيني فينصرف أثر التصرف الذي عقده الوكيل الظاهر إلى الموكل⁽¹⁾.

وهذا الرأي هو الذي اعتنقه الحكم الصادر من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض في الطعن رقم 628 لسنة 54 ق (هيئة عامة) جلسة 1986/2/16 وأخذت به قبل ذلك بعض الدوائر المدنية في الطعن رقمي 878 لسنة 46 ق جلسة 1979/12/29، طعن رقم 630 لسنة 39 ق جلسة 1975/11/22 منشورين في شرط الوكالة الظاهرة.

138 - مسؤولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله :

الأصل أن الموكل لا يكون مسئولاً عن الخطأ الذي ارتكبه وكيله، لأن الوكيل ينوب عن الموكل في التعاقد مع الغير فينصرف إليه آثار هذا التعاقد، ولكنه لا ينوب عنه في الخطأ الذي يرتكبه.

وعلى ذلك إذا جاوز الوكيل حدود الوكالة وتعاقد مع الغير حسن النية دون أن تتوفر شروط الوكالة الظاهرة فإن الغير يرجع بالتعويض على الوكيل دون الموكل. وإذا كان الوكيل مفوضاً في بيع منقول وتسليمه، فباعه وبدلاً من تسليمه اختلسه، كان مسئولاً قبل المشتري عن هذا الاختلاس. أما الموكل فيكون مسئولاً أيضاً عن عدم تسليم المبيع للمشتري، ولكن لا بموجب مسؤولية تثبت في جانبه على خطأ الوكيل، وإنما بموجب البيع الذي عقده الوكيل باسمه فانصرف أثره إليه إذ أصبح ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري⁽²⁾.

ومع ذلك يكون الموكل مسئولاً نحو الغير عن خطأ الوكيل في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية، وكذلك في حدود قواعد الوكالة ذاتها. أما في حدود قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن الموكل يسأل عن خطأ الوكيل إذا ارتكب هو خطأ جر

(1) السنهوري ص 794.

(2) السنهوري ص 797 وما بعدها - المستشار فتحة قره ص 53 وما بعدها.

إلى خطأ الوكيل، كأن أهمل في رقابته حيث تجب عليه هذه الرقابة أو كان الخطأ الذى ارتكبه الوكيل ليس إلا تنفيذاً لتعليمات تلقاها منه، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولاً عن خطئه الشخصى لا عن خطأ الوكيل.

وكذلك يسأل الموكل عن خطأ الوكيل إذا كان الوكيل مرتبطاً به ارتباطاً التابع بالمتبوع، كأن يكون خادماً عنده أو مستخدماً فى متجره، ويكون الموكل فى هذه الحالة مسئولاً عن خطأ الوكيل مسئوليته عن التابع، ويتفرع على ذلك أن تكون الشركة مسئولة عن خطأ مديرها الذى يعد وكيلاً عنها، باعتبارها مرتبطاً بها ارتباطاً التابع بالمتبوع.

وأما فى حدود قواعد الوكالة ذاتها، فلما كان التصرف الذى يبرمه الوكيل باسم الموكل إنما يبرمه بإرادته هو فتحل هذه الإرادة محل إرادة الأصيل، كما أنه يعتد بشخص الوكيل فى العلم بظروف من شأنها أن تؤثر فى هذا التصرف، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا ارتكب الوكيل تدليساً جراً الغير إلى التعاقد معه، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال، ويجوز فوق ذلك للغير أن يرجع بالتعويض على الوكيل والموكل، أيضاً كما لو كان التدليس قد صدر منه هو.

كذلك إذا تواطأ الوكيل مع الغير الذى تعاقد معه للإضرار بحقوق دائنى هذا الغير أو تواطأ معه على الصورية، فإنه يعتد بهذا التواطؤ ويكون الموكل مسئولاً عنه فيمتد أثره إليه، ومن ثم يجوز لدائنى الغير أن يطعنوا فى التصرف بالدعوى البوليصية أو أن يتمسكوا بالعقد الصورى طبقاً لقواعد الصورية وذلك كله فى مواجهة الموكل كما لو كان تواطؤ الوكيل مع الغير قد صدر منه هو⁽¹⁾.

(الوكيل المسخر "الذى يعمل باسم مستعار")

139 - المقصود بالوكيل المسخر "الذى يعمل باسم مستعار":

(1) السنهورى ص 799 وما بعدها - المستشار فتحيه قره ص 53.

القاعدة أن الوكيل يعمل دائما لحساب الموكل وحينئذ تكون تلك الوكالة نيابية وهي وكالة مكشوفة. ومع ذلك فقد يرى الموكل أن يخفى اسمه في التصرف الذي فوض فيه الوكيل، فيشترط في عقد الوكالة أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي، ويسخره في ذلك مستعيرا اسمه. وتسمى الوكالة في هذه الحالة بعقد التسخير أو عقد الاسم المستعار، ويسمى الوكيل بالمسخر أو الاسم المستعار. كما أن الوكالة النيابية التي يعمل فيها الوكيل باسم الموكل باعتباره نائبا عنه، تسمح للوكيل بأن يتعاقد باسمه إذا اختار ذلك، وعندئذ يصبح في حكم المسخر أو الاسم المستعار وإن كان يفعل ذلك من تلقاء نفسه لا بناء على تسخير الموكل. وتكون الوكالة في الحالتين وكالة دون نيابة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة، وباعتباره محالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند ثم رفع الاستئناف باسمه أيضا عن الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواه، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضا في الحكم الاستئنافي فإن طعنه يكون جائزا- ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل أو أن تكون الحوالة قد ارتدت إلى المحيل باتفاق لاحق أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريرا لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعاره الطاعن اسمه في الطعن استمرارا للخصومة التي تولاهما باسمه أيضا في مراحلها السابقة. وليس في القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما".

(طعن رقم 90 لسنة 23 ق جلسة 1957/4/1)

2- "من يعير اسمه ليس إلا وكيلًا عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانونًا أن يستأثر لنفسه لشيء وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة... إلخ".

(طعن رقم 17 لسنة 30 ق جلسة 1964/11/26)

3- "مفاد نصوص المادتين 713، 106 من القانون المدني أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد... إلخ".

(طعن رقم 581 لسنة 35 ق جلسة 1970/5/28)

4- "النص في المادة 713، والمادة 106 من القانون المدني يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر".

(طعن رقم 458 لسنة 40 ق جلسة 1976/10/19)

5- "النص في المادة 713، 106 من القانون المدني يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر".

(طعن رقم 732 لسنة 54 ق جلسة 1985/1/16)

140- الوكالة بالعمولة في قانون التجارة تقابل التسخير في القانون

المدنى :

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "متى كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد لحساب موكله باسم نفسه فإن الموكل يبقى أجنبيا عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة".

(طعن رقم 366 لسنة 27 ق جلسة 1963/5/23)

2- (أ) - "مفاد نص المادة 81 من قانون التجارة أن الوكيل بالعمولة فرد أو شركة يتعاقد مع الغير أصيلا فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات إزاء الغير الذى يتعاقد معه ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد".

(ب) - "الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ماتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة... إلخ".

(طعن رقم 960 لسنة 46 ق (تجارى) جلسة 1983/4/18)

141- تمييز تسخير الوكيل عما يختلط به :

1- التقرير بالشراء عن الغير :

المقصود بالتقرير بالشراء عن الغير، شرط يتفق عليه بين البائع والمشتري يخول الأخير خيارا بين أن يستبقى الصفقة لنفسه وبين أن يحل غيره فيها، ويلتزم البائع بقبول نتيجة اختيار المشتري أى بارتباطه بأحكام البيع إما إزاء المشتري

نفسه وإما إزاء الشخص الذى يعينه المشتري لذلك حسب اختياره⁽¹⁾. وأوجه الاتفاق بين التسخير والتقرير بالشراء عن الغير أن الوكيل فى كليهما لا يعلن اسم الموكل ولكن الوكيل فى التقرير بالشراء عن الغير يعلن أنه يشتري لنفسه أو لغيره. وقد يحتفظ بالصفة لنفسه وعندئذ يكون أصيلا فى الشراء لا وكيلا. أما فى التسخير فالوكيل يشتري حتما لحساب غيره ويلتزم بنقل الصفة إلى هذا الغير، ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه. كما أن الوكالة بالتسخير تكون قائمة وقت إبرام الوكيل العقد الأصلي. بينما الغالب فى التقرير بالشراء عن الغير ألا توجد صلة بين المشتري الأصلي والمشتري النهائى وقت إبرام العقد الأصلي بل قد يجهل المشتري الأصلي فى ذلك الوقت وجود المشتري النهائى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه، فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماما. ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول - وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - إلى افتراض وكالة

(1) سليمان مرقس فى عقد البيع ص 194.

(2) سليمان مرقس فى عقد البيع ص 194.

المشترى الظاهر عن الغير إلا أن ذلك ليس إلا مجازا مقصورا على حالة ما إذا عمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة".

(طعن رقم 101 لسنة 17 ق جلسة 1950/3/9)

2- الوعد ببيع شيء :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول فى المزايمة يعتبر فى القانون نائبا عنه بطريق إعاره الاسم وأن المعار اسمه لا يملك فى حق الأصيل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت فى الدعوى أن من رسا عليه المزداد كان عند رسو المزداد عليه معيرا اسمه. أما إذا كان الثابت أن الراسى عليه المزداد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأظيان عند رسو المزداد عليه إذا دفع له الثمن والمصاريف فذلك لا يصح التحدى به فى إنكار الملكية على الراسى عليه المزداد".

(طعن رقم 58 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/29)

3- المسخر الذى يعمل باسمه الشخصى :

صورة المسخر الذى يعمل باسمه الشخصى، أن يشتري - مثلا- شخص أرضا باسم ابنته، فتكون البنت هى المالكة الحقيقية للأرض، ولا تلتزم بنقل ملكيتها للأب كما يلزم الوكيل المسخر. ولا ينتفع الأب من الصفقة انتفاعا شخصيا إلا بمقدار ما ينتفع به الأب عادة بمال أولاده. وإنما قصد الأب من تسخير ابنته فى الشراء باسمها أن يتفادى لو أنه اشترى الأرض باسمه، أن يرثه غير ابنته من أقارب، لأن ليس له أولاد ذكور. أو يتفادى أحكام تحديد الملكية الزراعية الواردة

في قانون الإصلاح الزراعي⁽¹⁾.

142- أمثلة لأسباب التجاء الموكل إلى تسخير الوكيل :

قد يلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل لأسباب كثيرة يرى أنها تحقق صالحه، غير أن هذه الأسباب قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة. ونعرض فيما يلي لأمثلة لهذه الأسباب.

(أ) - الأسباب المشروعة :

1- أن يسخر المشتري (الموكل) في المزاد وكيلا عنه يتقدم إلى المزاد باسمه الشخصي لا باسم الموكل. وذلك لأنه يريد أن يخفى الصفقة عن الجمهور، أو لأنه يخشى لو ظهر اسمه في جلسة المزاد أن يتقدم مزايدون يزايدون عليه لعلمهم بحاجته إلى الصفقة فيدفعونه إلى تقديم عطاء أعلى.

والتسخير في هذا المثال لغرض مشروع، لأنه ضرب من ضروب الصورية، والصورية وحدها ليست سببا في بطلان التصرف.

2- أن ينزل صاحب الحق عن حقه المتنازع فيه لمسخر يرفع الدعوى باسمه الشخصي، ويتفادى الخصم الحقيقي بذلك أن يظهر اسمه في المنازعات القضائية، ويلتزم المسخر، إذا كسب الدعوى بأن ينقل الحق الذي كسبه إلى الخصم الحقيقي.

3- أن يوكل الزوج زوجته وكالة مستترة في شراء عقار أو منقول، أو توكل الزوجة زوجها وكالة مستترة في ذلك.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النزاع محمولا في أسبابه على مجرد القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء

(1) السنهوري ص 805 هامش (1).

الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن في ذلك ما يكفلا اعتبار الأصل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء إذ لا يحتاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه إلى تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية، وكان هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه فى هذا الخصوص لا ينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت إلى الوكيل فى الظاهر إلا أن انتقالها فى الحقيقة يعتبر لحساب الأصل فيصبح فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم أن عقد البيع الذى تعلق بعقار لم يسجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت إلى الزوجة الطاعنة التى أبرمته بطريق الوكالة المستترة بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة المطعون ضدها الثانية بائعة العقار ويكون ما انصرف إلى الأصل المطعون ضده الأول هى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذى لم يسجل، وهذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه أيضا تملك المطعون ضده الأول لما أقامه فى الأرض المبيعة من مبان ذلك أن حق القرار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حق عينى من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري البانى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها فى المادة 925 من القانون المدنى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت ملكية المطعون ضده الأول رغم عدم توافر السبب القانونى المؤدى إلى التملك يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 648 لسنة 49 ق جلسة 1980/4/24)

(ب) - الأسباب غير المشروعة :

القاعدة أنه إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع، فإن التسخير يكون باطلا. ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذى باشره الوكيل باسمه الشخصى تنفيذا لعقد الوكالة والتصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل. ويستطيع الغير حسن النية الذى تعاقد مع المسخر أن يثبت التسخير بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير. ولكن طرفى التسخير لا يستطيعان التمسك بالتسخير قبل الغير حسن النية وذلك وفقا لقواعد الصورية⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"التسخير غير قاصر على التصرفات القانونية وحدها، بل يجوز فى الخصومة والإجراءات القضائية أيضا إلا إذا قصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع".

(طعن رقم 2209 لسنة 52 جلسة 1987/1/21)

ومن أمثلة الأسباب غير المشروعة ما يأتى :

1- مخالفة ما تنص عليه المادة 479 مدنى التى تجرى على أن : "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى". وعلى ذلك يقع باطلا تسخير المدين المحجوز على ماله شخصا يتقدم فى المزاد لشراء المال المحجوز عليه، وينصرف أثر البطلان أيضا إلى التصرف الذى باشره الوكيل باسمه الشخصى لتنفيذ الوكالة، وأيضا التصرف الذى نقل به الوكيل الحق للموكل.

2- التسخير بالمخالفة للمادة 480 مدنى التى تجرى على أن: "لا يجوز

(1) السنهورى ص 806 وهامش (1).

للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار".

3- التسخير بالمخالفة للمادة 471 مدنى التى تقضى بأن: "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلاً".

4- التسخير بالمخالفة للمادة 472 التى تقضى بأن: "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً".

143- اشتراط أهلية التصرف فى الوكيل المسخر:

ذكرنا بصدد أهلية الوكيل أنه يكفى أن يكون مميزاً، أما بالنسبة للوكيل المسخر فإن الأمر يختلف لأنه يعقد التصرف باسمه لا باسم موكله، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف الذى يقوم به.

(آثار الوكالة بالتسخير)

144- النص القانوني :

المادة (106) مدني :

" 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 مع النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب."

أولا : علاقة الوكيل المسخر بالغير

145- انصراف أثر التعاقد إلى الوكيل المسخر :

أحالت المادة 713 مدني إلى المواد من 104 إلى 107 الخاصة بالنيابة في علاقة الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل. وقد رأينا أن المادة 106 تنص على أنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا... إلخ" والوكيل المسخر لا يعلن وقت العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل، وإنما يتعاقد باسمه الشخصي، ومن ثم فلا تكون هناك نيابة، ومن ثم فإن أثر العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصيل، وإنما يضاف إلى الوكيل المسخر⁽¹⁾.

فإذا كان الوكيل المسخر موكلا بالبيع، فإنه يصبح مدينا بالتسليم ونقل الملكية، ويصبح دائنا للمشتري بدفع الثمن.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقدا جديا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل

(1) عبد المنعم الصده ص150 - عبد الفتاح عبد الباقي ص 228 وما بعدها.

بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراه من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع".

(طعن رقم 17 لسنة 30 ق جلسة 1964/11/26)

2- " متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن في عقد البيع وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقي، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه - وإن لم يكن مختصا في دعوى الفسخ- فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر، مع كونه في الواقع شأن الموكل".

(طعن رقم 458 لسنة 40 ق جلسة 1976/10/19)

3- " عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى بحيث يظل اسم الموكل مستترا ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع هذا الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها قبله كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها إليه".

(طعن رقم 2150 لسنة 51 ق جلسة 1991/5/22)

146- استثناء ان يردان على القاعدة :

يرد على القاعدة المنصوص عليها بالمادة 106 مدنى والتي تقضى بأنه إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائما أو مدينا، استثناء ان نصت عليهما المادة المذكورة، يكون فيهما الوكيل المسخر نائبا عن الموكل، بحيث إذا أبرم تصرفا أضيفت آثاره من حقوق والالتزامات إلى الموكل دون الوكيل. وعندئذ تسرى الآثار التى ترتبها الوكالة

(النيابية).

وهذان الاستثناءان هما:

الاستثناء الأول:

إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة.

نصت المادة 106 على هذا الاستثناء بقولها: "إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ومع ذلك فينبغى التفريق بين صور مختلفة. فالقاعدة التي تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل. وهي تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصي، 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 السويسري، حكما هاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية. أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير وهي التي 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 مع الأصيل أو مع من فوضه"⁽¹⁾.

فهذا الاستثناء يفترض أن الشخص الذي تعاقد مع النائب كان عالما عند التعاقد، بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بالنيابة عن الموكل، أو في الأقل كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك، كأن يذهب شخص إلى محل تجارى، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدمييه. فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى. إذ أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 96.

هذه، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها. وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة، أو حتى كون الظروف تملئ عليه حتما أن يعلم بها، يقعان بمثابة إخطاره بها من النائب⁽¹⁾. ففى هذه الحالة تضاف آثار العقد إلى الموكل سواء كانت حقوقا أو التزامات، ولا تضاف إلى الوكيل.

الاستثناء الثانى :

أن يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب :

ومثال ذلك أن يزعم شخص شراء منزل أو أرض بصفته وليا على 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 حاصلًا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب، فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه، كان له ما أراد، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه، إذا أنه لا مصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيما أراده، ولا دعوى بلا مصلحة⁽²⁾.

ومن الأمثلة على ذلك أيضا المثال الذى ذكرناه فى الاستثناء الأول، وهو ذهاب الشخص إلى محل تجارى لشراء سلعة معروضة به، إذ يستوى لدى المشتري التعامل مع الأصيل أو الوكيل الذى يقوم بالبيع له. وتقدير ما إذا كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ص 229 - عبد المنعم الصده ص 150 - وقارن السنهورى ص 812 وما بعدها فهو يفرق بين الحالة التى ذكرناها فى المتن، وحالة أخرى هى أن يكون الغير قد قصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل وذلك بالرغم من علمه بأن من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل فلا يكون الوكيل المسخر نائبا عن الموكل وتضاف إليه هو حقوق العقد والتزاماته، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ص 227.

مسألة واقع بيت فيها قاضى الموضوع، ويتخذ فى ذلك معيارا موضوعيا لا معيار شخصيا، فلا ينظر إلى شخص الغير بالذات، بل ينظر إلى شخص عادى وهل يستوى عند هذا الشخص فى الظروف التى تم فيها التعاقد أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل. ذلك أن المعيار الموضوعى أدعى إلى استقرار التعامل⁽¹⁾. وفى هذه الحالة إذا كشف الموكل عن نفسه، فإن له أن يرجع مباشرة على الغير، كما يكون للغير أن يرجع عليه وتطبق فى هذه الحالة أحكام الوكالة النيابية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - "النص فى المادة 106 من القانون المدنى على أنه " إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائما 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 " ينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن - وقت إبرام العقد - أنه يتعاقد بصفته نائبا، ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائما أو مدينا، ويستثنى من ذلك حالتان، وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل 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".

(ب) - " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الثابت بالشكوى الإدارة المقدمة صورتها من الطاعن أنه يدعى أنه استأجر من المطعون عليه

(1) السنهورى ص 814 هامش (1) - وعكس ذلك جمال مرسى بدر ص 298 فهو يرى الأخذ بالمعيار الشخصى، تأسيسا على أن المادة مستمدة من القانون السويسرى الذى يأخذ بالمعيار الشخصى.

الثانى الشقة محل النزاع ولم يثبت بالعقد أنه صدر من المطعون عليه المذكور بصفته وكيلا عن مالكتى العقار ولا يكفى لقيام وكالته أنه ابن لإحداهما، واستند لهذا فى القضاء بطرد الطاعن. وكان هذا الذى أورده الحكم من نفى وكالة المطعون عليه الثانى لأنها لم تذكر فى عقد الإيجار ولأن مجرد ثبوته لإحدى المالكيتين لا تتوافر بها الوكالة لا يكفى لحمل قضائه فى هذا الشأن لأن الوكيل يجوز أن يكون مسخرا فلا يكشف عن صفته فى العقود التى يبرمها ومع ذلك تنفذ هذه العقود ويضاف أثرها للموكل فى الحالتين - وهما ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، وحالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل - المنصوص عليهما فى المادة 106 من القانون المدنى، وقد ترتب على خطأ الحكم هذا أنه حجب نفسه عن بحث توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة 106 سالفة الذكر بما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب".

(طعن رقم 1271 لسنة 48 ق جلسة 1980/3/5)

147 - علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين :

قد تقوم علاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذى سخر للتعاقد معه فيعتبر هو المالك أو صاحب الحق.

فإذا سخر لشراء منزل مثلا واشتره، كان هو المالك له. وبهذه الصفة يرجع عليه الغير الذى أنفق على المنزل مصروفات ضرورية، أم مصروفات نافعة طبقا لأحكام المادة 1/980، 2 مدنى.

كذلك لو كان الشيء الذى اشتراه الوكيل المسخر منقولاً وحجز عليه دائنوه قبل أن تنتقل ملكيته للموكل، فإن للدائنين أن ينفذوا على المنقول بحقوقهم حتى لو انتقلت ملكيته بعد ذلك للموكل⁽¹⁾.

وبالنسبة إلى دائنى الوكيل المسخر، يعتبر المنزل مملوكاً للوكيل، فيجوز لهم التنفيذ عليه بحقوقهم، فإذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل، استوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه.

ولا يعتبر العقد الصادر إلى الوكيل المسخر سبباً صحيحاً مكسباً للملكية بالتقادم الخمسى لأنه لم يصدر إليه أصالة وإنما باعتباره اسماً مستعاراً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن عقد البيع الذى تمسكت الطاعنة بأنه سبب صحيح مكسب للملكية بالتقادم الخمسى لم يصدر إليها أصالة وإنما باعتبارها اسماً مستعاراً لزوجها فإن مثل هذا العقد لا يعتبر سبباً صحيحاً يكسبها الملكية بالتقادم الخمسى وذلك لما يشترط فى السند الذى يعتبر سبباً صحيحاً من أن يكون صادراً إلى المتمسك بالتقادم ومن ثم يكون ما قرره الحكم المطعون فيه من أن العقد المذكور لم يصدر إلى الزوجة الطاعنة متضمناً الرد على دفاعها آنف الذكر ويكون النعى عليه بالقصور على غير أساس".

(طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5)

ويلتزم الوكيل المسخر بدفع رسوم نقل الملكية لأنه يعتبر المالك بالنسبة إلى الخزنة. وإذا مات قبل نقل الملكية إلى الموكل، انتقلت الملكية إلى ورثته والتزموا بضريبة التركات (قبل إلغائها).

(1) قدرى الشهاوى ص 435 هامش (14).

ثانيا : علاقة الموكل بالغير

148 – انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل المسخر :

رأينا أن المادة 106 مدنى التى تحيل إليها المادة 713 مدنى تقضى بأنه: "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". ورأينا أن الوكيل المسخر لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، وإنما يتعاقد باسمه الشخصى، ومن ثم فإنه لا يكون نائبا عن الموكل وتتصرف إليه هو دون الموكل كافة آثار التصرف من حقوق والتزامات ولا يستثنى من ذلك إلا الحالتين المنصوص عليهما بالمادة وهما: أن يكون من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب. وعلى ذلك فإن علاقة الغير الذى عقد التصرف مع الوكيل المسخر تكون مع الأخير ولا شأن له بالموكل.

فإذا سخر الوكيل فى شراء عقار، كان الوكيل هو الدائن فى الالتزام بنقل الملكية والتسليم وضمان الاستحقاق، وكان هو المدين بأداء الثمن، ويكون لكل من الوكيل المسخر والغير الرجوع على الآخر فيما له من حقوق.

على أن الموكل وإن لم يكن له حق الرجوع مباشرة بالثمن على الغير (المشتري) إلا أن له الرجوع عليه بطريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه الوكيل المسخر.

وبالمقابل يستطيع الغير الرجوع بماله من حقوق على الموكل عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه وهو الوكيل المسخر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "مفاد المادة 106 من القانون المدني أنه متى تعاقد الوكيل مع الغير باسمه هو دون أن يفصح عن صفته فإن آثار العقد تتصرف إلى الوكيل في علاقته بالغير إلا إذا أثبت توافر الاستثنائين المشار إليهما في المادة المذكورة، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن المطعون عليه إنما تعاقد مع الطاعن باسمه شخصياً وسلم إليه المبلغ موضوع النزاع بهذه الصفة، وأنه لم يقدّم دليل من الأوراق على أنه دفعه بوصفه وكيلاً عن الشركة، مما مؤداه أن الدعوى لم يتوافر فيها أحد الاستثنائين السالفين الأمر الذي لم يكن محل نعي من الطاعن فإن الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً".

(طعن رقم 363 لسنة 37 ق جلسة 1973/11/20)

2- "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في التظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل، وينبنى على ذلك أن الوكيل المستتر في الشراء لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذي عقده بل تتصرف هذه الحقوق إلى الأصيل، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضى به المادة 106 من القانون المدني أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا في حالتين هما : إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

(طعن رقم 648 لسنة 49 ق جلسة 1980/4/24)

149- علاقة الموكل بأغيار آخرين :

كما تقوم العلاقة بين الوكيل المسخر وأغيار آخرين خلاف الغير الذي سخر للتعاقد معه، كذلك تقوم العلاقة بين الموكل وأغيار آخرين، من هؤلاء:

1- دائنو الموكل.

2- دائنو الوكيل.

3- الأشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل فيما اشتراه بطريق التسخير.

(أ) - بالنسبة إلى دائنى الموكل :

فبالنسبة إلى دائنى الموكل، فإنه يفرض أن الوكيل سخر فى شراء منزل لحساب الموكل، اعتبر المنزل مملوكا له وباعتبار المنزل مملوكا للوكيل لا يجوز لدائنى الموكل أن ينفذوا عليه، ولكن باعتبار الوكيل ملتزما بنقل ملكية المنزل للموكل يجوز لهؤلاء الدائنين أن يطالبوا الوكيل بتنفيذ التزامه عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم الموكل. وإذا تعارض دائنو الموكل مع دائنى الوكيل، فإن دائنى الوكيل يستطيعون، إذا سجلوا التنبيه بنزع الملكية قبل تسجيل السند الذى ينقل به الوكيل ملكية المنزل إلى الموكل، أن يستوفوا حقوقهم من ثمن المنزل فى مواجهة الموكل نفسه.

أما إذا سخر الوكيل فى بيع منزل، وتمهيدا لذلك نقل إليه الموكل ملكية المنزل، فإن لدائنى الموكل أن يطعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البوليصة إذا أثبتوا أن هناك تواطؤا بين الموكل والوكيل على الإضرار بحقوقهم. ولايجوز لهم الطعن بالدعوى البوليصة إذا باع الوكيل المنزل للغير تنفيذا لوكالته، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير كان هو أيضا متواطئا مع الوكيل.

(ب) - بالنسبة إلى دائنى الوكيل: - فى المثال السابق- يستطيع الموكل

استخلاص المنزل منهم إذا هو سجل سند نقل ملكية المنزل إليه من الوكيل قبل أن يسجل هؤلاء الدائنون التنبيه بنزع الملكية. وإذا أفلس الوكيل، فإن كان إفلاسه قبل أن تنتقل ملكية المنزل إلى الموكل كان هذا الأخير دائنا للتقليسة شأنه فى ذلك شأن سائر دائنى الوكيل. أما إذا انتقلت ملكية المنزل إلى الموكل قبل شهر الإفلاس، فإن الموكل يستطيع استرداده من التقليسة باعتباره مملوكا له⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 823 وما بعدها - قدرى الشهاوى ص 439 وما بعدها.

(ج) - بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل :

بالنسبة إلى من تصرف له الوكيل فى المنزل الذى اشتراه - فى المثال السابق - بطريق التسخير، فإن الموكل يستطيع أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البوليصية باعتباره دائنا للوكيل إذا هو أثبت تواطؤ الوكيل مع المتصرف له إذا كان التصرف بعوض، ودون حاجة لإثبات التواطؤ إذا كان التصرف تبرعا، وذلك طبقا للقواعد المقررة فى الدعوى البوليصية.

ثالثا : علاقة الوكيل المسخر بالموكل :**150 - عقد الوكالة المستترة يحكم علاقة الوكيل المسخر بالموكل :**

يحدد العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل عقد الوكالة المبرم بينهما، وهو عقد الوكالة المستترة. وهذا تطبيق لقواعد الصورية التى تقضى بأن العقد الحقيقى هو الذى يسرى فى العلاقة بين المتعاقدين.

ولما كان الوكيل يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى فتنقل إليه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، فإن الوكالة المستترة تقضى بنقل آثار العقد من الوكيل المسخر إلى الموكل.

والعلاقة بين الوكيل المسخر والموكل كما ذكرنا ينظمها عقد الوكالة المبرم بينهما، وبالتالي فإن هذا العقد يرتب فى جانب كل من الموكل والوكيل المسخر كافة الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة، والتى ذكرناها سلفا.

وبالترتيب على ذلك يلتزم الوكيل بأن ينفذ الوكالة فى حدودها المرسومة وبموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة وبتقديم الحساب ورد ما للموكل فى يده بعد انتهاء الوكالة، كما يلتزم الموكل بدفع الأجر إلى الوكيل إذا كانت الوكالة مأجورة ورد المصروفات التى أنفقاها فى تنفيذ الوكالة إلى الوكيل، وتعويضه عما أصابه من ضرر فى تنفيذ الوكالة.

ويلتزم الوكيل بنقل الحقوق التي كسبها باسمه، كما أن على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه من الالتزامات.

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصين في هذا المعنى، فكانت الفقرة الثانية من المادة 980 من المشروع تنص على أن: "وعليه أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه. وعليه بوجه خاص، أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل". إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها⁽¹⁾ ويبدو أن حذفها جاء اكتفاء بالقواعد العامة - وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ويلتزم الوكيل أخيراً بتقديم حساب للموكل عن وكالته عند انقضائها، وإطلاعها على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه حتى لو كان الوكيل "اسماً مستعاراً" يعمل باسمه الشخصي. وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل، فيجب أن ينزل له عنها".

كما كانت الفقرة الثانية من المادة 985 من المشروع التمهيدي تنص على أن: "2- ويلتزم الموكل إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً"⁽²⁾.

إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "... أما الالتزامات التي عقدها الوكيل باسم الموكل فهي تنصرف إليه مباشرة والذي عقدها باسمه الشخصي يلتزم الموكل بإبراء ذمته منها، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم"⁽³⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 204.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 218.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 223.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فهذا بمقتضى حكم القانون لا يغير من علاقته مع الموكل، فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل. وكل ما فى الأمر أن الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزما قبل الغير الذى تعامل معه. فإذا دفع الموكل بأن التكليف الصادر منه لو كيله بأن يشتري عقارا قد بطل بشراء هذا الوكيل القدر باسمه، ولكن استخلصت المحكمة وقائع الدعوى، استخلاصا تؤدى إليه المقدمات التى أوردتها، أن الوكيل حين حرر عقد الشراء باسمه إنما كان يقوم بتنفيذ الوكالة، وحكمت بناء على ذلك بإلزام الموكل بدفع الثمن إلى الوكيل مقابل نقل تكليف المشتري من اسمه إلى اسم الموكل فلا يصح النعى عليها فى ذلك".

(طعن رقم 63 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/15)

2- "إن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عن أعاره، وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وحفظه، ومن حيث مسئوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو افتأت عليه، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه فى الظاهر مع كونه فى الواقع شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة الشأن فيها للموكل ظاهرا وباطنا".

(طعان رقما 55، 74 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/22)

3- "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".

(طعان رقما 459، 471 لسنة 26 ق جلسة 1963/4/25)

4- (أ) - "من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة - وهذا يقتضى أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير. ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما- وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج- لى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه، إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة الأصيل بالغير".

(ب) - "إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقداً جدياً ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قدحال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع".

(طعن رقم 17 لسنة 30 ق جلسة 1964/11/26)

5- "من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل

ومن ثم يمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله، ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة. وهذا يقتضى أن يعتبر تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه والذي ترتب عليه نقل الملكية من البائع، لحساب الأصيل ويؤول العقار المبيع إليه وإلى ورثته من بعده بطريق الميراث ذلك أن الحقوق فيما بين الموكل ووكيله الذى أعاره اسمه تكون كلها للموكل دون الوكيل فإذا كان التعاقد يتعلق بعقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل المعير اسمه فيما بينه وبين البائع والغير. ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة للأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما وينتج من ذلك أن الأصيل لا يحتاج - لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه - إذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أى إجراء وإنما يلزم هذا الإجراء فى علاقة الأصيل بالغير".

(طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5)

6- "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أن الثابت من عقد البيع أن الطاعن بصفته نائبا عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد اشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح بالاسكندرية وأن أثر هذا العقد لا ينصرف إلى الطاعن شخصا وأن نية المتعاقدين انصرفت إلى إنشاء صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح ورتب على ذلك انتفاء حق الطاعن شخصا فى المطالبة بالملكية وهذا الذى استند إليه الحكم يتفق مع عبارة العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى إليه، ولما كان النص يدور حول مناقشة نصوص العقد وتفسيرها على أنها تفيد ملكية الطاعن شخصا للعقار فإنه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تفسير العقد مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه".

(طعن رقم 481 لسنة 39 ق جلسة 1974/6/24)

7- لما كانت العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل ينظمها عقد الوكالة الذي أبرماه فيلتزم الوكيل المسخر بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة، مما مؤداه أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر في العلاقة بين الوكيل والموكل ."

(طعن رقم 1433 لسنة 48 ق جلسة 1982/6/8)

8- "إذا كانت الوكالة بالتسخير - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل الذى يكون اسمه مستترا ويترتب عليها - تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر - أنها تنتج قبل الموكل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد الذى يبرمه الوكيل المسخر إلى كل من الموكل ومن تعاقد مع هذا الوكيل".

(طعن رقم 1155 لسنة 54 ق جلسة 1989/5/31)

كما قضت محكمة النقض أن الحكم الصادر ضد الوكيل المسخر بفسخ عقد البيع الذى عقده يعتبر حجة على الموكل ولو لم يكن خصما فى الدعوى.

إذ ذهب بتاريخ 1976/10/19 فى الطعن رقم 458 لسنة 40 ق بأن:

"متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن فى عقد البيع وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتبار أنه هو البائع الحقيقى، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه - وإن لم يكن مختصما فى دعوى الفسخ - فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر فى الظاهر، مع كونه فى الواقع شأن الموكل".

(طعن رقم 458 لسنة 40 ق جلسة 1976/10/19)

151- إجبار الوكيل المسخر على نقل الحقوق الناشئة عن التصرف إلى

الموكل :

إذا تقاعس الوكيل المسخر عن نقل الحقوق التى ترتبت على التصرف الذى أبرمه بالتسخير إلى الموكل، كان للموكل اللجوء إلى القضاء لإجبار الوكيل على ذلك.

وفى الوجه المقابل إذا تقاعس الموكل عن تحمل الالتزامات الناشئة عن التصرف، كان للوكيل المسخر إجباره على ذلك برفع دعواه إلى القضاء. ويرى الفقه أن نقل الحقوق والالتزامات إلى الموكل ينتج أثره من وقت حصوله بين الوكيل والموكل وليس من وقت تعاقد الوكيل مع الغير، فليس له أثر رجعى (1).

إلا أن قضاء محكمة النقض جرى على أن تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه ينقل الملكية إلى الأصيل المستتر، فإن أريد الاحتجاج بملكية الأصيل فى حق غير الوكيل وجب عندئذ- ولتحقيق هذا الغرض وحده- إصدار تصرف جديد إلى الأصيل وتسجيله.

إذ قضت محكمة النقض بأن :

1- "الوكيل، ككل متعاقد، ملزم قانوناً أن ينفذ ما تعهد به بحسن نية، فإذا أخل بهذا الواجب رد عليه قصده، وهو ممنوع قانوناً من أن يستأثر لنفسه بشئ وكل فى أن يحصل عليه لحساب موكله. كما أن القواعد الأولية فى القانون أن الغش يفسد كل شئ ولا يجوز أن يفيد منه فاعله. فمتى أثبت الحكم أن البيع الصادر من مصلحة الأملاك إلى فلانة إنما تم على أساس الطلب المقدم منها والذى دلت ورقة الضد المؤرخة فى ذات تاريخه على أنه قدم فى الواقع لمصلحة زوجها ولحسابه، فلا يكون لها أن تتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة لنفسها من دونه. ويجب أن ترد الأمور إلى نصابها الصحيح بنفاذ ورقة الضد المحتوية على

(1) السنهورى ص 832 وما بعدها.

الإقرار الصريح بأن الشراء كان لزوجها وأن ظهورها هي كمشتريّة لم يكن إلا سوريا. وإذن فالملكية في حدود العلاقة بين فلانة هذه وبين زوجها وورثته من بعده تكون لم تنتقل إليها وحدها بل إليها مع باقى الورثة. أما فيما بينها وبين مصلحة الأملاك البائعة فالأمر مختلف".

(طعن رقم 72 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/9)

2 - ليس من يعير اسمه إلا وكيلا عن أعاره فيمتنع عليه قانونا أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل. وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المطعون عليها لم تكن في إبرامها عقد الشراء مع آخر إلا اسما مستعارا لزوجها الطاعن فإن مقتضى ذلك اعتبار أن الصفقة فيما بين الزوجين قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا تكسب المطعون عليها منها شيئا ويكون كل ما دفع باسمها من الثمن ورسوم التسجيل قد دفع من الطاعن - إلا أن يثبت أنها قد دفعته له من مالها الخاص فيحق لها استرداده منه طبقا لأحكام الوكالة باعتباره من النفقات المعقولة التي أنفقتها في تنفيذ الوكالة".

(طعن رقم 273 لسنة 26 ق جلسة 1961/11/23)

(راجع أيضا طعن رقم 202 لسنة 32 ق جلسة 1966/5/5 - طعن رقم 481 لسنة

39 جلسة 1974/6/24 منشورين ببند 150)

وإذا توفى الوكيل المسخر يجوز إجبار ورثته على تنفيذ التزامات مورثهم.

152- إثبات التسخير :

تثبت الوكالة المستترة بين الموكل والوكيل المستتر أو المسخر طبقا للقواعد العامة ، فإذا كانت قيمة التصرف محل الوكالة تجاوز ألف جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو بما يقوم مقامها، إلا إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي فإذا قلت القيمة عن ذلك جاز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية

بما فيها البيئة والقرائن.

وإذا كانت الوكالة المسخرة ثابتة بالكتابة ، فإنه لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة ولو لم تجاوز قيمتها ألف جنيه أما بالنسبة للغير حسن النية الذى تعاقده مع الوكيل المسخر، فله أن يثبت التسخير بكافة طرق الإثبات القانونية ومنها البيئة والقرائن. ويتمسك بالبطلان ضد طرفى عقد التسخير .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقى الذى يسرى فيما بينهما، وبالتالي فعلى من يدعى بقيامها أن يثبت وجودها ويكون الإثبات طبقاً للقواعد العامة والأصل فيها أنه لا يجوز إثبات عكس ما أثبت بالكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إلا إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، فيجوز فى هذه الحالة إثباته بكافة الطرق إعمالاً للمادة 63 من قانون الإثبات، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بشرائه لشقة النزاع مستعيراً اسم المطعون ضدها الأولى تهرباً من ديون مستحقة عليه، وأنه يقيم بتلك الشقة باعتباره مشترياً لها، وقدم تدليلاً على ذلك بعض إيصالات بسداد جزء من ثمن شقة النزاع وبما يفيد مديونيته لئبناك مصر بعد وضع الشركة المملوكة له تحت الحراسة، وكان الطاعن قد تمسك أيضاً بوجود مانع أدبي حال بينه وبين الحصول من المطعون ضدها الأولى على دليل كتابي، وكانت محكمة الاستئناف قد أغفلت هذا الدفاع الجوهرى وقعدت عن إعمال سلطتها فى تقدير ما إذا كانت علاقة الطاعن بالمطعون ضدها الأولى من واقع ظروف الدعوى وملابساتها تعتبر كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي تمهيداً لإجابة الطاعن إلى طلبه بإثبات حقيقة العلاقة العقدية بينهما بالبيئة، واكتفت بما أوردته فى حكمها المطعون عليه من قيام الطاعن بدفع ثمن الشقة

على فرض صحته لا يؤثر على ثبوت الملكية للمطعون ضدها الأولى وهو ما لا يصلح ردا على دفاع الطاعن الذى لو صح لكان من شأنه أن يغير وجه النظر فى الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور وبالإخلال فى حق الدفاع بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 732 لسنة 54 ق جلسة 1985/1/16)



انتهاء الوكالة

مادة (714)

تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل.

الشرح

153- (أ) - إتمام العمل الموكل فيه :

تنص المادة على أن تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه، ذلك أن تحديد مهمة الوكيل من شأنه زوال سلطته فى النيابة عن الموكل بانتهاء مهمته، فلا يكون له بعد ذلك أن ينوب عنه. فإذا كان الوكيل موكلا بقبض دين للموكل فقبضه انتهت الوكالة بالنسبة له. وإذا كان الوكيل محاميا فإن وكالته تنتهى بانتهاء العمل الموكل فيه أيضا، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه، ولا مجال للتحدى بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى بأنها لا تنتهى إلا بإلغاء التوكيل وعلم المحامى بهذا الإلغاء استنادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة 3/702 مدنى، ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع الضرورية للأمر الموكل فيه.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

"وكالة المحامى تنقضى بأسباب انقضاء الوكالة العادية، وأخصها انتهاء العمل الموكل فيه، لأنه بعد انتهاء العمل لا يصبح للوكالة محل تقوم عليه، ولا يبقى إلا حق المحامى فى الأتعاب التى لم يقبضها، ولا وجه للتحدى بهذا العرف - القول بقيام عرف بشأن وكالة المحامى يقضى بأنها لا تنتهى إلا بإلغاء التوكيل وعلم المحامى بهذا الإلغاء - استنادا إلى العرف الجارى الذى نصت عليه المادة 3/702 من التقنين المدنى. ذلك أن مجال تطبيق هذا العرف هو فى تحديد التوابع

الضرورة للأمر الموكل فيه ليستمر الوكيل فى الوكالة الخاصة فى مباشرتها باعتبارها متفرعة عن العمل الأصلى ومتصلة به".

(طعن رقم 171 لسنة 41 ق جلسة 1975/4/2)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"1- تنتهى الوكالة انتهاء طبيعيا بإنهاء العمل..... إلخ"⁽¹⁾.

وإذا لم يتم الوكيل العمل الذى عهد به إليه، لعدم نجاحه فى ذلك فإن الوكالة تنتهى أيضا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى استخلصت المحكمة لأسباب سائغة أن الوكيل لم ينجح فى العمل الموكل فيه فانتهت بذلك مهمته، فإن استخلاص المحكمة لهذه النتيجة هو استخلاص موضوعى ولا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 255 لسنة 22 ق جلسة 1956/4/5)

154- (ب) - انتهاء الأجل المعين للوكالة:

تنص المادة 714 مدنى على أن تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة...".

فإذا حدد الطرفان أجلا لانتهاء الوكالة فإن الوكالة تنتهى بانقضاء هذا الأجل، سواء كان هذا الأجل معينا أو غير معين كالموكل الذى يوكل غيره فى مباشرة شئونه بسبب اعتزله السفر فإن توكيله ينتهى بعودته من رحلته إذ يفترض أن العاقدين قصدا استمرار الوكالة فى فترة غياب الموكل وانتهائها بعودته.

إنما إذا استمر الوكيل فى أداء عمله، ولم يبين الموكل ما يشعر برغبته فى إنهاء الوكالة، انعقدت بينهما وكالة ضمنية لا تنتهى إلا بأحد الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء الوكالة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 234.

ويعتبر من قبيل الأجل غير المحدد اشتراط استمرار الوكالة حتى موت الوكيل أو الموكل.

وهذا الشرط لا يحول دون حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت شاء⁽¹⁾. كما أنه لا يمنع الوكيل حقه فى التنحى أيضا. وقد يعين المتعاقدان أجلا يتم فيه الوكيل العمل دون أن يقصدا من تحديد الأجل إلا تقدير وقت تقريبي يتم فيه الوكيل عمله لا أن تنتهى الوكالة رغم عدم إتمام العمل خلال هذا الأجل، ومن ثم فإن الوكالة لا تنتهى حتما بانقضاء الأجل، بل يجوز للوكيل المضى فى تنفيذ الوكالة حتى بعد انقضاء الأجل إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التأخير.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا كان الحكم الابتدائى الذى أيدته الحكم الاستئنافى لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله المدعى عليه إنما كان بسبب سفره إلى خارج القطر، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة هلالية، وأن الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة إدارة الوقف بصفته وكيلا لا يدل على ما ورد بها على استمرار الوكالة، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيرا تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى. ثم أيد هذا الحكم استئنافيا لأسبابه، فلا يعيب الحكم الاستئنافى أنه لم يورد مضامين خطابات جديدة قدمها المدعى إلى محكمة الاستئناف وقالت هذه الوكالة عنها إنها لم تر فيها ما يفيد استمرار الوكالة".

(طعن رقم 60 لسنة 17 ق جلسة 1948/10/21)

غير أنه إذا باشر الوكيل تصرفا بعد انقضاء الأجل وانتهاء الوكالة دون أن تجدد تجديدا ضمنيا، فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الموكل إلا في حالة الوكالة الظاهرة.

(ج) - موت الموكل أو الوكيل :

155- أولا : موت الموكل :

تنص المادة (714) مدنى على أن "تنتهى الوكالة... وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل".

فالوكالة تنتهى بموت الموكل، لأن الوكالة من العقود التى يراعى فيها شخص الموكل، إذ الموكل لا ينيب عنه أى شخص، سواء كانت الوكالة مأجورة أو غير مأجورة، ومن ثم لا يحل الورثة محل الموكل.

وإذا كان الموكل شخصا معنويا كشركة أو جمعية فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختياريا، فالحل بالنسبة للشخص المعنوى هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعى غير أن الوكالة تبقى المدة اللازمة لتصفية الشركة إذ أن الشخصية المعنوية للشركة تبقى لها فى حدود أغراض التصفية ويترتب على انتهاء الوكالة بحل الشخص المعنوى عدم قبول دعوى الوكيل بالمطالبة بالتعويض استنادا إلى أن انتهاء وكالته بحل الشخص المعنوى يعتبر بمثابة عزل له. فليس له بناء على ذلك أن يطالب بالتعويض عن إنهاء وكالته فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول. فإحلال الشخص المعنوى - كما ذكرنا - يأخذ حكم الموت بالنسبة للشخص الطبيعى، فلا يسرى بصدده أحكام العزل⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) محمد على عرفه ص 423.

1- "تنص المادة 714 من القانون المدني على أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل، وقد ورد هذا النص في حدود الاستثناء الذي قرره المادة 145 من القانون المدني، فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى وراثته بوصفهم خلفا عاما، لأن المشرع افترض أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى انقضاء عقد الوكالة بوفاء أيهما اعتبارا بأن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد".

(طعن رقم 106 لسنة 33 ق جلسة 1968/2/13)

2- "نصت المادة 714 من القانون المدني على انتهاء الوكالة بموت الموكل ومن ثم فلا تتصرف آثار عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى وراثته بوصفهم خلفا عاما باعتبار أن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى اعتبار التظهير الحاصل من المستفيد من السند الإذني المؤرخ، 1979/11/20 إلى البنك المطعون ضده تظهيرا توكيليا وكان الثابت في الدعوى أن المظهر توفي في أكتوبر سنة 1980 فإن وكالة البنك عن المظهر في تحصيل قيمة السند تكون قد انتهت في ذلك التاريخ وإذ تقدم البنك إلى السيد / رئيس محكمة شمال القاهرة بطلب إصدار أمر الأداء بقيمة ذلك السند في 1981/6/30 فإن صفته في استصدار الأمر و مباشرة الإجراءات القانونية لتحصيل قيمة السند تكون قد زالت - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بصفة البنك المطعون ضده كوكيل عن المظهر بدعوى عدم اعتراض الورثة رغم عدم تقديم ما يفيد موافقتهم على مباشرة البنك لتلك الإجراءات وإعلان أحدهم انقضاء الدين الثابت بالسند فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه".

غير أنه يراعى أن الوكالة الصادرة من ممثل الشخص المعنوى لا تتأثر

بتغيير هذا الممثل وتظل سارية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه متى كان للشركة شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية من يمثلها قانونا وكانت هي المقصودة بذاتها بالخصومة فلا تتأثر بما يطرأ على شخصية هذا الممثل من تغيير. لما كان ذلك، وكان الثابت بالتوكيل الذى بموجبه باشر المحامى رفع الطعن بالنقض أنه صادر من المستشار القانونى للشركة الطاعنة استنادا إلى التوكيل الصادر له من رئيس مجلس إدارة الشركة آنذاك متضمنا تفويضه فى تمثيل الشركة أمام القضاء والإذن له فى توكيل المحامين فى الطعن بالنقض وكان هذا التوكيل قد صدر صحيحا ممن يمثل الشركة قانونا وقت صدوره، فإن تغيير رئيس مجلس الإدارة فى مرحلة لاحقه لصدور التوكيل لا ينال من شخصية الشركة، ولا يؤثر على استمرار الوكالة الصادرة منها ومن ثم لا يوجب إصدار توكيل آخر من رئيس مجلس الإدارة الجديد للتقرير بالطعن".

(طعن رقم 27 لسنة 51 ق جلسة 1981/12/26)

156- الاحتجاج بموت الموكل لا يكون إلا من تاريخ العلم بالموت :

لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة بموت الموكل على الوكيل أو الغير الذى تعامل معه إلا من وقت علم الوكيل بالوفاة. فكل التصرفات التى يجريها الوكيل فى الفترة التالية للوفاة، والسابقة على علمه بها، تكون قد صدرت منه باعتباره وكيلا، وتترتب له من أجلها كل حقوق الوكيل الثابتة بعقد الوكالة. لا بموجب وكالة ظاهرة بل بموجب وكالة حقيقية عملا بالمادة 107 مدنى⁽¹⁾.

ولكن يجوز الاحتجاج على الغير حسن النية بسوء نية الوكيل، فلا يكون للغير أن يطالب الورثة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى عقده الوكيل فى

(1) محمد على عرفه ص 424 وما بعدها - السهنورى ص 853.

تركة مورثهم (م107)، ومن حقه الرجوع بالتعويضات على الوكيل سئ النية ويقع على عاتق من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفاة للرجوع على الأول بالتعويضات، أو للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى، أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس. إنما يكون له فى هذه الحالة أن يقيم الدليل على صحة دعواه بسائر وسائل الإثبات وأخصها القرائن. وبطلان تصرفات الوكيل بعد علمه بوفاة الموكل يعتبر بطلانا نسبيا لا يجوز الاحتجاج به إلا لورثة الموكل، فلا يقبل ممن تعامل مع الوكيل أن يتمسك بهذا البطلان.

157- الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبى :

إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبى، كما إذا وكل شخص آخر فى قبض ثمن البيع ودفع الثمن سدادا لدين فى ذمة الموكل للوكيل أو لأجنبى، فإن الوكالة لا تنتهى بوفاة الموكل، لأن أساس انتهاء الوكالة بوفاة الموكل هو انقضاء الاعتبار الشخصى الذى قبل الوكيل الوكالة على أساسه⁽¹⁾. إذ لو انتهت الوكالة بموت الموكل فى هذا الغرض لفات على الوكيل أو على الأجنبى مصلحته فى استيفاء الدين⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان الحكم قد حصل تحصيلا سائغا من المستندات أن اتفاقا تم بين الطاعن والمطعون عليه على أن يضع هذا الأخير اليد على الأطيان التى رهنها له الطاعن رهنا تأمينا وأن يحصل ريعها خصما من دينه وقرر أنه سواء أكان الغرض من هذا الاتفاق هو إنشاء عقد رهن حيازى لاحق للرهن التأمينى أم عقد وكالة لإدارة الأطيان واستيفاء الدين من غلتها فإنه على كلا الفرضين لا سبيل للطاعن فى أن ينهى بإنذار منه العلاقة القائمة بينهما، لأن عقد الرهن لا يفسخ

(1) أكثم الخولى ص 250- محمد على عرفه ص 424 - السنهورى ص 855.

(2) السنهورى ص 855.

بإرادة واحدة وكذلك عقد الوكالة إذا كان لمصلحة الدائن. فإن الطعن على الحكم بالخطأ في التكيف يكون على غير أساس".

(طعن رقم 13 لسنة 19 ق جلسة 1951/2/22)

وقد لا تنتهي الوكالة بموت الموكل إذا كان من شأنها ألا تبدأ إلا بعد موت الموكل، كما إذا وكل شخص آخر في نشر وثائق معينة بعد موته، أو في إقامة نصب تذكاري له. أو في سداد دين عليه من تركته. أو في إعطاء مبلغ من تركته لشخص معين، وتتخذ الوكالة في هذه الفروض صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها⁽¹⁾.

وإذا تعدد الموكلون فإن وفاة أحدهم تنهي وكالة الوكيل عنه إلا في حالة عدم القابلية للتجزئة حيث يتعلق حق سائر الموكلين ببقاء الوكالة.

158 - انتهاء الوكالة بموت الموكل لا يتعلق بالنظام العام:

انتهاء الوكالة بموت الموكل، لا يعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم، فلا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود الشركة⁽²⁾.

وهذا الاتفاق إما أن يكون صريحا أو ضمنيا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"للعاقدین أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولقاضي الموضوع استخلاص الاتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا، وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمي بأن يتنازل عن دين له قبل المطعون عليهم

(1) السنهوري ص 856 - قدرى الشهاوى ص 506 وما بعدها.

(2) أكثم الخولى ص 250 - السنهوري ص 855.

إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير، فإن هذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون".

(طعن رقم 327 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/22)

159 - (ثانيا) - موت الوكيل :

رأينا أن المادة 714 مدنى تنص على أن تنتهى الوكالة بموت الوكيل. فالوكالة تنتهى بموت الوكيل لأن الوكالة من عقود الاعتبار الشخصى، فالموكل لا يختار أى شخص ليكون وكيله عنه، ومن ثم لا تنتقل الوكالة إلى ورثة الوكيل.

وإذا كان الوكيل شخصا اعتباريا كجمعية أو شركة، فإن الوكالة تنتهى بحله ولو كان الحل اختياريا، لأن حل الشخص الاعتبارى - كما أشرنا سلفا - هو بمثابة الموت بالنسبة للشخص الطبيعى.

وإذا تعدد الوكلاء فإن وفاة أحدهم تنهى وكالته، بينما تستمر وكالة الباقين، بشرط أن يملك الباقون أن يستقلوا بتنفيذ الوكالة.

وانتهاء الوكالة بموت الوكيل لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على عدم انتهاء الوكالة بموت الوكيل ويلتزم بها الورثة فى حدود التركة. وأكثر ما يحدث هذا فى حالة ما إذا كان الوكيل محترفا أو شخصا معنويا وهذا الاتفاق قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا.

و فى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"للعاقدين أن يتفقا على أن تستمر الوكالة رغم وفاة أحدهما على أن تنتقل التزامات المتوفى منهما إلى ورثته وهذا الاتفاق كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ولقضى الموضوع استخلاص الاتفاق الضمنى من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلا وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه الأول تعهد بموجب عقد رسمى بأن يتنازل عن دين له قبل باقى المطعون عليهم إلى مورث الطاعن ونص فى الاتفاق على أن هذا التنازل هو لأجل تحصيل المبلغ من المدينين ودفعه إلى الطاعن الذى يداين المطعون عليه الأول بأكثر منه وكان الحكم المطعون فيه قد كيف هذا الاتفاق بأنه وكالة تعلق بها حق الغير وليس للموكل سحبها أو إسقاطها بغير رضاء وقبول هذا الغير، فإن هذا النعى الذى قرره الحكم صحيح فى القانون".

(طعن رقم 327 لسنة 20 ق جلسة 1953/1/22)

160 – التزامات ورثة الوكيل :

تنص الفقرة الثانية من المادة 717 مدنى على أن: "وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل".

فقد ألقى هذا النص على ورثة الوكيل التزاما بأمرين:

الأول: أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم.

الثانى: أن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل، أى عليهم السهر على رعاية مصالح الموكل حتى لا يلحقها الخطر، فعليهم القيام بالإجراءات المستعجلة. فإذا كان قد بدئ فى جنى المحصول ويبيعه وجب على الورثة أن يستمروا فى ذلك حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة، ودون

أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله⁽¹⁾.

إلا أن الورثة لا يكلفون بهذين الالتزامين إلا بشرطين:

الأول: أن يكونوا عالمين بوجود الوكالة.

الثانى: أن تتوافر لديهم أهلية الالتزام.

ويترتب على ذلك أن الموكل لا يستطيع أن يرجع بالتعويض على ورثة الوكيل بدعى تعريض مصالحه للخطر إذا كانوا يجهلون وجود الوكالة، أو كانوا ناقصى الأهلية، لأنهم يعذرون لحسن نيتهم فى الحالة الأولى، ولأنه لا يترتب فى ذمتهم أى التزام قبل الموكل فى الحالة الثانية، شأنهم فى ذلك شأن الوكيل القاصر تماما.

وإذا أراد الورثة نفي مسئوليتهم قبل الموكل تأسيسا على جهلهم الوكالة، فعليهم أن يقيموا الدليل على صحة هذا الادعاء، لأنهم يدعون بذلك براءة ذمتهم من التزام مقرر لصالح خصمهم، وعلى المدين إثبات براءته من الدين.

ولما كان الورثة يضطلعون بسائر التزامات المورث باعتبارهم من الخلف العام، فإنهم لا يتحملون بهذه الالتزامات إلا فى حدود التركة تطبيقا لأحكام الشريعة الغراء التى من مقتضاها أن تركة المورث هى الضامنة لديونه، ولا يلتزم الورثة فيما عداها بأى التزام من التزامات مورثهم.

ولا تشبه الغيبة بالموت مهما طال مدتيا، وإن كان يصح اعتبارها من الأسباب التى تجيز طلب تعيين حارس يقوم مقام الوكيل⁽²⁾.

161- تنظيم قانون المحاماة لانتهااء وكالة المحامى فى موته :

تنص المادة 96 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 على أن وكالة المحامى تنتهى بوفاته أو استبعاد اسمه أو محوه من الجدول أو تقييد حريته وبصورة عامة فى جميع الأحوال التى يستحيل فيها عليه ممارسة المحاماة ومتابعة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 238.

(2) محمد على عرفه ص 427.

أعماله ودعاوى موكلية.

وفى هذه الحالات يندب مجلس النقابة الفرعية محاميا من نفس درجة القيد على الأقل ما لم يختار المحامى أو ورثته محاميا آخر تكون مهمته اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكلين وتصفية المكتب إذا كان لذلك مقتضى، وتتم هذه التصفية بموافقة ذوى الشأن وتحت إشراف مجلس النقابة الفرعية.



مادة (715)

- 1- يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.
- 2- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه.

الشرح

162- عزل الوكيل :

لما كانت الوكالة من العقود غير اللازمة من ناحية والتي تبنى على الثقة التى يضعها الموكل فى وكيله من ناحية أخرى، كان بديهيًا أن يكون للأول أن يسحب ثقته من الوكيل إذا تراءى له ذلك فى أى وقت شاء، لأن الشخص إنما يمنح ثقته طوعًا، فلا يستساغ إكراهه عليها إذا تزعزعت عقيدته فيمن منحه ثقته. كما أن الوكيل يتطوع لخدمة الموكل، فمن الطبيعى أن يكون من حقه أن ينتحى عن أداء هذه الخدمة إذا ناء بعبئها، أو لم يكن فى مقدوره أن يستمر فى أدائها.

ولذلك ميز المشرع عقد الوكالة بخاصة استثنائية، تتعارض مع القواعد العامة، وهى إمكان إنهائه بإرادة أحد الطرفين المنفردة⁽¹⁾. وعلى ذلك يجوز للموكل عزل الوكيل متى أراد، يستوى أن يكون التوكيل

(1) محمد على عرفه ص 416.

بمقابل أو غير مقابل⁽¹⁾، لأن اشتراط المقابل لا يؤدي إلى حرمان الموكل من حقه الطبيعي في أن يغير رأيه فيمن فوض إليه أمره.

وكما يجوز للموكل أن يعزل الوكيل، فله من باب أولى أن يقيد من وكالته، كأن يوكله في البيع وقبض الثمن، ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن، ويكون هذا عزلاً جزئياً من الوكالة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"الوكالة عقد غير لازم. فللموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، وله من باب أولى أن يقيد وكالته"⁽²⁾.

ويجوز عزل الوكيل ولو لم يثبت خطأ أو إهمال من جانبه.

وليس هناك شكل خاص لعزل الوكيل. فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى العزل يكفي. غير أنه إذا تطلب القانون شكلاً معيناً لإنشاء الوكالة وانعقادها، فإن نفس الشكل يجب مراعاته في إلغائها⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "الوكالة بالعمولة نوع من الوكالة تخضع في انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة في القانون المدني فيما عدا ما يتضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها. وإذ لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التي ينقضى بها عقد الوكالة المدنية وبالتالي فإنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتحى عن الوكالة في أى وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه وينهى العقد بإرادته المنفردة طبقاً للحدود المرسومة بالقانون

(1) محمد كامل مرسى ص 567 وما بعدها - محمد على عرفه ص 417.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 234 وما بعدها.

(3) محيي الدين علم الدين ص 239.

المدنى. ولما كان مؤدى ما تقضى به المادتان 715 و 716 من القانون المدنى - على ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية - أن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل عزل الوكيل قبل انتهاء الوكالة، كما أن للوكيل أن يتتحنى عنها قبل إتمام العمل الموكل إليه، فإذا كانت الوكالة بأجر صح التتحنى ولكن يلزم الوكيل بتعويض الموكل عن الضرر الذى قد يلحقه إذا كان التتحنى بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب".

(طعن رقم 355 لسنة 31 ق جلسة 1966/3/8)

2- "الوكالة بالعمولة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تخضع فى انعقادها وانقضائها وسائر أحكامها للقواعد المتعلقة بعقد الوكالة فى القانون المدنى فيما عدا ما تضمنه قانون التجارة من أحكام خاصة بها، وإذ لم ينظم قانون التجارة طرق انقضاء عقد الوكالة بالعمولة فإنه ينقضى بنفس الأسباب التى ينقضى بها عقد الوكالة المدنية وكان مفاد ما تقضى به المادتان 715، 716 من القانون المدنى - وعلى ما ورد بمجموعة الأعمال التحضيرية - أن الوكالة عقد غير لازم فإنه يجوز للموكل - بإرادته المنفردة - عزل الوكيل فى أى وقت قبل انتهاء العمل محل الوكالة".

(طعن رقم 731 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/25)

والتعبير عن عزل الوكيل قد يكون صريحا، كما يصح أن يكون ضمنيا يستفاد من أى عمل يأتیه الموكل إذا كان من شأنه أن يكشف عن إرادته عزل الوكيل. إلا أنه إذا كان العزل ضمنيا فإن يجب أن يثبت قطعا، ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما.

ومن أمثلة العزل الضمنى تعيين الموكل وكيلا جديدا النفس العمل الذى يعهد به إلى الوكيل. أو أن يقوم الموكل بنفسه بمباشرة العمل الذى وكل فيه غيره. وتنتهى الوكالة السابقة ولو كانت الوكالة الجديدة باطلة، أو سقطت لعدم قبول الوكيل الجديد⁽¹⁾.

163- متى ينتج العزل أثره؟

سواء كان العزل صريحا أو ضمنيا، فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل طبقا للقواعد العامة.

ويكفى لإثبات علم الوكيل بالعزل إعلانه بذلك على يد محضر، ولو كان هذا الإعلان باطلا من ناحية الشكل، إذ لا يشترط شكل معين فى العزل كما ذكرنا، وفى رأينا أنه يكفى فى هذا العلم أيضا إخطاره بالعزل بخطاب موصى عليه. أما قبل علم الوكيل بالعزل فتبقى وكالته قائمة. فإذا تعاقد مع شخص حسن النية انصرف أثر العقد إلى الموكل. وحتى بعد علم الوكيل بالعزل إذا تعاقد مع الغير حسن النية، فإن أثر التعاقد ينصرف أيضا إلى الموكل، ولكن ليس بموجب الوكالة الحقيقية كما فى الحالة الأولى، بل طبقا لقواعد الوكالة الظاهرة ومن ثم يتعين على الموكل، حتى يكون بمأمن من ذلك، أن يعلن الأغيار الذين يتعاملون عادة مع الوكيل بعزله لهذا الأخير.

ولقضى الموضوع سلطة تعيين الوقت الذى قصد الموكل أن يبدأ منه العزل⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 570.

(2) استئناف وطنى 17 نوفمبر سنة 1910 مشار إليه بالسهنورى ص 861 وما بعدها هامش

(3) - وينتقد الدكتور محمد على عرفه ص 420 هذا القضاء ويذهب إلى أنه لا يستقيم

مع الوضع الذى قرره المشرع بالمادة 107 مدنى.

وقد قضى بأن النشر بالجرائد عن عزل الوكيل لا يحتج به على من تعامل مع ذلك الوكيل، لأن نشر الإعلانات بواسطة الجرائد مرخص في مواضع معلومة مذكورة في القوانين. وليس هذا النشر من المطلوب قانوناً على العموم بالنسبة إلى الوكالة (1).

ولكن يجوز إثبات علم الغير بالبينة والقرائن. وتصرف الوكيل بعد علمه بالعزل لا ينفذ في حق الموكل، فإن مضى في الوكالة كان هو المسئول عن ذلك ومن ثم لا يرجع بما أنفق من مصروفات على الموكل.

وقد قضت محكمة النقض - بصدد وكالة المحامي - بأن :

1- "ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية إغفال هذا الإجراء فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة في مواجهة الوكيل. كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاء الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلاً مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذي رتبته القانون على غياب الخصم".

(طعن رقم 44 لسنة 26 ق جلسة 1961/4/20)

2- "إذا كانت المطعون عليها قد أنهت توكيلها إلى محاميتها فإنه لم تعد له صفة في تقديم مذكرة أو الحضور عنها في الطعن ولو ادعى بعدم جواز إنهاء الوكالة لصدورها لصالح الغير وذلك دون رضاه منه استناداً للمادة 715 من القانون المدني، متى كان المحامي لم يقدم الدليل على صحة هذا الادعاء".

(طعن رقم 238 لسنة 27 ق جلسة 1963/3/21)

وإذا قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد

بأن الوكالة التي تعاقد بناء عليها لا زالت سارية فإن هذه التصرفات تسرى قبله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر في القانون أن للموكل أن ينهى عقد الوكالة إلا أنه إذ قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الاعتقاد بأن الوكالة التي بناء عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لا تزال سارية حتى أبرم الوكيل معه تصرفات تعدل العقد الذي سبق أن أبرمه، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ في حق الموكل".

(طعن رقم 227 لسنة 50 ق جلسة 1984/2/8)

ويجب على الوكيل رغم عزله أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (1/717 مدنى)، على نحو ما سنرى.

164 - حالة تعدد الوكلاء أو الموكلين :

إذا تعدد الوكلاء في عمل واحد وعزل الموكل أحدهم أو بعضهم، فإن ذلك لا يمنع الوكلاء الباقين من الاستمرار في تنفيذ الوكالة، ولو كان تعيينهم بعقد واحد، لأن سحب الموكل ثقته من أحد الوكلاء لا يعنى ضياع ثقته في الآخرين. بل إنه يفسر - على العكس - برغبته في أن ينفرد الوكلاء الباقون بالعمل دون الوكيل المعزول.

وإذا تعدد الموكلون وانفرد أحدهم بعزل الوكيل، فإذا كانت الوكالة تقبل التجزئة اقتصر العزل على الموكل الذى صدر منه العزل. وبقيت الوكالة قائمة بالنسبة إلى الموكلين الآخرين.

أما إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة، فإن الوكيل الذى عزله أحد الموكلين لا يعزل، إذ يلزم في هذه الحالة اتفاق جميع الموكلين على عزله.

تقييد حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين :

قيدت المادة (715) مدنى حق الموكل فى عزل الوكيل فى حالتين نتعرض

لهما فيما يلى:

165- الحالة الأولى:

تعويض الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر:

أوجبت الفقرة الأولى من المادة 715 مدنى على الموكل فى حالة عزل الوكيل المأجور تعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

فيشترط إذن لتعويض الوكيل فى حالة عزله توافر الشروط الثلاثة التالية:

1- أن يكون الوكيل مأجورا، لأن الوكيل غير المأجور يؤدى خدمة للموكل، وبالتالي ليست له ثمة مصلحة فى استمرار الوكالة.

2- أن يكون العزل فى وقت غير مناسب، أو بغير عذر مقبول.

ويكون العزل فى وقت غير مناسب مثلا إذا لم يخطر الموكل الوكيل بالعزل قبل حصوله، أو إذا اتفق بين الطرفين على إخطار الوكيل فى حالة عزله قبل مدة معينة، فعزله الموكل دون التقيد بهذه المدة.

ويكون العزل بغير عذر مقبول، إذا كان الوكيل قد أدى عمله بأمانة وكفاءة ولم يبدر منه ثمة إهمال أو تقصير.

3- أن يترتب للوكيل ضرر نتيجة العزل، وغالبا يتمثل الضرر فى حرمانه من باقى الأجر المستحق له عن مدة الوكالة.

ففى هذه الحالة يكون هناك تعسف فى العزل وقع من جانب الموكل.

ويجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على تعويض يدفعه الأول إلى الثانى إذا عزله قبل انتهاء العمل الموكل فيه بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب، ويعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائيا يخضع لسائر أحكامه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "أ)- إن ما نص عليه فى البند الثالث من عقد الوكالة الصادر من الطاعنة للمحامى - من أنه "لا يجوز للطاعنة عزل مورث المطعون ضدهم من

عمله طالما كان يقوم به طبقاً للأصول القانونية فإذا عزلته قبل انتهاء العمل دون سبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لا يقبل المجادلة مقداره 5000 ج يستحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى "هو اتفاق صحيح فى القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صريح فى أنه شرط جزائى حدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد طبقاً لما تقضى به المادة 223 من القانون المدنى".

(طعن رقم 540 لسنة 42 ق جلسة 1975/12/31)

(ب) - "تقضى المادة 224 من القانون المدنى بأنه "لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين"، وإذ كان قانون المحاماة 96 لسنة 1957 الذى يحكم واقعة الدعوى لا يمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة، لما كان ذلك، فإن مبلغ ال 5000 ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام العمل دون سبب يدعو لذلك لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقاً فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرره المنصوص عليه فى المادة 224 من القانون المدنى، وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، وقد حجه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه".

(طعن رقم 540 لسنة 42 ق جلسة 1975/12/31)

ويقع على عاتق الوكيل إثبات توافر الشروط سالفة الذكر، لأن الأصل أن الوكيل لا يتقاضى تعويضا عن عزله، فإذا طالب بالتعويض وجب عليه أن يثبت السبب القانوني الذي يستحق من أجله التعويض.

والقاضي يستقل بتقدير التعويض الجابر لما حاق بالوكيل من ضرر. وقد يرى القضاء له بباقي الأجر الذي لم يتقاضاه كله أو بعضه.

والقواعد العامة لا تحول دون تعويض الوكيل المأجور أو غير المأجور، إذا كان العزل قد تم على نحو يلحق الضرر الأدبي به، بالإساءة إلى سمعته⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "النص في المادة 1/715 من القانون المدني، يدل على أنه وإن كان للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت، إلا أنه في حالة الوكالة بأجر يحق للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عزله إذا كان في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالإنذار الطاعنة بالتعويض على أنها أنهت الوكالة في وقت غير مناسب لأنها أخطرت المطعون عليه بفسخ العقد مخالفة شروطه التي توجب أن يكون الإنذار قبل انتهاء المدة بثلاثة أشهر، وأنها بذلك تكون قد أساءت استعمال حقها في إنهاء عقد الوكالة وهو ما يكفي لإقامة الحكم على أساس قانوني سليم في قضائه بالتعويض، ومن ثم فإنه لا يكون في حاجة بعد ذلك إلى بحث التعويض على أساس إنهاء الوكالة بغير عذر مقبول، لأن أحد الأساسيين وحده يكفي وحده بالتعويض".

(ب) - "متى كانت المحكمة قد قدرت الضرر الذي لحق المطعون عليه-

(1) أكتف الخولى ص 248 - السنهورى ص 863 هامش (3).

وكيل بالعمولة لتوزيع منتجات شركة البيرة الطاعنة - من إنهاء الوكالة في وقت غير مناسب بمبلغ ألفى جنيه منها ألف جنيه مقابل ما فاتته من عمولة عن سنة 1959 مستهدية في ذلك بالعمولات التي تقاضاها عن السنوات السابقة وألف جنيه مقدار ما لحقه خسارة بسبب الاستيلاء على مستودعه وتأمين الزجاجات الفارغة والتعويضات التي دفعها لعماله، وهو ما يتضمن الرد على دفاع الطاعنة - بأنه لم يلحق الوكيل ضرر - لأنه مازال يتعامل معها بصفته صاحب مقهى وبار - لأن إنهاء الوكالة قد أضع على المطعون عليه العمولة التي كان يحصل عليها وهي بخلاف الأرباح التي يجنيها من بيع البيرة في المقهى والبار قبل وبعد إنهاء الوكالة، الأمر الذي لم تر معه المحكمة حاجة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق أو الاستعانة بخبير لتحقيق ما تدعيه الطاعنة بهذا الخصوص، ومن ثم يكون النعى في غير محله".

(طعن رقم 368 لسنة 40 ق جلسة 1975/4/29)

2- (أ) - "نص المادة 44 من قانون المحاماة رقم 56 لسنة 1957 المنطبق على واقعة الدعوى، مفاده أن أتعاب المحامى المتفق عليها أو التي تدفع طوعاً قبل تنفيذ الوكالة تخضع لتقدير القاضى طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة 907 من القانون المدنى، فإن الحكم المطعون فيه إذ اقتصر فى رفض طلب الطاعنة استرداد المبلغ على أنه مقدم أتعاب دون أن يستظهر ما إذا كانت هناك ظروف أثرت فى الموكل (الطاعنة) تأثيراً حمله على أداء مقابل يزيد كثيراً عما يقتضيه الحال فيخضعه لتقديره وفقاً لما يستصوبه مراعيًا الأعمال التي قام بها الوكيل (مورث المطعون ضدهم) والجهد الذى بذله وأهميته وثروة الموكل، ولكنه أغفل ذلك وحجبه عنه تطبيقه حكم المادة 120 من القانون 61 لسنة 1968 خطأ على واقعة الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب".

(ب) - "إن ما نص عليه فى البند الثالث من عقد الوكالة - الصادر من

الطاعنة للمحامى - من أنه "لا يجوز للطاعنة عزل مورث المطعون ضدهم عن عمله طالما كان يقوم به طبقاً للأصول القانونية فإذا عزلته قبل انتهاء العمل دون سبب يدعو لذلك التزمت بتعويض اتفاقى لا يقبل المجادلة مقداره 5000 ج يستحق دون تنبيه أو إنذار أو حكم قضائى "هو اتفاق صحيح فى القانون ولا مخالفة فيه للنظام العام لأن الوكالة بأجر وهو صريح فى أنه شرط جزائى حدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه فى العقد طبقاً لما تقضى به المادة 223 من القانونى المدنى".

(ج) - "تقضى المادة 224 من القانون المدنى بأنه "لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين، وإذ كان قانون المحاماة 96 لسنة 1957 الذى يحكم واقعة الدعوى لا يمنع من تطبيق هذا النص على التعويض المتفق عليه بين المحامى وموكله فى حالة عزله من الوكالة، ولما كان ذلك فإن مبلغ ال 5000 ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائى على إخلالها بالتزامها بعدم عزله قبل إتمام العمل دون سبب يدعو لذلك لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر، وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقاً فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرره المنصوص عليه فى المادة 224 من القانون المدنى، وإذ قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقى محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، وقد حجبه ذلك عن إخضاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه".

(د) - "النص فى المادة 715 من القانون المدنى على أن يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة... ولو وجد اتفاق يخالف ذلك فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول وفى المادة 120 من قانون المحاماة رقم 61 لسنة 1968 الذى يحكم واقعة الدعوى - على أن للموكل أن يعزل محاميه وفى هذه الحالة يكون ملتزماً بدفع كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى "يدل على أن الموكل وإن كان له أن يسحب ثقته من وكيله المحامى فيملك عزله متى تراءى له ذلك إلا أنه لما كان للوكيل مصلحة فى تقاضى أتعابه فقد وجب ألا يكون الموكل متعسفا فى استعمال حقه فلا يسوغ له عزل الوكيل المحامى فى وقت غير مناسب أو دون قيام مبرر مقبول، فإذا ما تحقق هذا التعسف التزم بأداء كامل الأتعاب عن تمام مباشرة المهمة الموكلة إلى المحامى".

(طعن رقم 1133 لسنة 54 ق جلسة 1988/4/28)

166 - الاتفاق على إعفاء الموكل من المسؤولية فى حالة عزله :

يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على إعفاء الأول من المسؤولية عند عزل الوكيل، فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم عملاً بالمادة 2/217 مدنى.

وفى هذا قضت محكمة النقص بأن :

"لما كان النص فى المادة 217 من ذات القانون على أنه 1-.....-2 - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم مؤداه أنه - فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم - يجوز الاتفاق بين طرفى عقد الوكالة على حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت دون أن يكون مسئولا قبله عن أى تعويض ويعد هذا الاتفاق واردا على الإعفاء من مسئولية عقدية مما يجيزه القانون".

(طعن رقم 731 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/25)

167- الحالة الثانية :

عدم جواز إلغاء أو تقييد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو لصالح

أجنبى إلا برضاء الوكيل :

أوردت الفقرة الثانية من المادة 715 من القانون المدنى استثناء على حق الموكل فى عزل الوكيل فى أى وقت كان بما نصت عليه من أنه: "على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيد بها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه".

ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز للموكل إنهاء الوكالة أو تقييدها فى حالتين، الأولى: إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل والثانية إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى، إلا برضاء الوكيل فى الحالة الأولى وبرضاء الأجنبى فى الحالة الثانية وتكون الوكالة الصادرة لصالح الوكيل بأن يوكل المدين دائنه فى بيع أحد أمواله أو فى تحصيل حق له ليحصل على حقه من ثمرة تنفيذ الوكالة أو توكيل شركة التأمين فى توجيه الدعوى المرفوعة على المستأمن الخاصة بالمخاطر

موضوع التأمين، أو إذا وكل الشركاء على الشيوخ أحدهم في إدارة العقار الشائع. غير أنه لا يكفي أن تكون للوكيل مصلحة في استمرار الوكالة كما لو كان وكيلا مأجورا بل يجب أن تكون الوكالة صادرة لمصلحته أى أن يكون هدفها هو تحقيق مصلحة كما في الأمثلة السابقة⁽¹⁾.

ومن أمثلة الوكالة التي تكون لصالح الأجنبي، أن يوكل البائع المشتري في أن يسدد ديننا على البائع من ثمن الشئ المبيع، الضامن لسداد هذا الدين. ومن باب أولى لا يجوز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة في صالح كل من الوكيل والأجنبي كأن يوكل شخص في بيع منزل على أن يستوفى الوكيل من ثمنه ديننا له في ذمة الموكل وأن يوفى ديننا آخر في ذمة الموكل للغير. ويترتب على عزل الوكيل دون موافقته في هاتين الحالتين، أن هذا العزل لا يكون صحيحا ومن ثم تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وينصرف أثر تصرفه إلى الموكل⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... على أنه يرد على جواز عزل الوكيل أو تقييد وكالته قيदान:..... (ب) إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي كما إذا كان أحد منهما دائنا للموكل ورخص له في استيفاء حقه مما يقع في يد الوكيل من مال الموكل، فلا يجوز عزل الوكيل أو تقييد وكالته إلا بعد رضاء من كانت الوكالة في صالحه، الوكيل أو الأجنبي.... إلخ"⁽³⁾.

ويقع على عاتق الوكيل تقديم الدليل على أن الوكالة صادرة لصالحه أو

(1) أكتف الخولى ص 247.

(2) السنهورى ص 866.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 235.

لصالح الأجنبي.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات وتمسك بدالاتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها بشيء مع ما قد يكون لها من دلالة فإنه يكون معيبا بالقصور، وأن قضاء محكمة الموضوع على ما حصلته بالمخالفة للوقائع الثابتة بأوراق الدعوى يعيب حكمها بمخالفة الثابت بالأوراق وكان مفاد نص المادة 715 من القانون المدني - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن إنهاء الوكالة في حالة ما إذا كانت صادرة لصالح الوكيل أو أجنبي لا يتم بالإرادة المنفردة للموكل بل لا بد أن يشاركه في ذلك من صدرت لصالحه الوكالة وهو الوكيل في الحالة الأولى أو الأجنبي الذي صدرت الوكالة لصالحه في الحالة الثانية. فإذا استقل الموكل بعزل الوكيل دون رضاء من صدرت لصالحه الوكالة فإن تصرفه لا يكون صحيحا ولا يتم العزل وتبقى الوكالة قائمة وسارية رغم العزل وينصرف أثر تصرف الوكيل إلى الموكل".

(طعن رقم 3715 لسنة 76 ق جلسة 2008/1/1)

168- لا يجوز الاتفاق على عدم عزل الوكيل :

تنص الفقرة الأولى من المادة 715 مدنى على أنه: "يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك".

فلا يجوز الاتفاق على أن الوكالة لا يجوز إنهاؤها أولا يجوز إنهاؤها قبل وقت معين. ومفاد ذلك أن حق الموكل فى عزل الوكيل مما يتعلق بالنظام العام. ويقع باطلا بالتالى أى اتفاق على خلاف ذلك.

ويرى البعض أن أساس هذه القاعدة هو أن عقد الوكالة ينشئ للوكيل سلطة

فى تمثيل الموكل يجب ألا يفلت زمامها من يد الموكل فى أى وقت وإلا انقلبت الوكالة إلى تنازل من الموكل عن جانب - صغير أو كبير - من شخصيته القانونية⁽¹⁾.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز أيضا للوكيل أن يشترط تقاضى تعويض إذا عزله الموكل فإن فى هذا تقييد لحرية الموكل فى عزل الوكيل. وقد أراد القانون الاحتفاظ للموكل بهذه الحرية كاملة.



(1) أكثم الخولى ص 246 وما بعدها.

مادة (716)

- 1- 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.
- 2- 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.

الشرح

169- الأصل أن للوكيل حق التنحى عن الوكالة :

تنص المادة 716 مدنى فى صدرها على أنه: "يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.. إلخ".

فلما كان الوكيل - ولو كان مأجورا- يتطوع بالخدمة فلا يسوغ إجباره على أدائها، ولذلك كان من حقه أن يقيل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار فى تنفيذها. ومن ثم تنتهى الوكالة بتتحي الوكيل. وعقد الوكالة ليس من عقود المضاربة كعقد المقاوله، ولذلك جاز تعديل أجر الوكيل بالزيادة أو بالنقص لجعله متناسبا مع الخدمة التى أداها، فيكون للوكيل أن يتتحي عن الوكالة، إذا رأى أنه لم يعد من الملائم له أن يمضى فى إسداء الخدمة.

وتتحي الوكيل عن الوكالة يصدر عن إرادة منفردة من الوكيل، ولم يشترط له القانون شكلا خاصا، والتعبير عن التتحي قد يكون صريحا كما يكون ضمنيا.

وتوجب المادة 716 مدنى إعلان الموكل بالتنازل. حتى يستعد لمباشرة شؤونه بنفسه أو باختيار وكيل آخر يفوض إليه رعاية مصالحه.

وليس من الضروري أن يحصل هذا الإعلان بإنذار صحيح شكلا، بل يجوز حصوله بأى شكل يؤدي إلى علم الموكل بالتنحي الوكيل. أو بمجرد خطاب موسى عليه فإذا لم يتم إعلان الموكل بالتنحي عن الوكالة، فإن الوكالة تظل قائمة، ويكون الوكيل ملزما بالمضى فى أعمال الوكالة.

ويجب على الوكيل رغم انتهاء وكالته بالتنحي أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلغ عملا بالمادة 1/717 كما سنرى. وإذا تعامل الوكيل رغم تنحيه وإعلان التنحي إلى الموكل مع الغير حسن النية، فإنه تطبق نظرية الوكالة الظاهرة.

170- تعدد الوكيلين:

إذا تعدد الموكلون وكان العمل محل الوكالة قابلا للتجزئة، جاز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة بالنسبة إلى بعض الموكلين دون البعض الآخر. أما إذا كان العمل محل الوكالة غير قابل للتجزئة، فإنه لا يجوز للوكيل أن يتنحي عن الوكالة بالنسبة للبعض فقط، بل يجب عليه التنحي بالنسبة لجميع الموكلين.

171- لا يجوز الاتفاق على عدم تنحي الوكيل:

تنص الفقرة الأولى من المادة 716 مدنى على أنه: "يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك.. إلخ".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"للوكيل أن يتنازل عن الوكالة قبل الفراغ من تنفيذها وينفذ التنازل بإعلانه للموكل. وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها".
فحق الوكيل فى التنحي يتعلق بالنظام العام، كحق الموكل فى عزل الوكيل، ومن ثم يقع باطلا الاتفاق على حرمان الوكيل من التنحي إطلاقا، أو بعد مدة معينة، حتى لو كانت الوكالة مأجورة.

ويذهب رأى فى الفقه إلى أنه يصح الاتفاق مقدما على التعويض الواجب دفعه عند تنحى الوكيل عن العمل، على أن ذلك يعتبر من قبيل تضمين العقد شرطا جزائيا. وقد خول المشرع القاضى حق إعادة النظر فى مبلغ التعويض المتفق عليه فى العقد وتقديره بحيث يتناسب مع الضرر الذى يشكو منه المتعاقد الذى اشترط التعويض لمصلحته⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، لأن فى هذا تقييدا لحرية الوكيل فى التنحى⁽²⁾.

تقييد حق الوكيل فى التنحى فى حالتين:

بعد أن أجازت المادة 716 مدنى فى صدرها للوكيل التنحى عن الوكالة فى أى وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، قيدت حقه فى التنحى فى حالتين. سنعرض لهما فى ما يلى:

الحالة الأولى:

172- إذا كانت الوكالة بأجر:

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أنه: "إذا كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول" - وواضح أن هناك خطأ ماديا فى النص والصحيح هو استبدال لفظ "أو" بلفظ (و) العطف، فىكون النص على الوجه الآتى: "من جراء التنازل فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول"⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 422 وحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة 9 فبراير سنة 1922 ومحكمة الاستئناف الوطنية 1926/12/2 المشار إليهما بهامش (4) من المؤلف السابق - محمد كامل مرسى ص 575.

(2) السنهورى ص 872- أكثر الخولى ص 249.

(1) السنهورى ص 872 هامش (4) - أكثر الخولى ص 249.

وعلى ذلك يكون الوكيل ملزماً بالتعويض إذا تنحى في وقت غير مناسب، أو تنحى بغير عذر مقبول. وذلك حتى لا ينال الموكل ضرر من جراء ذلك، إلا إذا كان مستحيلاً عليه أن يؤدي الوكالة من غير أن يناله ضرر جسيم، كما في حالة المرض أو تغيير محل الإقامة أو تغيير المهنة⁽¹⁾.

والمادة لم تنص على بطلان التنحى في هذه الحالة، ولذلك يقع التنحى صحيحاً ولكن يلتزم الوكيل بتعويض الموكل عما يلحقه من ضرر نتيجة لذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"كذلك يرد على جواز تنازل الوكيل عن الوكالة قيدان: (أ) إذا كانت الوكالة بأجر وتنازل عنها الوكيل في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول، فإنه يكون متعسفاً في هذا التنازل ويجب عليه التعويض، كما هو الأمر في حالة التعسف في العزل"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"لئن كان من حق الوكيل أن يقبل نفسه من الوكالة إذا ناء بعبئها أو رغب عن الاستمرار في تنفيذها إلا أن المشرع لم يطلق الأمر لهوى الوكيل ينتحى متى أراد وفي أى وقت شاء بل إنه قيد هذا الحق بقيود ضمنها نص المادة 716 من القانون المدنى، فإذا لم يراع الوكيل في تنحيه الشروط والأوضاع التى يحتمها كان ملزماً بالتعويضات قبل الموكل، كما إذا أهمل بالرغم من تنحيه - القيام بجميع الأعمال المستعجلة التى يخشى من تركها على مصلحة الموكل (م717 من القانون المدنى) ولا يعفى الوكيل من المسئولية عن عزل نفسه فى وقت غير مناسب أو إغفال السهر على مصالح الموكل المستعجلة إلا أن يثبت أن ما فرط فيه إنما كان بسبب خارج عن إرادته أو إذا أثبت أنه لم يكن فى وسعه أن يستمر

(2) محمد كامل مرسى ص 574.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 235.

فى أداء مهمته إلا إذا عرض مصالحه لخطر شديد على سند من أنه لا يستساغ أن يفرض على الوكيل تضحية مصالحه الخاصة فى سبيل السهر على مصالح الموكل".

(طعن رقم 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31)

وتقدير ما إذا كان الوكيل بأجر قد تتحى عن وكالته بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت فى أوراق الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"تقدير ما إذا كان الوكيل المأجور قد أهمل فى تنفيذ الوكالة أو تتحى فى وقت غير لائق وبغير عذر مقبول هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل الواقع التى تبت فيها محكمة الموضوع دون ما رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا له أصله الثابت فى الأوراق".

(طعن رقم 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31)

غير أنه يجوز - فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم - الاتفاق بين الطرفين على إعفاء الوكيل من مسؤوليته عن التتحى ويعد هذا الإعفاء واردا على الإعفاء من مسؤولية عقدية مما يجيزه القانون (م 2/217 مدنى).

(راجع نقض طعن رقم 731 لسنة 60 ق جلسة 1994/12/25 منشور

ببند 162)

173- الحالة الثانية:

إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى:

تنص الفقرة الثانية من المادة 716 مدنى على أنه: "غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى إلا إذا وجدت أسباب جدية

تبرر ذلك على أن يخطر الأجنبي بهذا التنازل، وأن يمهل وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه".

فقد قيد المشرع حق الوكيل فى التنحى عن الوكالة إذا كانت صادرة لصالح

أجنبى، بثلاثة قيود:

الأول : أن توجد لدى الوكيل أسباب جدية تبرر هذا التنحى.

الثانى : أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل.

الثالث : أن يمهل الوكيل الأجنبى وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه.

وحكمة هذه القيود أن الأجنبى قد تعلق حقه بالوكالة، فوجب ألا يكون تنازل

الوكيل، بالنسبة له، بغير عذر مقبول أو فى وقت غير مناسب. أما إذا كانت

الوكالة لمصلحة الوكيل، فهو حر فى التنازل عنها فى أى وقت شاء لأنه هو الذى

يقدر مصلحته⁽¹⁾.

وإذا أخل الوكيل بأحد هذه القيود فإنه مع ذلك لا يجبر على الاستمرار فى

الوكالة، ولكن يكون مسئولا عما أصاب الموكل من ضرر. كما يجوز للأجنبى

الرجوع على الوكيل بالتعويض، وإن كان الأصل هو أن يرجع الأجنبى على

الموكل الذى يرجع بدوره على الوكيل⁽²⁾.

174 - تنحى المحامى عن الوكالة :

نظم قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 أحكام تنحى المحامى عن وكرالته،

بما لا يخرج عن القواعد السابقة فقد نص على ما يأتى:

1- لا يجوز للمحامى أن يتنازل عن التوكيل فى وقت غير لائق. ومثال ذلك

أن يتنازل عن التوكيل قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بمدة لا تمكن الموكل من

توكيل محام آخر (م92).

(راجع نقض طعن 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31 المنشور سلفا فى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 235.

(2) أكنم الخولى ص 249 وما بعدها.

بند (393).

ولا يجوز للمحامى المنتدب طبقاً لنظام المساعدات القضائية الوارد بالفصل الرابع من الباب الثانى من قانون المحاماة سالف الذكر، التتحى إلا لأسباب تقبلها الجهة التى تتدبه (م/2/97).

أو بعد استئذان المحكمة التى يتولى الدفاع أمامها وعليه أن يستمر فى الحضور حتى تقبل تنحيته وتعيين غيره (م/2/64).

2- يجب على المحامى أن يخطر موكله بكتاب موسى عليه بتنازله عن التوكيل.

فالنص حدد وسيلة الإخطار بالتنازل عن التوكيل بكتاب موسى عليه، فلا يجوز أن يتم شفاهة أو بخطاب عادى، غير أنه يجوز أن يتم بطريقة أقوى، كإعلان على يد محضر.

ويترتب على عدم إخطار الموكل بالتنازل عن التوكيل استمرار وكالة المحامى فى الدعوى فتصير الإجراءات صحيحة فى مواجهة المحامى الذى أنهى وكالته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ألزم الشارع الموكل أن يعلن عن انقضاء الوكالة وحمله مسئولية هذا الإجراء. فإذا انقضت الوكالة بالعزل أو الاعتزال ولم يعلن الموكل خصمه بذلك سارت الإجراءات صحيحة فى مواجهة الوكيل. كذلك إذا انقضت الوكالة بوفاء الوكيل أو بعزله أو باعتزاله فإن ذلك لا يقطع سير الخصومة ويتعين على الموكل أن يتقدم إلى المحكمة لتمنحه أجلاً مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى فإن هو تخلف عن ذلك أعملت المحكمة الجزاء الذى رتبته القانون على غياب الخصم".

(طعن رقم 44 لسنة 26 ق جلسة 1961/4/20)

3- يجب على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر .
ولما كانت الحكمة من هذا الشرط هي تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها فإن الحكمة من التأجيل تنتفى في حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وباشر الحضور عنه في الدعوى.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إذا كان الطاعن قد استكمل دفاعه في الدعوى، فإن تحديه بنص الفقرة الأخيرة من المادة 135 من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 61 لسنة 1968 يصبح عديم الجدوى لأن المشرع لم يقصد من هذا النص سوى تمكين الخصم من إبداء دفاعه إذا تنازل محاميه عن التوكيل".

(طعن رقم 565 لسنة 39 ق جلسة 1975/12/6)

2- "النص في المادة 135 من القانون رقم 61 لسنة 1968 الخاص بالمحاماة على أنه "لا يجوز للمحامي أن يتنازل عن التوكيل في وقت غير لائق ويجب عليه أن يخطر موكله بكتاب موصى عليه بتنازله وأن يستمر في إجراءات الدعوى شهرا على الأقل متى كان ذلك لازما للدفاع عن مصالح الموكل، ويتعين على المحكمة تأجيل الدعوى المدة الكافية لتوكيل محام آخر "يدل على أن الحكمة التي تغياها المشرع من وجوب تأجيل الدعوى في حالة تنازل المحامي عن التوكيل هي تمكين الموكل من توكيل محام آخر للدفاع عن مصلحته فيها مما مقتضاه أن الحكمة من التأجيل تنتفى في حالة ما إذا كان قد وكل محاميا آخر بالفعل وباشر الحضور عنه في الدعوى".

(طعن رقم 636 لسنة 42 ق جلسة 1977/1/11)

175- أسباب أخرى لانتهاء الوكالة طبقا للقواعد العامة :

هناك أسباب أخرى - غير الأسباب التي ذكرناها لانتهاء الوكالة - تنتهي بها

الوكالة تطبيقا للقواعد العامة هي:

(1) استحالة تنفيذ العمل محل الوكالة :

تنص المادة 373 مدنى على أن: "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبى لا يد له فيه".

وهذه المادة تسرى على عقد الوكالة كغيره من العقود، فتنتهى الوكالة إذا استحال تنفيذها بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ كحريق المنزل الذى فوض الوكيل فى بيعه أو شرائه أو رهنه أو إدارته. وهذه استحالة مادية.

ويسرى على الاستحالة القانونية حكم الاستحالة المادية تطبيقا للقواعد العامة. فالشخص الموكل فى شراء منزل أو بيعه تنتهى وكالته إذا تصرف الموكل فى هذا المنزل للغير، وسجل المشتري عقد شرائه قبل مباشرة الوكيل مهمته، أو حتى بعد البدء فى مباشرتها ولكن قبل إتمامها. وكذلك الحكم بالنسبة للمحامى الموكل بالطعن فى حكم بأحد طرق الطعن المقررة فى القانون، فإن وكالته تنتهى بفوات المواعيد المقررة للطعن فى هذا الحكم.

(2) تغير أهلية الموكل والوكيل :

لما كانت العبرة فى توافر الأهلية فى الموكل بوقت الوكالة وبالوقت الذى يباشر فيه الوكيل التصرف فى آن واحد. فإنه ينبى على ذلك أنه إذا حجر على الموكل، فإنه لا يعقل أن يستمر الوكيل فى النيابة عنه والزمه بالتصرفات التى يعقدها لحسابه بعد الحجر عليه، لأنه يصبح غير أهل للالتزام بمثل هذه التصرفات وبالتالي غير أهل لصدور التوكيل منه، مما يتعين معه القول بانتهاء الوكالة.

غير أن مجرد الحجر على الموكل لا يكفى لانتهاء الوكالة، وإنما يجب أن يعلم الوكيل بالحجر، وإلا استمر فى وكالته. كما يجوز أن يعتمد القيم الوكالة فتستمر الوكالة كما هى. ولا تنتهى الوكالة إذا كان الحجر ليس من شأنه أن يجعله غير أهل للتصرف الذى صدر منه التوكيل فيه، كأن كان التصرف من

أعمال الإدارة وكان الموكل مأذونا له في إدارة أمواله⁽¹⁾. ويعتبر من قبيل تغيير الأهلية المؤدى إلى انتهاء الوكالة الحكم على الموكل بعقوبة جنائية، لكونه يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله. ولا يجوز له أن يتصرف في أمواله إلا بناء على إذن المحكمة. ويعين عليه قيم للنيابة عنه (م 4/25 عقوبات).

أما بالنسبة للوكيل، فإن تغيير أهليته الطارئ بعد انعقاد الوكالة كالحجر عليه من شأنه أن يذهب بثقة الموكل فيه، ومن السهل جدا أن نفترض أن نية الموكل انصرفت إلى إنهاء الوكالة بمجرد تغيير حالة الوكيل، لأنه وقد اختار وكيلا كامل الأهلية أراد أن يتعامل مع شخص أهل لأن يلتزم بسائر الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة كما أن الوكيل بالحجر عليه يصبح غير أهل للالتزامات الناشئة عن الوكالة، حتى لو بقى أهلا لمباشرة التصرف الموكل فيه، ومن ثم تنتهي وكالته، حتى لا يتحمل الموكل نتيجة خطئه دون أن يكون في وسعه أن يسأله عن هذا الخطأ.

(3) الإفلاس:

المقرر أن يد المفلس تغل بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها (م 1/589 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999). وتعين المحكمة في حكم الإفلاس وكيلا لإدارة التفليسة يسمى "أمين التفليسة" (م 1/571) فالمفلس لا يستطيع إدارة أمواله أو التصرف فيها، ومن ثم لا يملك ذلك عن طريق وكيل، كما أن الوكيل المفلس وقد غلت يده عن أمواله، فأولى أن تغل يده عن أموال موكله.

ومن ثم يترتب على صدور الحكم بشهر إفلاس الموكل أو الوكيل انتهاء الوكالة.

ويسرى على الإعسار ما يسرى على الإفلاس. وإذا أفلس الموكل أو أعسر، جاز للوكيل التمسك بانتهاء الوكالة، كما يجوز ذلك لدائني الوكيل. ولكن لا يجوز للموكل نفسه أن يتمسك بذلك، كما لا يجوز الاحتجاج بانتهاء الوكالة على الوكيل قبل أن يعلم بحكم الإفلاس أو الإعسار. أما إذا أفلس الوكيل أو أعسر، فإن للموكل أن يتمسك بانتهاء الوكالة، ولا يجوز ذلك للوكيل. وإذا تعدد الموكلون أو الوكلاء وأفلس أحدهم أو أعسر، فإن الوكالة تنتهي بالنسبة إليه وحده، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة.

(4) - الفسخ وتحقق الشرط الفاسخ:

طبقاً للقواعد العامة يجوز لكل من الموكل والوكيل طلب فسخ عقد الوكالة إذا أخل الطرف الآخر بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد. وتتحقق مصلحة الوكيل في طلب الفسخ لعدة أسباب، فقد يكون من غير الجائز له التنحي عن الوكالة، أو كان يرغب في مطالبة الموكل بالتعويض بجانب الفسخ، أو كان يرغب في توقي رجوع الموكل عليه بالتعويض. وأيضاً يكون للموكل مصلحة في طلب فسخ عقد الوكالة، إذا كان لا يجوز له عزل الوكيل، أو كان يرغب في مطالبة الوكيل بالتعويض بجانب الفسخ، أو توقي رجوع الوكيل عليه بالتعويض. وإذا علقت الوكالة على شرط فاسخ ثم تحقق هذا الشرط فإنها تنفسخ طبقاً للقواعد العامة دون حاجة لإجراء آخر. وهذا يغني عن إرادة الوكيل كما في التنحي، وإرادة الموكل كما في العزل.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم قد أقام قضاءه بطرد الطاعن (الوكيل) من المخزن المسلم إليه بسبب الوكالة على ما استخلصه من ظاهر المستندات المقدمة إلى المحكمة من أن المطعون ضدها (الموكل) قد أنهت عقد الوكالة بإنذار وجهته إلى الطاعن إعمالاً للشرط الصريح الوارد بعقد الوكالة وأنه بذلك يصبح وضع يده من غير سند

وبمثابة غصب يبرر الالالءاء إلى القضااء المسالءال لإزالالءه ولم يقم الءكم وزنا لمنازعة الطاعن المؤسسه على أن اسالءال المسالءون ضءها للءق الءى يءوله لها الالءاق مبلى على الالءسف - وهى منازعة يرمى الطاعن من ورائها إلى الالءال الالءاق فى الالءار المرالءبه علىه فإن الءكم لا يكون قد أءطأ أو عاره قسور ذلك أن مهمه قاضى الالءور المسالءاله فى هءه الءاله الالءصر على الالءالءات الالءاقاا ءون إءراء أى الالءال فىها وليس فىما قرره الءكم مساس بالءق الءى بىقى مءفوظا سللما يالءاضل فىه ءوو الشآن لءى ءهه الالءصاص".

(طعن رقم 336 لسنة 32 ق ءلسه 1966/5/26)



مادة (717)

- 1- على أى وجه كان انتهاء الوكالة، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف.
- 2- وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يقتضيه الحال لصالح الموكل.

الشرح

176- أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها:

هناك أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها، أى سواء كان انتهائها بإظهار أحد الطرفين إرادته فى إنهاء الوكالة أو موت الموكل أو الوكيل، أو أحد الأسباب التى تعتبر تطبيقاً للقواعد العامة، ومن أهم هذه الأحكام ما يأتى:

1- عدم انتهاء الوكالة بأثر رجعى:

فالآثار التى ترتبها الوكالة قبل الإنهاء تظل سارية، ولا ينال منها انتهاء الوكالة. ومن ثم فإن التصرفات التى باشرها الوكيل تظل سارية يلتزم بها الموكل طبقاً لقواعد الوكالة، كما يلتزم كل من الموكل والوكيل قبل الآخر بسائر الالتزامات التى يرتبها عقد الوكالة قبله، والتى عرضنا لها فيما سلف.

2- عدم انتهاء الوكالة إلا من وقت العلم بسبب انتهائها:

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم 995 يجرى على أن: "تعتبر الوكالة قائمة فى جانب الوكيل، حتى لو كانت قد انتهت، مادام لا يعلم بانتهائها" - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "على أنه مهما كان السبب فى انتهاء الوكالة، فما دام الوكيل لا يعلم بانتهائها فهى قائمة حتى يعلم. كما إذا عزل الموكل الوكيل ولم يخطره بذلك، أو مات الموكل ولم يعلم الوكيل

بموته" (1).

إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة، والغالب أن يكون الحذف اكتفاء بالقواعد العامة.

وإذا علم الوكيل بانتهاء الوكالة وتعامل مع آخر حسن النية، فإننا نكون بصدد وكالة ظاهرة إذا تحققت شروطها.

3- وجوب اتخاذ الوكيل الإجراءات التحفظية:

تنص المادة 1/717 مدنى على أن:

"على أى وجه كان انتهاء الوكالة، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف".

وهذا النص يواجه الحالة التى تنتهى فيها الوكالة، بعد أن بدأ الوكيل فى تنفيذ الوكالة، دون أن يتمها. ويوجب على الوكيل رغم انتهاء الوكالة أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل. فإذا كان الوكيل قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة، ودون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"1- إذا انتهت الوكالة بغير موت الوكيل، وجب على هذا أن يتخذ من الأعمال التحفظية ما يصون به مصلحة الموكل. فإذا كان قد بدأ فى جنى المحصول وبيعه وجب عليه أن يستمر حتى يصل إلى حالة تكون معها مصالح الموكل مأمونة، دون أن يكون من الضرورى الانتهاء من بيع المحصول بأكمله" (2).

وتقدير ما إذا كان الأمر يستلزم اتخاذ إجراءات تحفظية من عدمه مما يستقل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 233 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 238.

به قاضى الموضوع.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"ليس فى نصوص القانون ما يرفع عن كاهل الوكيل ما فرضته عليه الفقرة الأخيرة من المادة 522 مدنى عند انتهاء توكيله، من أن يجعل الأعمال التى ابتدأها فى حالة تقيها من الأخطار، إذا ما علم ورثة الموكل بما بدأه من عمل، بل الأمر فى تقدير الأحوال التى توجب ذلك على الوكيل متروك لمحكمة الموضوع، ولا معقب عليها فيه متى كانت قد استندت إلى أسباب صحيحة تبرره".

(طعن رقم 72 لسنة 17 ق جلسة 1948/12/9)

ويدخل فى هذه الأعمال التحفظية الاحتفاظ بالوثائق وغيرها من الأوراق الخاصة بالموكل، وبوجه عام القيام بكل ما تقتضيه الظروف واتخاذ ما يجب من الوسائل والتدابير لصون مصالح الموكل وذلك إلى أن يتمكن الموكل نفسه أو الوكيل الجديد من مباشرة الأعمال محل الوكالة السابقة. وتكون الوكالة قائمة بصدد هذه الأعمال التحفظية، مما يترتب عليه بقاء التزامات كل من الموكل والوكيل.

(راجع نقض طعن رقم 447 لسنة 42 ق جلسة 1983/3/31 منشور سلفاً).

وقد رأينا سلفاً أن ورثة الوكيل فى حالة وفاته وانتهاء الوكالة لهذا السبب يلتزمون بالقيام بهذه الأعمال التحفظية بالتفصيل الذى أوردناه.



الفصل الرابع

الوديعة

مادة (718)

الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا.

الشرح

177- التنظيم التشريعي لعقد الوديعة :

أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى التنظيم التشريعى لعقد الوديعة تحت عنوان "نظرة عامة".

وقد جاء بها :

"وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل، ورتبت أحكامها ترتيباً منطقياً، فعرفت الوديعة، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات المودع. وذكرت بعض حالات خاصة تنطبق عليها أحكام الوديعة إلا فى مسائل معينة تنفرد فيها بأحكام خاصة.

ويختلف المشروع عن التقنين الحالى فى مسائل أهمها ما يأتى :

- (1) جعل المشروع الوديعة عقدا رضائيا، كما فعل بالقرض والعارية، وهى فى التقنين الحالى عقد عينى.
 - (2) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين.
 - (3) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة بأجر، وبين ما إذا كانت بغير أجر .
- فجعل فى الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معيارا شخصيا إذا كانت عناية العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس.

وأما فى الحالة الثانية فقد جعل المعيار معيارا موضوعيا، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عنايته الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط.

(4) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التقنين الحالى إشارة قاصرة، ففصل المشروع أحكام كل منها ووضع لها، ما تقتضيه من أحكام خاصة⁽¹⁾.

178- تعريف عقد الوديعة :

عرف التقنين المدنى الوديعة فى المادة 718 منه بأنها: "الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ الشيء وعلى أن يرده عينا"⁽²⁾.

ويسمى من يسلم المال مودعا *déposant* والذى يتسلمه مودعا عنده أو لديه أو مستودعا أو وديعا أو حافظ الوديعة *dépositaire* ويسمى المال المودع وديعة *dépôt* وباسمه سمي العقد.

ولا يشترط للوديعة ألفاظ خاصة، لأنه لا توجد فى القانون ألفاظ خاصة للتعبير عن العقود بحيث إذا لم تستعمل تلك الألفاظ لا يمكن فهم موضوعها، بل إن العقود يعرف نوعها من تأويل المراد منها، فالذى يقول فى العقد "عندى لزيد

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 240 وما بعدها.

(2) تعريف عقد الوديعة لغة:

جاء بالمعجم الوجيز (طبعة مجمع اللغة العربية) الطبعة الأولى سنة 1400 الهجرية (1980م) ص 662 (وَدَعَ) الشيء - (يَدَعُهُ) وُدْعًا: تركه. (أُوْدِعَ) فلانا الشيء: دفعه إليه ليكون عنده وديعة (استوْدِعَ) فلانا وديعة: استحفظه إياه.

تعريف عقد الوديعة شرعا:

عقد الوديعة شرعا هو تسليط الغير على حفظ المال صريحا أو دلالة (تكلمة ابن عابدين ص 328 الطبعة الثانية 1386 هـ - 1966م).

كذا سندت أسلمها له عند طلبها منى" يفهم من قوله هذا أن السندات موجودة عنده على سبيل الوديعة"⁽¹⁾.

179- خصائص عقد الوديعة :

يبين من التعريف السابق لعقد الوديعة أن لعقد الوديعة عدة خصائص تخلص

فيما يأتي :

أولاً : الوديعة عقد رضائي :

الوديعة عقد رضائي، وليس عقدا عينيا، فلم يعتبر التقنين المدني الجديد الوديعة عقدا عينيا على خلاف التقنين القديم. فلم يعد التسليم شرطا لازما لانعقاد العقد. وهو ما كانت تتميز به تلك العقود التي كانت تعرف في القانون الروماني باسم العقود "العينية".

وبذلك تصبح الوديعة من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مجرد التراضي، ويتوافق الإرادتين يصبح من التزم بقبول الوديعة ملزما بتسليمها بحيث يمكن إجباره على التسليم.

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه :

"يتضح من هذا التعريف أن الوديعة عقد رضائي، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئا منقولاً أو عقارا ليتولى حفظه ثم يرده عينا، فالعقد يتم قبل تسليم الشيء وهو لا ينقل إلى الوديع إلا الحيابة المادية للشيء"⁽²⁾.

(1) محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة 1361 هـ - 1942م ص 384 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص242 وما بعدها - وقد جرى المشرع في رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسري (م1/472)، وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني، أن نص التقنين المدني الجديد مطابق للمشروع الفرنسي الإبطالي (م1/646) والصحيح أن المشروع الفرنسي الإيطالي يعتبر الوديعة =

ثانيا : الوديعة من عقود التبرع فى الأصل :

وشأن الوديعة فى ذلك شأن عقد الوكالة.

والوديعة غير المأجورة كالعارية من عقود التفضل لا من الهبات، والوديعة المأجورة كالوكالة المأجورة ليست من عقود المضاربة.

ولم يذكر المشرع فى تعريف الوديعة خاصة المجانية كما فعل التقنين القديم، إذ كانت المادة 590/482 تنص على أن يكون التعهد بالحفظ "بدون اشتراط أجره". وقد جارى المشرع بذلك تطور المجتمع فقد نشأ إلى جانب الصورة التقليدية للوديعة التى كانت تعتبر مجانية فى القانون الرومانى، صورة حديثة هى الوكالة المأجورة بل ونشأت طائفة من الناس اتخذت من الإيداع حرفة لها، وذلك كالمخازن العامة للمفروشات وتخصيص أماكن لإيداع الحقائب فى محطات السكك الحديدية، والملابس فى أماكن اللهو كالمسارح ودور السينما والمراقص وغيرها، والأشياء الثمينة التى يخشى عليها المسافر من الضياع فى الفنادق والجراجات العامة للسيارات.

ثالثا : الوديعة عقد ملزم لجانب واحد :

الوديعة كالوكالة فى الأصل عقد ملزم لجانب واحد. لأنها لا تلزم إلا الوديع بالمحافظة على الشئ ورده، أما المودع فلا يكون ملزما بشئء. غير أنه قد يتفق على أن تكون الوديعة بأجر، فتكون الوديعة عندئذ عقدا ملزما للجانبين. كما يقع أن يترتب فى ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض، وهذا الالتزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته، ففى هذه الأحوال تكون

= عقدا عينيا، والتقنين الذى يعتبرها عقدا رضائيا هو تقنين الالتزامات السويسرى (الدكتور محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية ص 450 وما بعدها).

الوديعة عقدا ملزما للجانبين⁽¹⁾.

رابعا : الغرض الأساسي من الوديعة تسليم الشيء المودع لحفظه :

وعلى ذلك إذا لم يتضح هذا الغرض بوضوح عند كل من المتعاقدين لم يكن العقد وديعة، فلا يعتبر وديعة ترك الشيء عند شخص ولو برضاه إذا لم يثبت صراحة أو دلالة أنه تلقاه بنية حفظه. كالخادم الذى يترك ملابسه وأدواته فى منزل مخدمه، والعامل الذى يترك آلاته ومهماتہ فى المكان الذى يباشر فيه عمله، والزائر الذى يعلق معطفه أو مظلته أو عصاه على حامل المعاطف فى بيت مضيفه أو فى مطعم أو فى مسرح، والشخص الذى يخلع ملابسه ليحرب ملابس جديدة عند من يحوكها له، أو محل يتجر فى هذه الملابس. فى كل هذه الحالات وما شابهها لا تكون بصدد وديعة ما لم يثبت صراحة أو دلالة أن من تركت لديه هذه الأشياء قد تلقاها بنية المحافظة عليها. ويثبت هذا القصد من مجرد تنظيم مكان خاص لإيداع هذه الأشياء فى المحلات العامة. ويتأكد التعهد بحفظها من تسليم بطاقة لصاحبها عند تسلمها أو من تخصيص شخص للمحافظة عليها.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السابع المجلد الأول 1989 ص 882 وما بعدها - وقارن محمد كامل مرسى ص 387 فىرى أنه إذا اتفق على أن يكون المودع ملزما ببعض التزامات (المصرفات أو التعويض) فإنها لا تغير من طبيعة العقد، لأنها من جهة لا توجد وقت العقد، بل تتولد بعده والقاعدة أنه ينظر لمعرفة ما إذا كان العقد من عقود المبادلة أو من العقود الملزمة لجانب واحد، إلى ما يتولد عنها من الالتزامات وقت التعاقد، ومن جهة أخرى فإن هذه الالتزامات لا تكون مترتبة على نفس العقد بل على سبب آخر.

ويقول بعض الشراح إنها فى هذه الحالة تكون من عقود المبادلة الناقصة، ولكن معظم الشراح لا يعترف بهذا النوع من العقود، لأن القانون الفرنسى قسم العقود إلى عقود متبادلة وعقود ملزمة لطرف واحد، ولم يتكلم فى عقود المبادلة الناقصة (من هذا الرأى محمد على عرفه ص 452).

ويلعب العرف دورا هاما في الكشف عن هذا القصد على أى حال⁽¹⁾. ولا يكفي لاعتبار العقد وديعة أن يلتزم الشخص بحفظ الشيء، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشيء المؤجر، والمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التي قدمها رب العمل، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التي تقع في يده. وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات. أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسي منهما هو الانتفاع بالشيء، والمقولة والوكالة غرضهما الأساسي القيام بعمل معين، فالالتزام بالحفظ في هذه العقود إنما يدخل تبعا للغرض الأساسي وبصفة غير أصلية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد مصرفي لوفاء ثمن صفقة تمت بين تاجرين لا يجوز اعتباره أمينا للطرفين إذ لا توجد وديعة بالمعنى المصطلح عليه قانونا كما لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر التزامه في هذه الحالة التزاما مستقلا عن العقد القائم بين البائع والمشتري فلا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لمصلحته الاعتماد مطابقة تماما لشروط فتح الاعتماد... إلخ".

(طعن رقم 414 لسنة 21 ق جلسة 1954/4/15)

2- "إن مصلحة الجمارك إذ تتسلم البضائع المستوردة وإذ تستبقيها تحت يدها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تضع اليد على هذه البضائع كمودع لديه متبرع بخدماته لمصلحة المودع بل تحتفظ بها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء مصلحة خاصة بها وهي وفاء الرسوم المستحقة، ومن ثم فإنه في حالة فقد

(1) محمد على عرفه ص 452.

البضائع لا يجوز لها التحدى بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تعدو مسئولية المودع لديه بلا أجر وذلك لانتهاء قيام هذا العقد الذى لا يقوم إلا إذا كان القصد من تسليم الشئ أساسا هو المحافظة عليه ورده للمودع عند طلبه، فإذا كانت المحافظة على الشئ متفرعة عن أصل آخر كما هو الشأن فى الرهن الحيازى انتفى القول بوجوب تطبيق أحكام الوديعة".

(طعن رقم 48 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/8)

خامسا: الوديعة يتغلب فيها الاعتبار الشخصى:

وهذا الاعتبار أبرز فى شخص الوديع منه فى شخص المودع، فعقد الوديعة من عقود الأمانة والثقة، بل هو قمة هذه العقود وعلى رأسها جميعا. فالمودع يبحث دائما عن شخصية من يودع عنده ماله فيتحرى فيه صفات الأمانة والصدق والثقة.

ويترتب على توافر الاعتبار الشخصى فى الوديعة، أن الوديعة تنتهى بموت المودع عنده، وأن المودع عنده ليس له أن يحل شخصا آخر محله فى حفظ الوديعة، دون إذن صريح من المودع، أو كان مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة (م 721 مدنى)⁽¹⁾.

سادسا: الوديعة عقد غير لازم من جانب المودع:

فللمودع طلب رد الشئ المودع فى أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل، ما لم يكن الأجل فى مصلحة المودع عنده.

(1) الدكتور محبى الدين علم الدين العقود المدنية الصغيرة فى القانون المدنى والشريعة الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية ص 136 وما بعدها.

180- تمييز عقد الوديعة عما يشته به من العقود الأخرى:

(أ) - الوديعة والبيع:

قد تشته الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة. كأن يودع تاجر الجملة مجوهرات أو كتب أو بضائع عند تاجر التجزئة ليبيعهها، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هي بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها. فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة، أو جاز اعتباره بيعاً من تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التجزئة من بيع البضاعة بالثمن الذي يحدده والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التجزئة. وتكليف العقد يتوقف على نية المتعاقدين، التي تكشف عنها ظروف الدعوى. أما إذا لم يقم تاجر التجزئة ببيع البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها، جاز اعتبار العقد وديعة، وتكون وديعة معلقة على شرط فاسخ هو البيع⁽¹⁾.

غير أنه إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة.

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

"إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة. فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة 341 من قانون العقوبات".

(طعن رقم 3 لسنة 11 ق جلسة 1940/11/25)⁽²⁾

(1) السنهوري ص 886.

(2) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن:

(ب) - الوديعة والإيجار:

إذا استأجر شخص مكانا ليضع فيه شيئا لحفظه، فإنه لا شبهة في اعتبار العقد إيجارا إذا كان المستأجر هو الذى يتولى بنفسه المحافظة على الأشياء الموضوعة فى المكان المؤجر. ولا يغير من هذا الوضع تسليم المفاتيح للمؤجر فى حالة غياب المستأجر.

ويتحقق هذا الفرض عملا بالنسبة لوضع المفروشات فى المنازل المؤجرة أو السيارات فى (جراج) خاص.

إنما يشكل الأمر إذا اضطلع المؤجر فى نفس الوقت بالمحافظة على الشئ الموجود بالمكان المؤجر. ويتحقق هذا الفرض فى العمل بصفة خاصة بالنسبة لإيجار الخزائن الحديدية فى البنوك. وقد حسم قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 ما ثار من خلاف فى تكييف هذا العقد واعتبرته المادة 316 إيجارا إذ نصت على أن: "تأجير الخزائن عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجره بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة"⁽¹⁾.

وقد قضى بأن إيداع سيارة بجراج عمومى لحفظها لقاء جعل معين لا يعدو أن يكون عقدا من عقود الوديعة بأجر تنحسر عنه أحكام عقد الإيجار.

إذ قضت محكمة النقض بأن:

= الشرط الأساسى فى عقد الوديعة كما هو معروف به فى القانون المدنى هو أن يلتزم المودع لديه برد الوديعة بعينها للمودع. وإذن فمتى كان الثابت فى الحكم أن المتهم والمجنى عليه اتفقا على أن يتبادلا ساعتيهما وأن تسلم أولهما ساعة الثانى كان تنفيذها لهذا الاتفاق فإن التسليم على هذه الصورة يكون مبنيا على عقد معاوضة، وهو ليس من العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر فى المادة 341 من قانون العقوبات، ويكون الحكم إذ دان المتهم بجريمة التبيد قد خالف القانون".

(طعن رقم 2413 لسنة 24 ق جلسة 1954/5/4)

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى 2003/2002.

1- "عقد الإيجار وفقا لنص المادة 558 من القانون المدني هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم وهو بهذا الوصف يختلف عن عقد الوديعة الذي بمقتضاه يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشئ المودع لديه فالغرض الأساسى من عقد الإيجار هو الانتفاع بالشئ. ومن ثم فإن إيداع سيارة بجراج عمومى لحفظها لقاء جعل معين لا يعدو أن يكون عقدا من عقود الوديعة بأجر تنحسر عنه أحكام عقد الإيجار ولا يرتب ثمة حق انتفاع على جزء محدد من الجراج".

(طعن رقم 1681 لسنة 62 ق جلسة 19/3/1997)

2- "إذ كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن كان يضع سيارته بالجراج العمومى الذى يستغله المطعون ضده مقابل جعل شهرى كأى صاحب سيارة يترك سيارته لدى جراج عمومى مما مؤداه أن العلاقة بينهما هى مجرد عقد وديعة بأجر يلتزم فيه المطعون ضده بحفظ سيارة الطاعن بالجراج الذى يقوم باستغلاله وينحسر عنها وصف العلاقة الإيجارية ولا تخضع سواء من حيث انعقادها أو إثباتها للقواعد التى تحكم عقد الإيجار ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفته نص المادة 24 من القانون رقم 49 لسنة 1977 فيما تضمنته من وسيلة إثبات العلاقة الإيجارية غير قائم على أساس قانونى سليم".

(طعن رقم 6181 لسنة 62 ق جلسة 19/3/1997)

(ج) - الوديعة وعارية الاستعمال :

تتشابه الوديعة وعارية الاستعمال فى أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئا للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد. إلا أنهما يختلفان فى أن تسليم الشئ فى العارية يكون بقصد منفعة للمستعير وهو استعمال الشئ، فالغرض الأساسى من العارية هو استعمال الشئ لا حفظه كالوديعة.

(د) - الوديعة والمقاوله :

تشتبه الودیعة المأجورة بالمقاولة إذ المودع عنده یقوم بعمل لمصلحة الغير هو حفظ الشئ لقاء أجر معلوم فهو مأجور فی عمله كالمقاول والعامل، ولكن المودع عنده لیس مضاربا ولا یبغى الكسب من وراء الأجر، إلا أن هناك من الودائع المأجورة ما یقرب من المقاولة إلى حد بعيد، كعقود الحفظ المهنية إذ یتخذ الشخص الودیعة المأجورة حرفة له فیکون فی هذه الحالة مضاربا یبغى الكسب.

(أركان عقد الودیعة)

181- تعداد :

أركان عقد الودیعة - كأركان سائر العقود الأخرى - ثلاثة: التراضى والمحل والسبب. ونعرض لهذه الأركان فيما یلى.

أولا : التراضى فى عقد الودیعة

182- توافق الإيجاب والقبول :

الودیعة عقد رضائى فىكفى لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من المودع والمودع لديه.

وقد ذكرنا سلفا أن الودیعة لیست عقدا عینیا ومن ثم فلیس التسلیم ركنا فیها، فلا یشتط لانعقاد الودیعة حصول التسلیم.

ولیس فى التراضى فى عقد الودیعة ما یخالف القواعد العامة، والتى عرضنا لها فى العقود التى تناولناها فى المجلد الأول. وترتیبیا على ذلك إذا كان الموجب قد أصدر الإيجاب قاصدا إیداع الشىء فقبله الآخر على أنه هبة، لم ینعقد عقد الودیعة ولا عقد الهبة، لأن التوافق بین الإيجاب والقبول لم یتتم.

كذلك لو أعطى الموجب شیئا لآخر وقصد أن یكون هبة، وقبل الآخر على أنه ودیعة لم ینعقد العقد لا على أساس أنه هبة أو ودیعة.

183- من یملك حق الإیداع ؟

لمالك الشىء حق إیداعه، وهذا هو الغالب.

كما یجوز إیداعه من نائبه، سواء كان نائبا قانونیا كالولى أو الوصى أو القیم، أركان نائبا اتفایا وهو الوکیل.

ویجوز الإیداع أيضا ممن له حق التصرف فى الانتفاع بالشىء، كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهنا حیازیا.

ولكل من هؤلاء إيداع الشيء عند شخص آخر، ولو كان الوديع هو المالك نفسه.

وعلى العكس من ذلك لا يجوز لمن لا يملك حق التصرف فى الانتفاع أن يودع الشيء، فلا يجوز للوديع أن يودع الشيء عند شخص آخر (إيداع من الباطن) إلا بإذن صريح من المودع أو عند وجود ضرورة عاجلة (م721 مدنى) .
وإذا أودع الشيء من لا يملكه أو يملك التصرف فى الانتفاع به، فإن الوديعة تكون صحيحة بين المودع والوديع، ولكنها لا تسرى فى حق المالك، كما لو أودع السارق الشيء المسروق لدى آخر. ومن ثم يجوز للمالك استرداد الشيء المودع بموجب أمر أو حكم قضائى⁽¹⁾.

(1) محمد كامل مرسى ص 391.

ثانياً: المحل والسبب فى عقد الوديعة

184- المحل فى عقد الوديعة:

المحل الأصلى فى عقد الوديعة هو الشىء المودع لأنه لا تتصور الوديعة بدونه. وإذا اشترط أجر للوديعة أصبح الأجر محلاً آخر لها. وهو محل عرضى قد يوجد وقد لا يوجد.

ويجب أن تتوافر فى الشىء المودع شروط المحل عامة والتي عرضنا لها سلفاً، وهى أن يكون موجوداً، معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً أى لا يخالف النظام العام أو الآداب، وبالبناء على ذلك إذا كان الشىء المودع مهرباً أو كان من المخدرات أو الأسلحة غير المرخصة أو من الكتب أو الصور الممنوعة لم يجز إيداعه.

185- الأشياء التى يجوز إيداعها:

تنص المادة 718 مدنى على أن: "الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن... "فجاء لفظ "شيئاً" عاماً، والتالى فإنه يشمل المنقول والعقار على السواء.

ولئن كان الغالب أن يكون الشىء المودع منقولاً، باعتباره أحوج إلى الحفظ من العقار، إلا أنه لا شىء يمنع من أن يودع العقار، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره. وليست الحراسة الاتفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشىء المودع فيها عقاراً كما هو الغالب⁽¹⁾.

(1) السنهورى 903 - وعكس ذلك محمد على عرفه ص 461- فيذهب إلى أنه من الطبيعى أن يكون محل الوديعة منقولاً مادياً، لأن المنقولات المادية هى وحدها التى يتصور حفظها خشية التلف أو السرقة أو الضياع. أما العقارات فى ثباتها والتصاقها بالأرض ما يكفل عدم العبث بها. ويستطرد أنه يحدث كثيراً أن يودع شخص مفاتيح منزله عند صديق له لسبب السفر. فلا يكون المنزل محلاً للوديعة فى هذه الأحوال. =

وكانت المادة 482/590 من القانون المدنى القديم تقصر الوديعة على المنقول. غير أنه فى حالة الحراسة القضائية، التى هى نوع من أنواع الوديعة قد نص القانون المختلط على أنه يجوز أن يكون المودع عقارا (م 601 مختلط)، بينما لم ينص القانون الأهلى صراحة على هذا الحكم، ولكن جاءت عبارة المادة 491 المقابلة للمادة 601 المختلطة عامة، فتشمل العقار والمنقول وقد جرى العمل والأحكام على ذلك⁽¹⁾.

ويصح أن ترد الوديعة على عقار بالتخصيص، لأن هذه العقارات منقولات بطبيعتها، ولا تعتبر أموالا ثابتة إلا لكونها رسدا على خدمة عقار أو استغلاله (م 2/28 مدنى)، وفيما عدا ذلك تحتفظ بطبيعتها فليس ثمة ما يحول دون إيداعها رغبة فى المحافظة عليها⁽²⁾.

والإيداع يرد على كافة المنقولات، كالسيارات والبضائع والملابس والمجوهرات والكتب والصحف والمجلات.

كما يرد على المنقولات القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية، وفى هذه الحالة يجب أن ترد هذه المنقولات بعينها، إذ لا يجوز فى الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشئ المودع.

أما إذا كان الشئ المودع نقودا أو أشياء أخرى قابلة للاستهلاك وأذن للمودع عنده فى استعماله، فإنه لا يرده بالذات وإنما يرد مثله، وهذه هى الوديعة الناقصة والتى تعتبر قرضا، كما سنرى (م 726 مدنى).

= إنما يكون محلها المفاتيح نفسها وكذلك المفروشات والطيور والحيوانات الأليفة الموجودة بالمنزل. وذلك بشرط أن يكون الوديع قد تلقى المفاتيح بقصد المحافظة على ما بداخل المنزل، وإلا انحصر التزامه فى حفظ المفاتيح فحسب. وهى مسألة متروكة لقاضى الموضوع يستنتجها من ظروف الإيداع وملابسائه.

(1) محمد كامل مرسى ص 390.

(2) محمد على عرفه ص 461.

والوديعة لا تكون إلا في المنقولات المادية، فلا ترد على الحقوق المعنوية. فالحقوق المعنوية كحق الدائنية لا يتصور إيداعه، ولكن إذا تجسد هذا الحق في صورة مادية، جاز إيداعه، فيجوز إيداع الأوراق التجارية والأسهم والسندات وما إليها.

186- السبب في عقد الوديعة :

السبب في عقد الوديعة طبقاً للنظرية الحديثة - كما رأينا في المجلد الأول بالنسبة للعقود التي تناولناها فيه - هو الباعث الدافع إلى التعاقد. وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في الوديعة هو التسليم، وكانت الوديعة عقدا عينيا بحسب هذه النظرية.

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة. مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحاً لإخفائه بقصد ارتكاب جريمة، أو يخفي عنده أشياء مسروقة⁽¹⁾.

إثبات عقد الوديعة :

187- أولاً : فيما بين المتعاقدين :

(أ) - إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً :

إذا كانت الوديعة عقداً مدنياً - وهذا هو الأصل - فإنه تطبق القواعد العامة في الإثبات.

فإذا كانت قيمة الوديعة لا تزيد على ألف جنيه، فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيينة والقرائن، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

أما إذا زادت قيمة الوديعة على ألف جنيه، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (م 1/60 من قانون الإثبات).

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م1/62 من قانون الإثبات)، أو إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه (م63 من قانون الإثبات).

وقد يستفاد المانع مما جرى به العرف أو من صلة القرابة القائمة بين الطرفين وكما يستفاد من الغش⁽¹⁾، لأن ذلك يندرج تحت ما يتعذر الحصول فيه على دليل كتابي، أو من ظروف أخرى يرى القاضى أن من شأنها أن تحول دون الحصول على كتابة، كإصابة الوديع بشلل نصفي⁽²⁾.

(ب) - إذا كانت الوديعة عقدا تجاريا :

تكون الوديعة عقدا تجاريا بالنسبة للطرفين، إذا أودع تاجر بضائعه في مخزن عام، فيكون العقد تجاريا بالنسبة للمودع والوديعة، وقد تكون الوديعة مدنية بالنسبة للمودع وتجارية بالنسبة للوديعة، كما إذا أودع شخص سيارته في جراج عمومي. وفي هذه الحالة تتبع وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للطرف الذي يعتبر العقد تجاريا بالنسبة له، كالتطرفين في المثال الأول وكصاحب الجراج في المثال الثاني. ويحوز في هذه الحالة إثبات الوديعة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيينة والقرائن مالم يتفق على غير ذلك.

أما بالنسبة للطرف الذي يعتبر الوديعة عقدا مدنيا بالنسبة له فتتبع قبله قواعد الإثبات في المواد المدنية التي ذكرناها فيما سلف.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تجاريا فإن قواعد الإثبات

(1) نقض جنائي 7 مارس 1929 مشار إليه بمؤلف محمد على عرفه ص 457 هامش (4).

(2) نقض جنائي 6 يونية 1928 مشار إليه بمؤلف محمد على عرفه ص 457 هامش (5).

فى المواد المدنية هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه وتسرى قواعد الإثبات فى المواد التجارية على من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه".

(طعن رقم 2398 لسنة 58 ق جلسة 1990/5/16)

(ذات المبدأ طعن رقم 90 لسنة 48 ق جلسة 1982/12/22)⁽¹⁾

غير أنه يستثنى من هذه القواعد الوديعية الاضطرارية كما سنرى فى موضعه من الموسوعة.

188- هل تسرى قواعد الإثبات السابقة فى المسائل الجنائية؟

تسرى قواعد إثبات عقد الوديعية سالفة الذكر سواء فى المسائل المدنية أو المسائل الجنائية، فإذا رفعت الدعوى الجنائية ضد شخص لتبديده الشئ المودع، تعين إثبات عقد الوديعية طبقا لهذه القواعد.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

1- "إذا كان عقد الائتمان الذى تفرعت عنه واقعة الاختلاس أو التبديد غير ثابت مبدئيا، فلا يجوز بطبيعة الحال إثباته أمام المحكمة الجنائية إلا بنفس الطريقة التى يجوز إثباته بها أمام المحكمة المدنية. لأن واقعة الائتمان هى فى ذاتها واقعة مدنية صرف فضلا عن أنها واقعة الاختلاس أو التبديد بل وسابقة عليها فى الترتيب".

(طعن رقم 689 لسنة 6 ق جلسة 1936/3/16)

2- "إن المحكمة الجنائية فيما يتعلق بإثبات العقود المذكورة فى المادة 341 من قانون العقوبات الخاصة بخيانة الأمانة تكون مقيدة بأحكام القانون المدنى".

(طعن رقم 1052 لسنة 15 ق جلسة 1945/6/4)

(1) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الأول

3- متى كان البين من مساق الحكم المطعون فيه أنه بعد أن بين أن إثبات عقود الائتمان المنصوص عليها في المادة 341 من قانون العقوبات يخضع لقواعد الإثبات العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تشترط في خصوصية الدعوى الدليل الكتابي عرض إلى اعتصام الطاعنة بالمانعين المادى والأدبى فناقش أقوال شهود واقعة تسليم النقود المدعى بتبديدها وهو أمر لازم للفصل في قيام الوديعة الاضطرارية وهى من الموانع المادية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ثم أبدى الحكم عدم اطمئنانه إلى أقوال هؤلاء الشهود في شأن ما ذكره عن ظروف وملابسات هذه الواقعة وتصدى لتلك الظروف وهذه الملابسات بافتراض صحتها ونفى أنها تؤدي إلى الاضطرار الذي كان من شأنه أن يحول دون الحصول على دليل كتابي ثم انتهى إلى عدم قيام أى من المانعين المادى والأدبى بأسباب سائغة في حدود سلطة المحكمة التقديرية، وإذ كان النهج الذي سلكه الحكم المطعون فيه فيما تقدم لا تتناقض فيه فإن ما تتعاه الطاعنة عليه من دعوى التناقض في التسبب لا يكون له محل".

(طعن رقم 1807 لسنة 39 ق جلسة 1970/2/22)

غير أن المحكمة تكون في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيد بها بتلك القواعد إلا عند الإدانة في خصوص إثبات عقد الأمانة.

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن:

1- "إن المحكمة في جريمة خيانة الأمانة في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيد بها بتلك القواعد إلا عند الإدانة في خصوص إثبات عقد الأمانة".

(طعن رقم 582 لسنة 44 ق جلسة 1974/6/9)

2- "من المقرر أن المحكمة في جريمة خيانة الأمانة في حل من التقيد

بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيدنا بتلك القواعد إلا عند الإدانة فى خصوص إثبات عقد الأمانة".

(طعن رقم 2155 لسنة 51 ق جلسة 1981/12/20)

189- ثانىا: بالنسبة للغير:

لا تتبع القواعد العامة فى الإثبات، بصدد إثبات الوديعة بالنسبة للغير، وهو الذى لم يكن طرفا فيها، ويثور ذلك غالبا إذا تعدى الغير على الوديعة حال وجودها لدى المودع عنده إذ تكون المسألة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية، لأن المودع عنده يثبت مجرد واقعة التعدى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعوا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين: الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة، وإثبات الجريمة جائز قانونا بأى طريق من طرق الإثبات، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها. والثانية موجهة إلى السيد، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حالة تأدية وظيفته عنده، وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد. ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينية والقرائن".

(طعن رقم 71 لسنة 16 ق جلسة 1947/5/1)

(شروط صحة عقد الوديعة)

(الأهلية وعيوب الرضا) (أولا : الأهلية فى عقد الوديعة)

190- (أ) - أهلية المودع:

بما أن المودع لا يلتزم بحسب الأصل بمقتضى عقد الوديعة، فإنه يكفى توافر أهلية الإدارة فى المودع. ومن ثم يكون للصبي المميز والمحجور عليه المأذون لهما فى الإدارة أهلية الإيداع.

أما بالنسبة للصبي والمحجور عليه غير المأذون لهما فى الإدارة فلا تثبت لهما أهلية الإيداع. ويجوز للولى أو الوصى أو القيم القيام بهذا الإيداع باعتباره من أعمال الإدارة⁽¹⁾.

أما فى الوديعة الناقصة فتنقل ملكية الشئ إلى المودع عنده، من ثم يجب أن تتوافر فى المودع أهلية التصرف، كما سنرى.

أما إن كانت الوديعة مأجورة - فالراجح - وجوب أن يكون المودع كامل الأهلية لأن العقد يصبح فى هذه الحالة ملزما للجانبين، فيتعين أن يكون كلاهما أهلا لأن يلتزم إلا أن يكون الوفاء بالأجر المشترط من قبيل التصرف فى الدخل فيكتفى إذن بأهلية الإدارة، وذلك كأيداع سيارة فى جراج عام مثلا مقابل أجرة شهرية⁽²⁾.

وإذا لم تتوافر فى المودع الأهلية اللازمة، كان العقد قابلا للإبطال، وجاز لوليه أو لناقص الأهلية عند بلوغه سن الرشد، أن يطلب إبطال الوديعة.

(1) محمد كامل مرسى ص 459 - السنهورى ص 898 وعنده أنه يكفى توافر هذه الأهلية حتى لو كانت الوديعة بأجر كما سنرى.

(2) محمد على عرفه ص 459 - محمد كامل مرسى ص 388- وعكس ذلك السنهورى ص 898 فيكتفى بأهلية الإدارة حتى لو كانت الوديعة بأجر.

ورغم أن الوديعة عقد غير لازم، ويجوز للمودع استرداد الشيء المودع فى أى وقت، إلا أنه تكون له مصلحة فى إبطال العقد، إذا أراد التخلص من أجر المودع لديه- إذا كانت الوديعة بأجر- ومن رد ما أنفقه من مصروفات، أو تعويضه عما لحقه من خسارة، لأنه بعد الإبطال لا يكون مسئولا إلا بمقدار ما انتفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

191- (ب) - أهلية الوديع:

يلتزم الوديع بحفظ الوديعة وردها عند طلب المودع، ويسأل عن تقصيره فى هذا الصدد، فيلزم لذلك أن يكون الوديع أهلا لأن يلتزم بهذه الالتزامات، فيشترط إذن أن يكون الوديع كامل الأهلية وإلا سقطت عنه الالتزامات التى يرتبها عقد الوديعة⁽¹⁾.

فإذا كان الوديع ناقص الأهلية، بأن كان قاصرا أو محجورا عليه، فإن عقد الوديعة يكون قابلا للإبطال، ويجوز لناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد أو وليه قبل ذلك أن يطلب إبطال الوديعة ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

ولكن القضاء بإبطال العقد لا يعفى المودع عنده إذا كان مميزا من رد الشيء إذا كان باقيا فى حيازته، وأقيمت الدعوى من المودع باسترداده. لأن امتناعه عن الرد يعتبر غصبا، ونقص الأهلية وإن كان يعفى من المسئولية العقدية، فإنه لا يعفى من المسئولية عن الجرائم وأشباهاها وتطبيقا لذلك يجوز مطالبة ناقص الأهلية بالتعويض عن الضرر المترتب على تبديده الوديعة غشا منه وتدليسا وإضرارا بحقوق المودع.

أما إذا استهلك الوديع الشيء المودع أو تصرف فيه عن رعونة وطيش فإنه

(1) السنهورى ص 899 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 388 - محمد على عرفه

لا تصح مطالبته إلا برد ما أفاد من ذلك، وفي حدود هذه الفائدة. وذلك بدعوى الإثراء على حساب الغير⁽¹⁾.

أما إذا كان المودع عنده ناقص الأهلية فإنه لا يكون ملزماً برد الوديعة إلا بالحالة التي تكون عليها وقت الرد، فلا يسأل عن تلفها أو ضياعها الناشئ عن إهماله⁽²⁾.

أما إذا لم يتمسك ناقص الأهلية بالبطلان المقرر لمصلحته وفضل إبقاء الوديعة، فإنه يصبح بذلك مطالباً بسائر الالتزامات التي تترتب على العقد، إذ لا يسوغ له أن يتمسك بالعقد لمجرد الإفادة منه دون الالتزام بمقتضاه. فإذا لم يتقرر إبطال العقد فإنه يبقى منتجاً لسائر الالتزامات التي تترتب عليه⁽³⁾.

192- عيوب الرضاء فى عقد الوديعة :

لم ينص الشارع على أحكام خاصة لعيوب الرضاء فى عقد الوديعة، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة لعيوب الإرادة.

غير أنه يجب ملاحظة أن الوديعة يدخل فيها الاعتبار الشخصى، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية كل من المودع والوديع ملحوظة فى العقد وإذا كانت شخصية المودع تكون ملحوظة فى الغالب إلا أن شخصية الوديع ملحوظة دائماً. وبالتالي تبطل الوديعة للغلط فى شخص المودع أو للغلط فى شخص الوديع.

والإكراه وإن كان من عيوب الإرادة، إلا أن الوديعة الاضطرارية تكون صحيحة دائماً. لأن إرادة المودع دائماً كانت تقع تحت ضغط فى هذه الوديعة، إلا أن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه.

(1) محمد على عرفه ص 459 - محمد كامل مرسى ص 389 - السنهورى ص 900.

(2) محمد كامل مرسى ص 389.

(3) محمد على عرفه ص 458.

1 - التزامات المودع عنده:

مادة (719)

- 1- على المودع عنده أن يتسلم الوديعة.
- 2- وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمنا.

الشرح

193- التزام المودع عنده بتسلم الوديعة:

أوجبت الفقرة الأولى من المادة 719 مدنى على المودع عنده أن يتسلم الوديعة. فالتسليم - كما ذكرنا سلفا - ليس ركنا فى عقد الوديعة، ولذلك فإن الوديعة عقد شخصى وليس عقدا عينيا، فالعقد يصح دون تسليم الوديعة، ويكون تسليم الوديعة مجرد التزام ناشئ عن عقد الوديعة.

والتسليم نوعان:

(1) تسليم حقيقى:

ويتحقق باستيلاء الوديع على الشئ المودع استيلاء ماديا، بعد أن يضع المودع الشئ تحت تصرفه فى الزمان والمكان المعينين. ويتبع فى طريقة التسليم ووقته ومكانه القواعد التى تسرى فى تسلّم المشتري العين المبيعة وفى تسلّم المستأجر العين المؤجرة، وفى تسلّم المستعير للعين المعارة، وفى التسليم بوجه عام فى كل عقد ينشئ هذا الالتزام فى ذمة أحد المتعاقدين.

ويجب أن يكون التسليم لا غموض فيه، فمن دفع بشئ إلى أهل بيته لحفظه لا يكون مودعا له، بل لا تزال يده على الشئ فى بيته، ولم يخرج الشئ عن حيازته⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 907 وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص 144.

(2) تسليم حكى أو اعتبارى:

يتحقق هذا التسليم الحكى أو الاعتبارى بأن يكون الشىء فى يد شخص بصفته مستأجرا أو مستعيرا، ثم يتفق المتعاقدان على أن يبقى تحت يد نفس الشخص باعتباره وديعا. فمجرد تغيير صفة واضع اليد على هذا النحو يكفى للقول بتوافر ركن التسليم.

ومثال ذلك أن يعير شخص شخصا آخر سيارته لاستعمالها فى بعض شئونه، ثم يتفق معه عند انتهاء مدة الإعارة على أن يحفظها وديعة حتى يعود من سفر عزم عليه.

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن:

1- "لا يشترط فى الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفى التسليم الاعتبارى إذا كان المودع لديه حائزا للشىء من قبل. فإذا كان الظاهر مما أثبتته الحكم أن بيع المنقولات محل الدعوى قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المشتري ولكنه بقى فى حيازة البائع على سبيل الوديعة لإتمام بعض الأعمال فيه، فإنه إذا ما تصرف البائع فيه بطريق الغش كان مستحقا للعقاب".

(طعن رقم 12 سنة 20 ق جلسة 1950/3/14)

2- "لا يلزم فى الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفى التسليم الاعتبارى إذا كان المودع لديه حائزا للشىء من قبل. ولما كان ما أثبتته الحكم من أن المجنى عليها تستحق فى ذمة الطاعن كمية من الحديد لا يؤدي بذاته إلى مساءلته عن جريمة خيانة الأمانة بل يتعين أن يثبت أن بيع الحديد المذكور قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المجنى عليها ولكنه بقى فى حيازة البائع – الطاعن – على سبيل الوديعة لحين استلامها له، الأمر الذى أغفل الحكم المطعون فيه استظهاره. ومن ثم يكون معيبا بالقصور الذى يعجز محكمة النقض

عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها فى الحكم مما يتعين معه نقضه والإحالة".

(طعن رقم 1817 لسنة 37 ق جلسة 1967/12/11)

3- "لا يلزم فى الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفى التسليم الاعتبارى إذا كان المودع لديه حائزا للشيء من قبل، وإذ كان ذلك وكان ما استخلصته المحكمة على نحو ما سلف بيانه من أن العلاقة القائمة بين الطاعن والمجنى عليها يحكمها عقد الوديعة هو استخلاص سائغ ويلتئم مع حقيقة الواقع فى الدعوى فإن قضاءها بإدانة الطاعن عن جريمة التبديد يكون صحيحا فى القانون".

(طعن رقم 625 لسنة 46 ق جلسة 1976/11/1)

194- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم:

يترتب على عقد الوديعة التزام شخصى قبل الوديع بأن يتسلم الوديعة، ومن ثم يمكن إجبار الوديع على تنفيذ هذا الالتزام عينا طبقا للقواعد العامة، ولو كان متبرعا بالخدمة. فإذا رفض التنفيذ العينى بتسلم الشيء، كان للمودع مطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذه للالتزامه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"بينت المادة 999 فقرة أولى التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة، بحيث لو امتنع عن تسلمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 249.

مادة (720)

- 1- إذا كانت الوديعة بأجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.
- 2- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد.

الشرح

195- حفظ الشيء المودع هو الالتزام الجوهري في عقد الوديعة :

رأينا أن المادة 718 مدنى تنص على أن: "الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء.. إلخ". فالغرض الأساسى من الوديعة هو المحافظة على الشيء المودع، ومن ثم كان طبيعيا أن يكون أهم ما يلتزم به الوديع هو العناية بحفظ الشيء المودع، ويعتبر عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة.

196- الالتزام بحفظ الوديعة التزام ببذل عناية :

تفرق المادة (720) فى العناية المطلوبة من الوديع بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر. ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلى.

197- (أ) - الوديعة غير مأجورة :

إذا كانت الوديعة غير مأجورة فإنه يجب على الوديع أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد.

وقد راعى المشرع فى ذلك ألا يتقل أو يتشدد فى محاسبة الوديع غير المأجور، لأنه متبرع، فلا يصح أن يلقى من تبرعه هذا عسرا، فتطلب منه بذل العناية التى يبذلها فى حفظ ما له، ولو كانت دون عناية الرجل المعتاد. فإذا كانت عنايته فى حفظ ماله تفوق عناية الرجل المعتاد، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد⁽¹⁾.

فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معيارا شخصيا إذا كان مسئولا عن عنايته الشخصية، ويكون تارة أخرى معيارا موضوعيا إذا كان مسئولا عن عناية الشخص المعتاد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية فى حفظ الوديعة. ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر، وما إذا كانت الوديعة بأجر، أو كانت فى مصلحة الوديع وحده، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشئ. وأجرى على النوع الثانى القاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد.

أما النوع الأول من الوديعة فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع، فعدل عن المعيار المادى الذى يؤدى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد، إلى المعيار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما يبذله عادة من عناية فى شئون نفسه. ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد، ولما كان الوديع قد يكون فى شئونه الخاصة أكثر حرصا من متوسط الناس، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصى وضع حد للعناية التى يصح أن يطالب بها الوديع بناء على هذا المعيار، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته فى شئون نفسه، دون أن يؤدى ذلك فى أى حال إلى مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد"⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 465.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 250.

وفى ظل التقنين المدنى القديم كان الوكيل غير المأجور لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، أما الوكيل المأجور فيسأل عن خطئه اليسير (م593/485)⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

" إذا بنت المحكمة قضاءها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التى تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت فى ذمته وأنه منعها من استردادها وأهملا إهمالا غير يسير فى المحافظة عليها فلا تثريب على المحكمة فى ذلك، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانونا برد الوديعة للمودع متى طلب منه ذلك، وعن التزامه بالمحافظة عليها بغير تقصير جسيم. وما دامت المحكمة قد أثبتت فى حدود سلطتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم فى المحافظة عليها ولم تخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبينته بحق من أوراق الدعوى وظروفها فلا رقابة عليها لمحكمة النقض. وليس صحيحا أن مسئولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسميا برد الوديعة. ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسئولية المدنية المترتبة على هلاك الشئ المودع، فضلا عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب كل تكليف رسمى آخر".

(ظعان رقما 106، 129 لسنة 14 ق جلسة 19/4/1945)

198- (ب) - الوديع المأجور:

نصت الفقرة الثانية من المادة 720 مدنى على أنه: "أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد".
فقد تشدد المشرع فى مسئولية الوديع المأجور، وراعى أنه يتقاضى أجرا مقابل حفظه للشئ المودع، فتطلب منه عناية الرجل المعتاد. فالمعيار هنا معيار

(1) السنهورى ص 912 هامش (1).

موضوعى لا شخصى، فإذا كانت عناية الوديع بحفظ ماله الخاص أقل من عناية الرجل المعتاد، فإنه يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت عنايته فى حفظ ماله الخاص تزيد على عناية الرجل المعتاد، فإنه لا يطلب منه سوى عناية الرجل المعتاد.

ويلاحظ أنه سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة فإن التزام الوديع يعتبر التزاما بوسيلة، لا التزاما بغاية، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه فى المحافظة على الشئ حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشئ فعلا⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "انتهاء الحكم إلى أن التزام الشركة الطاعنة بحفظ الجبن المودع لديها فى ثلاثتها من الالتزامات الجوهرية وأنه التزام ببذل عناية هى عناية الشخص العادى - لأن الشركة مأجورة على هذا الالتزام مؤداه أنه كيف العقد بأنه عقد وديعة مأجورة متفقا فى ذلك مع عبارات العقد ودون أن تجادل الطاعنة فى هذا التكييف، لما كان ذلك وكان مقتضى عقد الوديعة أن يلتزم المودع لديه - أساسا - بالمحافظة على الشئ المودع لديه وأن يبذل فى سبيل ذلك - إذا كان مأجورا - عناية الشخص العادى - ويعتبر عدم تنفيذه لهذا الالتزام خطأ فى حد ذاته يرتب مسئوليته التى لا يدرأها عنها إلا أن تثبت السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية وكان الخبير المنتدب بعد أن عاين الثلجة والجبن المخزون فيها واطلع على دفاتر الثلجة المعدة لإثبات درجات الحرارة وأطرحها لعدم سلامتها ولعدم مطابقتها الواقع ورجح من واقع فحصه للجبن المخزون ومعاينته الثلجة من الداخل - أن تلف الجبن يرجع إلى الارتفاع الكبير والمتكرر فى درجات الحرارة -

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 250.

استنادا إلى ما لاحظته من تكثف الماء على سطح الجبن والأجولة التي تحتويه ومن تراب الجبن المبلل على أرضية الثلاجة، وإذ اطمأنت محكمة الموضوع إلى تقرير الخبير - في هذا الشأن - لسلامة أسسه واستخلصت منه في حدود سلطتها التقديرية أن الشركة الطاعنة لم تبذل العناية الواجب اقتضاؤها من مثلها في حفظ الجبن المودع لديها مما أدى إلى تلفه ورتبت على ذلك مسئولياتها عن هذا التلف - فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك، بالرد استقلالا على الطعون التي وجهتها الشركة الطاعنة إلى ذلك التقرير لأن في أخذها به محمولا على أسبابه السائغة ما يفيد أنها لم تجد في تلك الطعون ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير".

(طعن رقم 661 لسنة 49 ق جلسة 1984/2/6)

199- أمثلة للعناية الواجبة على الوديع في الوديعة المأجورة والوديعة

غير المأجورة:

يكون الوديع مأجورا أو غير مأجور مسئولا عما يأتي:

- 1- إذا وضع المجوهرات المودعة في دولاب غير مغلق فسرقت. وإذا كان الشيء ليس ثميناً ووضع الوديع عنده في مكان غير مغلق وكان غير مأجور لم يكن مسئولا إذا سرق الشيء، ما دام يثبت أنه تعود ذلك في مال نفسه⁽¹⁾.
- 2- لا يسأل الوديع ولو كان مأجورا عن عدم التأمين على الأشياء المودعة، ما لم يجر العرف بذلك. وإذا اضطر أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسئولا إذا كانت الوديعة بأجر، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت من ماله الخاص. أما إذا كانت الوديعة بغير أجر وأثبت ذلك، فإنه لا يكون مسئولا⁽²⁾.

(1) السنهوري ص 915 - محمد على عرفه ص 466.

(1) السنهوري ص 916 وما بعدها.

3- يجب على الوديع أن يواجه النفقات التى تقتضيها المحافظة على الشئ. وعليه أن يخطر المودع بما عساه يظهر فى الشئ من عيوب طارئة تهدد بفناؤه، وأن يتلقى تعليماته فى شأنها، فإن قصر فى ذلك لزمه الضمان أما إذا كانت هذه العيوب ظاهرة فى الشئ من وقت إيداعه سقط عنه هذا التكليف. ويعتبر تبخر الكحول من العيوب التى تتصل بطبيعة الوديعة والتى يفترض لذلك علم المودع بها⁽¹⁾.

4- إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها، وجب على الوديع مأجورا أو غير مأجور، أن يخطر المودع بذلك فورا، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على من يثبت له الحق فيها. وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى ينص فى المادة (1001)⁽²⁾ على هذا الالتزام، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشئ من كل تلف مادي، كذلك، يجب عليه أن يتفادى بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به. فإذا حجز الشئ تحت يده، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقه، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فورا. وإن أبطأ فى ذلك لأى سبب، لزمه اتخاذ الإجراءات التى تحفظ مصلحة المودع. ومتى أثبت الوديع صفته وجب إخراجه من الدعوى غير أنه إذا استمر النزاع إلى ما بعد المدة المحددة للوديعة جاز للوديع أن يحصل على ترخيص فى إيداع الشئ فى خزانة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمة لذلك، على أن يسلم الشئ فيما بعد إلى من يثبت له الحق فيه"⁽³⁾.

(2) محمد على عرفه ص 466 وهامش (4).

(3) كانت المادة تجرى على أن: "إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فورا، وجاز له أن يحصل على ترخيص فى إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها".

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 250.

وقد حذفت المادة سالفة الذكر فى لجنة المراجعة لعدم ضرورتها، غير أنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ومن ثم فإنه يعمل بها.

5- إذا تهدد الهلاك أموال الوديع والأشياء المودعة على السواء، وكان فى الإمكان إنقاذ بعضها فقط، كان على الوديع المأجور أن يؤثر الأخيرة بالإنقاذ إن كانت أخف من أمواله حملا وأعلى ثمنا. فإن أثر أمواله مع تساوى مخاطر الإنقاذ وتفاوت القيمة، فإنه يكون قد أخل بالعناية التى يبذلها الرجل المعتاد فى مثل هذه الحالات، فتتعد لذلك مسؤليته⁽¹⁾.

200- تعدد المودع عندهم :

إذا تعدد المودع عندهم، فلا تضامن بينهم فى المسؤولية، لأن التضامن فى المسؤولية العقدية لا يكون إلا باتفاق أو نص فى القانون. وقد خلا القانون من نص على المسؤولية التضامنية عند تعدد المودع عندهم.

201- عدم مسؤولية الوديع عن السبب الأجنبى :

لا يسأل الوديع مأجورا أو غير مأجور عن فقد الشيء المودع أو هلاكه أو ما يصيبه من أضرار، إذا كان ذلك بسبب أجنبى، سواء كان قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو خطأ المودع نفسه، أو خطأ الغير، ما لم يكن قد سبقه خطأ من جانب الوديع، أو ضاعف من الضرر تقصير جسيم من جانبه، فلا يعتبر الحريق لذاته سببا أجنبيا، إنما يعتبر كذلك إذا ثبت انتقاله من منزل الجار أو إذا لم يعرف سببه وأثبت الوديع أنه لم يحدث بخطأ منه أو من أحد تابعيه.

ولا يعفى الوديع من المسؤولية عن السرقة، إلا إذا لم يسبقها تقصير منه سهل على اللصوص مهمتهم، كعدم غلق الأبواب أو ترك المفاتيح بها⁽²⁾.

ويقع على عاتق الوديع إثبات السبب الأجنبى وإثبات عدم وجود خطأ من

(2) محمد على عرفه ص 466.

(1) محمد على عرفه ص 467 وما بعدها.

جانبه سابق عليه.

202- الاتفاق على تعديل المسؤولية :

مسئولية الوديع عن حفظ الشيء المودع، لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق بين المودع والودييع على تعديل هذه المسؤولية، سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء.

ومثل الاتفاق على تشديد المسؤولية، أن تكون مسؤولية المودع غير المأجور عن عناية الرجل المعتاد أو أن يتحمل الودييع تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م/1/217 مدنى) ومثل الاتفاق على تخفيف المسؤولية الاتفاق على عدم مسؤولية الودييع المأجور إلا عن عنايته الشخصية، أو تحديد التعويض قبله بمبلغ محدد. ويجوز الاتفاق على إعفاء الودييع من المسؤولية كلية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (م/2/217 مدنى).

203- التزام الودييع بعدم استعمال الشيء المودع :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 719 تنص على أنه: وليس له (المودع عنده) أن يستعملها دون أن يأذن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمنا. ذلك أنه لما كان الغرض الأساس من الوديعة هو المحافظة على الشيء المودع، كان طبيعيا أن يمنع الودييع من استعماله. وإذا كان الشيء ينتج ثمارا، سواء كانت ثمارا مدنية أو طبيعية، التزام الودييع بالحفاظ على هذه الثمار، وعليه أيضا تقديم حساب للمودع عنها.

وقد بلغ من عناية المشرع الفرنسى بواجب الأمانة فى حفظ الوديعة وعدم استعمالها أنه نص فى المادة 1931 مدنى على أنه: "لا يجوز للودييع أن يكشف عن الوديعة ليعرف ما هى إذا كانت قد سلمت إليه فى صندوق مقفل أو فى

غلاف مختوم"⁽¹⁾، ويرى البعض أنه يصعب في الآونة الحاضرة قبول هذا الحكم لانتشار الأعمال الإرهابية خاصة في مؤسسات الحفظ المهنية⁽²⁾.

ونصيف إلى ذلك، أنه قد يتعذر في الغالب الأعم ألا يقف الوديع على ماهية الوديعة إذا لم يكشف عنها، وهذا واجب لدفع ادعاء المودع، بأن الوديعة التي يردها إليه الوديع ليست هي المسلمة إليه.

غير أنه يجوز للوديع استثناء من هذا الأصل استعمال الشيء المودع في

حالتين:

الحالة الأولى:

أن يأذن المودع للوديع باستعمال الشيء المودع. ويراعى أنه إذا كان الشيء المودع مما يهلك لأول استعمال، فإن استعماله يعنى استهلاكه، وبالتالي يلتزم الوديع برد مثله، ولما كان الوديع يلتزم برد الشيء المودع بعينه، فإن العقد ينقلب إلى قرض وتسرى عليه أحكامه لا أحكام الوديعة (م 726 مدنى).

أما إذا كان الشيء مما يقبل الاستعمال فإن المرجع فى تكييف العقد إلى قصد المتعاقدين. فإن كان هدفهما الأساسى المحافظة على الشيء مع التصريح باستعماله، أى يكون الاستعمال أمراً ثانوياً بجانب الغرض الأساسى وهو الحفظ، كان العقد وديعة.

وبالعكس إن كان الغرض الأساسى من تسليم الشيء هو تحقيق منفعة للمستلم كان العقد عارية استعمال، ولو أطلق عليه المتعاقدان اسم الوديعة. فالمسألة متروكة لتقدير القاضى.

والتصريح للوديع باستعمال الشيء المودع يجعل الوديعة بأجر⁽³⁾.

(1) ويأخذ بذلك بعض الشراح فى مصر راجع كامل مرسى ص 399.

(2) محيى الدين علم الدين ص 155.

(1) محمد على عرفه ص 464.

والإذن بالاستعمال يكون صريحا، كما يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من الظروف. فإذا أودع شخص ساعة مثلا، فالغالب أن المودع لا يمانع فى أن ينظر الوديع فى الساعة ليعرف الوقت.

وكذلك إذا أودع شخص كتبا عند آخر، فلا مانع من أن يقرأ الوديع فى هذه الكتب بشرط ألا يترك فيها أثرا من القراءة، وهذا ما لم يطلب منه المودع عدم القراءة فيها صراحة أو ضمنا⁽¹⁾.

والإذن بالاستعمال لا يفترض، ويلتزم الوديع الذى يدعى صدور الإذن بالاستعمال إثباته.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره لأن الإذن بالاستعمال لا يفترض"⁽²⁾.

الحالة الثانية :

أن يكون استعمال الشئ ضروريا للمحافظة عليه .

ومثال ذلك أن يودع شخص سيارة عند شخص آخر لسفاره فى رحلة طويلة الأمد، فيقوم باستعمالها فى فترات متباعدة حتى لا يعلو الصدا آلتها بعدم الاستعمال. إنما يجب أن يكون الاستعمال لمجرد المحافظة على الشئ فلا يتجاوز الحد المألوف فى هذا الصدد⁽³⁾.

204- جزاء مخالفة عدم الاستعمال :

إذا استعمل المودع عنده الشئ المودع فى غير الحالتين سالفتي الذكر، فإنه

(2) السنهورى ص 624.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 249.

(1) محمد على عرفه ص 463.

يسأل مدنيا عن الضرر الذى يلحق بالشئ المودع أو عن تلفه أو هلاكه.
كما يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 341 من قانون
العقوبات، إذا تصرف فى الشئ المودع.
كما أن تصرف المودع عنده فى الشئ المودع يكون جريمة النصب
المنصوص عليها فى المادة 336 عقوبات.



مادة (721)

ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة.

الشرح

205- إحلال الوديع شخصا آخر محله :

القاعدة أنه ليس للوديعة أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع. لأن أساس الوديعة هى الثقة التى يضعها المودع فى الوديع الذى اختاره شخصيا للمحافظة على الشئ. ومن ثم لا يجوز للوديعة أن يلقى على عاتق غيره عبء الاضطلاع بهذا الالتزام الشخصى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يفترض فى الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع، فلا يجوز للوديعة أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة، دون إذن صريح من المودع.... إلخ"⁽¹⁾.

غير أنه يستثنى من هذا الأصل حالتان يجوز فيهما للوديعة أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة هما:

الحالة الأولى:

أن يأذن المودع له فى أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة. ويجب أن يكون الإذن صريحا، فلا يكفى أن يتدرع الوديع بالإذن الضمنى، وقصد من اشتراط الإذن الصريح أن يكون الإذن واضحا لا يترك لاستنتاج القاضى من الظروف.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 251.

الحالة الثانية:

إذا اضطر الوديع إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة، ذلك أن الضرورات تبيح المحظورات.

ومثل ذلك أن يتعرض الوديع للاعتقال أو الحبس فجأة، أو اضطر للسفر فجأة فترك الوديعة عند آخر.

ويلتزم الوديع بإخطار المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار. ويلتزم المودع في الحالتين سالفتي الذكر بالأجر الذى يكون نائب الوديع قد تقاضاه منه، إلا إذا كان الوديع يتقاضى أجرا من المودع يدخل فيه أجر النائب⁽¹⁾. وفي هاتين الحالتين، يكون الوديع مسئولاً عن خطأ نائبه، لأنه هو المسئول عن سوء اختياره وعن كل عيب في التعليمات التى أصدرها له بشأن حفظ الشيء.

206- جزاء مخالفة الالتزام:

إذا أحل الوديع غيره محله في حفظ الوديعة في غير الحالتين سالفتي الذكر، كان مسئولاً عن فعل الغير. فهو مسئول عن هلاك الشيء بين يدي النائب ولا يعفيه من المسؤولية أن يثبت كون الهلاك قد حصل بقوة قاهرة أو حادث مفاجئ، لأن مجرد تخليه عن الوديعة يعتبر إخلالاً بما تعهد به فتتقرر مسئوليته على أى حال.

على أنه في وسع الوديع - تطبيقاً للقواعد العامة - أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أن هلاك الشيء كان محققاً ولو بقى تحت يده، كأن يصاب منزلاً الوديع والنائب في غارة جوية، فيهلك ما فيهما من منقول وممتع⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

".... فإذا أحل الوديع غيره محله دون إذن بذلك، كان مسئولاً عن فعل ذلك

(1) السنهورى ص 929.

(2) محمد على عرفه ص 469 - السنهورى ص 928 هامش (3).

الغير. وإن كان ذلك بإذن المودع، فيكون الوديع مسئولاً عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب في التعليمات التي أصدرها له بشأن حفظ الشيء⁽¹⁾.
غير أنه لا يجوز للمودع أن يرجع على النائب بدعوى مباشرة إذ لا علاقة بينهما تجبىز هذا الرجوع. لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص. ولا يصح القياس على نص المادة 708 الواردة بصدد الوكالة لأنه نص استثنائي⁽²⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 251.

(2) محمد على عرفه ص 470 - السنهورى ص 929 وعكس ذلك محيى الدين علم الدين ص 158 هامش (1) فيرى أن للمودع دعوى مباشرة قياساً على المادة 3/708 مدنى الواردة بشأن الوكالة وهو القياس الذى أخذ به الفقه الفرنسى.

مادة (722)

"يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده. وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع".

الشرح

207- وجوب رد الشيء المودع بعينه :

يعتبر التزام الوديع برد الشيء المودع بعينه نتيجة حتمية لالتزامه بحفظ الشيء وعدم استعماله، فإذا طالب المودع برد الوديعة فلم يردها الوديع بعينها، بل عرض أن يرد أشياء مماثلة ومساوية لها فى القيمة، كان للمودع الحق فى أن يمتنع عن قبول هذا العرض ويتمسك برد الوديعة بعينها، لأن مثل هذا العرض من جانب الوديع لا يعتبر وفاء صحيحا، وإنما هو وفاء بمقابل، لا بد لحصوله من قبول الدائن⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "الوارث الذى يتسلم العقود التى كانت مسلمة على سبيل الوديعة لأبيه قبل وفاته، وهو عالم بذلك يعتبر وجود هذه العقود لديه على سبيل الوديعة كذلك، مادامت يده عليها بمقتضى حكم القانون، يد أمانة تتطلب منه أن يتعهدا بالحفظ كما يحفظ مال نفسه ويردها بعينها عند أول طلب من صاحبها أو بعبارة أخرى تتطلب منه القيام بجميع الواجبات التى فرضها القانون فى باب الوديعة على المودع لديه. ولا يقلل من صدق هذا النظر أنه لم يباشر مع المجنى عليه عقد وديعة وأن العقد الذى أنشأها إنما كان مع أبيه فينتهى بموته. وذلك لأن القانون

(1) محمد على عرفه ص 470.

حين عرف جريمة خيانة الأمانة في المادة 341 ع لم ينص على أن تكون الوديعة، باعتبارها سببا من الأسباب التي أوردتها على سبيل الحصر لوجود المال المختلس لدى المتهم، وليدة عقد، بل اكتفى في ذلك بعبارة عامة، وهي أن يكون تسلّم المال قد حصل على "وجه الوديعة" مما يستوى فيه بداهة ما يكون منشؤه التعاقد وما يكون مصدره القانون".

(طعن رقم 519 لسنة 13 ق جلسة 1943/2/8)

2- "إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المدعى بالحقوق المدنية سلم المتهم عند زفاف ابنته إليه منقولات منزلية لتأثيث منزل الزوجية فتصرف في بعضها بالبيع وأخفى بعضها في منزل آخر، وقضت المحكمة بتبرئته بمقولة إن هذه الواقعة لا جريمة فيها إذ المنقولات قد سلمت إليه (الزوج) والتسليم ينفى ركن الاختلاس في السرقة غير كاف" إذ هي لم تبين أن الزوجة عندما نقلت جهازها إلى منزل الزوجية قد تخلت عن حيازته للزوج وأنه هو أصبح صاحب اليد فعلا عليه".

(طعن رقم 652 لسنة 19 ق جلسة 1949/6/7)

3- "الشرط الأساسي في عقد الوديعة كما هو معرف به في القانون المدني هو أن يلتزم المودع لديه برد الوديعة بعينها للمودع. وإذن فمتى كان الثابت في الحكم أن المتهم والمجنى عليه قد انفقا على أن يتبادلا ساعتيهما وأن تسلّم أولهما ساعة الثاني كان تنفيذا لهذا الاتفاق فإن التسليم على هذه الصورة يكون مبنيا على عقد معاوضة، وهو ليس من العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات ويكون الحكم إذ دان المتهم بجريمة التبديد قد خالف القانون".

(طعن رقم 2413 لسنة 23 ق جلسة 1954/5/4) (1)

4- "لما كانت المادة 341 من قانون العقوبات قد نصت على تجريم اختلاس أو تبيد الأشياء التي تسلم على وجه الوديعة أو الإعارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الوكالة. ولئن كان من المقرر أن لمحكمة الموضوع وهي بصدده البحث في تهمة التبيد المنسوبة إلى المتهم سلطة تفسير العقد الذي بموجبه سلمت إليه أعيان جهاز المدعية بالحقوق المدنية مستندا في ذلك لظروف الدعوى وملايساتها إلى جانب نصوص ذلك العقد إلا أنه لما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أثبت أن المطعون ضده تسلم المنقولات المملوكة للطاعة والموضحة بقائمة جهازها وأقر بأنها في عهده وذمته وأنها تحت طلب الزوجة كما يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن المطعون ضده رفض تسليم الطاعة أعيان جهازها عند طلبها وكان مؤدى ذلك أن المطعون ضده تسلم المنقولات الموضحة بالقائمة على سبيل الوديعة فاختلسها لنفسه بنية تملكها إضراراً بالمجنى عليها إذ ظل ممتنعاً عن تسليم تلك المنقولات إلى المجنى عليها إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي بمعاقبته. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بتبرئة المطعون ضده من تهمة تبيد المنقولات التي سلمت إليه على سبيل الوديعة ورفض الدعوى المدنية قبله بمقولة إن هذه الواقعة لا جريمة فيها إذ المنقولات قد سلمت إلى الزوج (المطعون ضده) والتسليم ينفى الاختلاس وهي لم تسلم على سبيل الوديعة إذ هو التزم برد قيمتها إذا فقدت ويجب

= "إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجريه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة. فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة 341 من قانون العقوبات".

(ظعن رقم 3 لسنة 11 ق جلسة 1940/11/25)

وينتقد الدكتور محمد على عرفه هذا الحكم ويرى أن العقد هنا بيع معلق على شرط التجربة لا وديعة، لأن الحفظ ليس الهدف الأساسي للمتعاقدين كما هو ظاهر ولا يلعب في الالتزامات المتبادلة بينهما إلا دوراً ثانوياً ص 455 هامش (4).

فى الوديعة رد الشئ بعينه وعقد التسليم لا يعتبر عارية استعمال بل حصل التسليم على سبيل عارية الاستهلاك وهذا القول من المحكمة غير سديد إذ أن ما استطردت إليه فى شأن عارية الاستهلاك غير صحيح من ناحية اعتبارها جهاز الزوجية من المثليات التى يقوم فيها مقام بعض وإن العارية فيه لا تكون إلا للاستهلاك والصحيح أن الجهاز من القيميات وما قائلته بصدد نفي الوديعة غير كاف لأن اشتراط رد قيمة الشئ لا يكفى وحده للقول بأن تسليمه لم يكن على سبيل الوديعة متى كان النعى على رد القيمة يكون عند الفقد مما يرشح إلى أن الرد يكون عينيا مادام الشئ موجودا. وما ذكرته بصدد التسليم الذى ينفى ركن الاختلاس فى السرقة غير كاف إذ هى لم تبين أن الزوجة عندما نقلت جهازها إلى منزل الزوجية قد تخلت عن حيازته للزوج وأنه أصبح صاحب اليد فعلا عليه. ومن ثم فإذا ما انتهى الحكم إلى اعتبار أن قائمة الجهاز التى تسلم بموجبها المطعون ضده أعيان جهاز الطاعنة لا تعد عقدا من عقود الأمانة الواردة فى المادة 341 من قانون العقوبات يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون خطأ حجه عن بحث موضوع الدعوى وتقدير أدلتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه - فيما قضى به فى الدعوى المدنية - والإحالة مع إلزام المطعون ضده المصاريف المدنية دون حاجة إلى بحث أوجه الطعن الأخرى".

(طعن رقم 1860 لسنة 53 ق جلسة 1984/2/12)

ويراعى أن النقود تكون عادة محلا للوديعة الناقصة، فتكون قرضا وتنتقل ملكيتها للمعترض، ويلتزم برد مثلها، ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية أو كيس من النقود، محلا للوديعة الكاملة، فتحفظ بذاتيتها لدى الوديع ولا تنتقل ملكيتها له، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع، فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 932 وهامش (2).

وبصفة عامة إذا وضعت النقود فى صندوق أو كيس مقفل بحيث تبقى لها ذاتيتها فإنه يجب ردها عينا.

والسندات لحاملها إذا سلمت لأحد البنوك وديعة وذكرت بأرقامها كانت شيئاً معيناً بذاته ويجب أن ينصب الرد عليها بعينها. أما إذا ذكرت بعددها دون أرقامها فإنه يمكن اعتبارها وديعة ناقصة ويلتزم البنك المودع عنده برد عدد مماثل لما تسلمه منها شريطة أن تكون من نفس نوعها ومن نفس تاريخ الإصدار⁽¹⁾.

208- رد ثمار الشيء المودع:

إذا كان الشيء المودع ينتج ثماراً سواء كانت ثماراً طبيعية أو مدنية انفصلت عنه أو جناها الوديع، تعين ردها إلى المودع لأنها من ملحقات الشيء المودع. على أن التزام الوديع برد ثمار الشيء لا يعنى التزامه بجنى هذه الثمار، لأن التزامه قاصر على حفظ الشيء، فهو لا يلتزم بجنى الثمار إلا إذا لزم ذلك للمحافظة على الوديعة، ولذلك فهو لا يلتزم إلا برد الثمار المجنية لا الثمار التى لم تجن ولو كان عدم جنيها بإهماله⁽²⁾.

وكان المشروع التمهيدي للمادة 1003 (التي أصبحت برقم 722) تنص فى فقرتها الأولى على أن: "على الوديع، متى انتهت الوديعة، أن يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من ثماره".

كما كانت تنص المادة 602/493 من التقنين المدنى القديم على أنه: "يجب فى جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضاً محصولها ونتائجها. وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية". وبالترتيب على ذلك إذا كان الشيء المودع حيواناً له نتاج أو أرضاً تنتج محصولاً وجب عليه أن يرد النتاج أو المحصول إلى المودع. وإذا خشى على شئ

(1) محيى الدين علم الدين ص 162.

(2) محمد كامل مرسى ص 401 هامش (3).

منها التلّف جاز له بيعه ورد ثمنه إلى المودع. وإذا كان الشيء المودع أسهماً أو سندات واستحقت أرباحاً، وجب على الوديع أن يرد الأسهم والسندات وأرباحها، وإذا كسب سهم أو سند جائزة وجب رد هذه الجائزة مع السهم أو السند⁽¹⁾.

209- احتساب الفوائد :

رأينا أن النقود قد تكون وديعة كاملة يلتزم فيها الوديع برد النقود بعينها. والوديع لا يلتزم بدفع فوائد عن هذا المبلغ، لأن الأصل أنه لا يفيد من حفظ هذا المبلغ لديه.

ولكن إذا أعذره المودع بالرد فتباطأ فعليه الفوائد من تاريخ الإعذار. ويعتبر إعذار كافياً إرسال خطاب مسجل يتضمن صراحة المطالبة برد الشيء واعتبار الوديع مسئولاً عن التأخير. ولا يلزم حتماً حصوله بإنذار⁽²⁾. وإلزم الوديع بفوائد المبالغ المودعة لديه من تاريخ الإعذار، لا يعتبر استثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة 226 مدني التي تقضى بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية، لأن الوديع لا يعتبر حتى في هذه الحالة مديناً بمبلغ من النقود بل مديناً برد شيء معين بالذات ولا يسرى حكم هذه المادة على التعهدات التي من هذا القبيل⁽³⁾.

أما إذا كانت وديعة النقود وديعة ناقصة، أي قرضاً، فإنها تصبح ديناً في الذمة، ولا يتقاضى المودع عنها فوائد إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وبما أن الوديع ليس له استعمال الشيء ولا استغلاله، فإن الشيء إذا كان

(1) السنهوري ص 140.

(2) محمد على عرفه ص 473.

(3) محمد على عرفه ص 473- السنهوري ص 941 الهامش.

مما ينتج ثمارا وقبضها الوديع وجب عليه ردها إلى المودع (المادة 1003 فقرة أولى) فإن لم يقبض ثمارا لا يجب عليه شيء. فإذا كانت الوديعة مبلغا من النقود فلا تجب عليه فوائده، إلا من وقت إعداره بردها (م 1936 فرنسي)⁽¹⁾.

210- احتساب الفوائد عند التصريح باستعمال الوديعة:

إذا صرح المودع للوديع باستعمال المبالغ المودعة لديه. فإنه يعتبر في هذه الحالة مدينا بمبلغ من النقود، وتستحق الفوائد عليه طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 226 مدني، وذلك بعكس الحالة التي يتأخر فيه الوديع عن رد وديعة النقود بعد إعداره، إذ في الحالة الأخيرة يؤخذ الوديع على إهماله في رد مبالغ يفترض وجودها في خزائنه مادام لم يصرح له باستعمالها، فيكون تأخيرها في الرد رغم إعداره قرينة على إخلاله بشروط العقد فيلزمه التعويض فيستحق عليه الفوائد من تاريخ الاستعمال، وهو ما يتفق مع اعتبار المشرع العقد قرضا في هذه الحالة إذ لم يرد بصدد القرض أى نص خاص بسريان فوائد التأخير مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة (مادة 726 مدني)، وكان القانون المختلط ينص على ذلك صراحة (م602)، ذلك أنه لا يسوغ للوديع أن يستأثر بالفائدة التي جناها من تصرفه هذا غير المشروع، بل يجب أن ترد هذه الفائدة إلى صاحب الحق فيها وهو المودع، وذلك على سبيل التعويض، فضلا عن أن الوديع ملزم برد الثمار التي جناها، ومتى ثبت استعماله للمبالغ المودعة عنده فيما يحقق منفعة له، فإنه يكون قد جنى ثمارا عنها حق المودع أن يحاسبه عليها⁽²⁾.

211- تقويم الوديعة عند العجز عن الرد:

قد يتعذر على الوديع رد الوديعة عينا لأسباب لا ترجع إلى تقصير منه. ومثال ذلك أن يكون الشيء المودع سندات فتستهلك وينتقاضى الوديع قيمتها فيلتزم

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 255.

(2) محمد على عرفه ص 474.

برد هذه القيمة، أو تستولى الإدارة على الوديعة للمصلحة العامة ويتقاضى الوديع تعويضاً عنها، فيلتزم برد هذا التعويض أو يتعدى الغير على الوديعة فيقضى له بتعويض فيلتزم بأداء هذا التعويض إلى المودع⁽¹⁾.

وقد يكون تعذر رد الوديعة إلى المودع بسبب تقصير من الوديع أو لكى يجنى الوديع من وراء ذلك منفعة لنفسه، ففي هذه الحالة يلتزم الوديع بالتعويض بأعلى القيمتين. قيمتها عند إيداعها وقيمتها وقت المطالبة بردها، ولا يصح الوقوف عند قيمة الأشياء المودعة وقت المطالبة بردها، ولو انخفضت هذه القيمة عنها وقت حصول الإيداع، لأنه يؤدي إلى استفادة الوديع من الوديعة على حساب المودع إذا تصرف فيها لمنفعة له، وإلى استفادته رغم تقصيره الذى أدى إلى عجزه عن رد الوديعة.

وإذ حصل العكس وكانت القيمة وقت الرد أعلى منها عن وقت الإيداع وجب إلزام الوديع برد القيمة وقت الرد على سبيل التعويض. وتقدير القيمة مسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض.

212- سرقة الوديعة :

لم يتضمن التقنين المدني نصاً على حالة ما إذا تبين سرقة الوديعة، كما فعل التقنين المدني الفرنسى. إذ نص فى المادة (1938) منه على أنه: "لا يجوز للمودع عنده أن يطلب ممن عقد الوديعة أن يقيم الدليل على أنه مالك للشئ المودع، ولكن إذا ظهر له أن الشئ مسروق وعرف صاحبه وجب عليه أن يخبر صاحبه بالإيداع لديه مع إنذاره بأن يطلب ذلك الشئ فى ميعاد كاف يعينه، وإذا قصر من حصل الإخبار إليه فى طلب الوديعة صح للمودع عنده أن يتخلص من المسئولية بتسليمه الشئ لمن سلمه إليه".

وهذا النص خاص بالحالة التى يكشف الوديع فيها السرقة بعد العقد، أما إن

كان يعلم وقت العقد بالسرقة فإنه يعتبر مخفياً لأشياء مسروقة ويعاقب قانوناً⁽¹⁾. وقد ذهب رأى فى الفقه المصرى، إلى أن الحكم المذكور مبنى على قواعد العدالة، ويجب الأخذ به فى مصر بالرغم من عدم وجود نص، لأن هذه الطريقة هى السبيل الوحيد لتخلص المودع عنده من المسئولية قبل المالك الحقيقى وقبل الجهات القضائية⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن فكرة العدالة التى يستند إليها الرأى السابق فكرة مبهمة مرنة فى الالتجاء إليها خطر الوقوع فى التحكم وإهدار القانون، وأنه يجب استلهاً ما توحى به قواعد القانون الظاهرة والمستترة للوصول إلى حل فى هذه المسألة ولذلك يفرق هذا الرأى بين فرضين.

الفرض الأول: أن يكون الوديع على بينة من الأمر أى على بينة من أن الوديعة متحصلة من أى جنحة أو جناية بصفة عامة، أو من جريمة سرقة خاصة. فإننا فى هذا الفرض لا نكون بصدد جريمة من الجرائم التى يعاقب عليها بنص المادة 145 عقوبات التى تعاقب "كل من علم بوقوع جناية أو جنحة أو كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بوقوعها وأعان الجانى بأى طريقة كانت على الفرار من وجه القضاء إما بإيواء الجانى المذكور وإما بإخفاء أدلة الجريمة وإما بتقديم معلومات تتعلق بالجريمة وهو يعلم بعدم صحتها أو كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بذلك... إلخ" أو يعاقب عليها بنص المادة 322 عقوبات إذا كان ما أخفاه الوديع عنده متحصلاً من جريمة سرقة. ذلك أن العقد الذى يقوم على أساس جريمة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. فيكون على الوديع إذن أن يمتنع عن رد الوديعة إلى المودع. وأن يبادر بإخطار السلطات المختصة بوجود جسم الجريمة عنده. وإلا كان معرضاً لمعاقبته بالعقوبة المنصوص عليها بإحدى المادتين السابقتين.

(1) محمد كامل مرسى ص 404.

(2) محمد كامل مرسى ص 405.

هذا علاوة على الحكم عليه بالتعويض للمالك إذا تعذر عليه استرداد الشيء ذاته.

والفرض الثانى: أن يكون الوديع قد تلقى الوديعة وهو لا يعلم من أمرها شيئاً، ثم تكشف له هذا الأمر فحسبه أن يسارع بردها إلى المودع ليتخلص من المسؤولية، لأن التبليغ عن الجرائم أمر تفرضه مبادئ الأخلاق ولا يحتمه القانون. وقد تقوم لدى الوديع اعتبارات جدية تمنعه من التبليغ، كأن يخشى أن يسبب الظن بالمودع فيتهمه خطأ فيتعرض للعقاب عن التشهير به والإضرار بسمعته. وقد يرى أن ينأى بنفسه وسمعته عن موطن الشبهات. فلا عليه إلا أن يرد الوديعة للمودع. ولا يكون للمالك سبيل إلى مؤاخذته لعدم إخطاره إياها، لأنه غير مطالب بأن يرمى مصالح المالك أكثر من رعايته إياها. ويمضى هذا الرأى قائلاً أن فى وسع الوديع إذن أن يتخلص من المسؤولية برد الوديعة إلى المودع. بل يكون ملزماً بردها إليه إن طالبه بذلك. ولا يكون له أن يمتنع عن الرد إلا فى حالة واحدة، هى أن يبادر المالك بإنذاره بعدم ردها حتى يمضى فى الإجراءات الكفيلة بردها إليه.

وفى هذه الحالة لا يستطيع الوديع أن يرد الوديعة إلى المالك إلا بعد صدور حكم نهائى لصالحه فى مواجهة المودع. فإن تعجل بردها قبل ذلك انعقدت مسؤوليته قبل المودع الذى يكون له أن يرجع عليه بالتعويض فى حالة فشل مدعى الملكية فى إثبات حقه⁽¹⁾.

وعندنا أن هذا الرأى يتفق والأحكام العامة فى القانون.

213- تصرف المودع فى الوديعة :

إذا تصرف المودع فى الوديعة بالبيع أو الهبة، فإن الوديع يلتزم بتسليم الوديعة إلى المشتري أو الموهوب له بعد التثبت من صفته. بل يكون مسئولاً قبله إن هو سلمها إلى المودع بعد إخطاره بتعلق حق أحدهما بها نتيجة للبيع أو الهبة لأنه يترتب على انتقال ملكية الوديعة أن تنتقل إلى مكتسب الملكية سائر الحقوق

(1) الدكتور محمد على عرفة ص483 وما بعدها.

والدعاوى التى كانت للمودع على الشئ⁽¹⁾.

214- من ترد الوديعة؟

تنص المادة (722) على أنه: "يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع... إلخ".

فالأصل أن الوديع يلتزم برد الوديعة إلى المودع شخصيا. وهو فى تأدية هذا الالتزام ليس مطالبا بأن يتحرى ملكية المودع لما أودعه عنده.

غير أن عدم تحرى ملكية المودع للوديعة لا يحول دون التثبيت من شخصيته. فكثيرا ما يقع فى العمل أن يحصل الإيداع عند شخص لا تربطه بالمودع أية صلة شخصية. وذلك كإيداع المعاطف وفراء السيدات والعصى فى المحلات العامة كالمسارح والمطاعم والمقاهى وغيرها، وإيداع النقود والأوراق المالية فى البنوك وصناديق التوفير. وفى مثل هذه الحالات يتعين على الوديع أن يتحقق من شخصية المودع قبل تسليمه الوديعة حتى لا يخطئ بردها إلى غير المودع. فيتعرض لمطالبة بالتعويض من المودع الحقيقى لعدم إمكان الرد.

ومبلغ الدقة فى التثبيت من شخصية المودع يختلف باختلاف الأحوال وظروف الوديعة. وفى الحالات التى يزود فيها المودع كدليل على الإيداع ببطاقة لا تحمل اسمه ولكنها تحمل رقما لتمييز الوديعة، يكون الوديع فى حل من أن يسلم الوديعة لمن يقدم إليه هذه البطاقة التى يعتبر بمثابة سند لحامله، يكفى مجرد تقديمه لتسليم الوديعة لحاملها. ولا يكون للمودع الحقيقى إلا أن يلوم نفسه إن كان قد تسبب بإهماله فى ضياع البطاقة، وتمكين غيره من التقدم بها إلى الوديع الذى لا يستطيع فى الغالب أن يتثبت من شخصية المودعين جميعا لكثرتهم⁽²⁾.

أما فى الأشياء الثمينة، كالمجوهرات والمصاغ والنقود، فإنه يجب أن يكون

(1) محمد على عرفه ص487 - محمد كامل مرسى ص405.

(2) محمد على عرفه ص 478.

لدى الوديع قدر معين من الحيطه، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة أن من يتقدم بالتذكرة هو صاحبها⁽¹⁾.

أما إذا كان الدليل على الإيداع إيصالاً باسم المودع، فإنه يكون على الوديع أن يتحرى الدقة فى التثبت من أن من يتقدم إليه بهذا الإيصال هو المودع شخصياً، بأن يستعين فى ذلك ببعض الأوراق الرسمية التى تثبت شخصيته كالبطاقة الشخصية أو جواز سفر أو رخصة قيادة سيارة أو ما شابه ذلك، أو بأن يتأكد من شخصيته بواسطة شخص معروف للطرفين.

ولا يعفى الوديع من المسئولية تسليم الوديعة إلى شخص يقدم إليه إيصالاً برد الوديعة أحكم فيه تقليد المودع. إلا أنه إذا قدم مع هذا الإيصال المزور إيصال تسليم الوديعة إلى الوديع، وكان هذا الإيصال قد تسرب إلى يده بخطأ من المودع، كان رد الوديعة إليه صحيحاً مبرئاً للذمة⁽²⁾.

215- هل يجوز رد الوديعة لنائب المودع؟

إذا كان المودع وكيلاً يعمل لحساب الغير، فلا يكون له حق المطالبة برد الوديعة، إنما يكون هذا الحق للموكل وحده.

ولا يستثنى من ذلك إلا أن يكون الوكيل موكلاً باستلام الوديعة من الوديع فإذا سلم الوديع الوديعة إلى وكيل المودع - دون هذا التوكيل - كان وفاء غير صحيح ولا يبرئ ذمة الوديع. ويجوز للموكل مطالبة نائبه برد الوديعة.

أما إذا كان النائب عن الغير نائباً قانونياً، كالولى والوصى والقيم ووكيل الغائب، وهو الذى أودع الوديعة لدى الوديع. فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته بأن بلغ سن الرشد أو رفع الحجر عنه، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون النائب، وإلا كان الرد غير مبرئاً لذمة الوديع.

(2) السنهورى ص 943.

(3) السنهورى ص 942 هامش (2) واستئناف مختلط 21 أبريل سنة 1927 الذى أشار إليه.

أما إذا كان المودع ما زال ناقص الأهلية، فإن الرد يكون لنائبه، ويبرئ هذا الرد ذمة الوديع. ويجب على الوديع التحقق من صفة النائب وقت الرد. فإن تعذر عليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة أو أى مكان معد لحفظ الودائع.

وعلة ذلك ظاهرة، وهى أن زوال صفة النائب فى هذه الحالة لا يجعل له حقا فى المطالبة بما أودعه نيابة عن غيره.

ولنفس هذه العلة، يتعين على الوديع أن يمتنع عن رد الوديعة إلى المودع الذى زالت صفته بعزله، لا باكتمال أهلية من كانت له النيابة عنه. فيكون صاحب الحق فى طلب رد الوديعة فى هذه الحالة هو الشخص الذى آلت إليه سلطة النائب المعزول.

216- تغير أهلية المودع قبل الرد:

إذا تغيرت أهلية المودع بعد الإيداع وقبل الرد، كأن يكون قد حجر عليه، فإن هذا الحجر يمنع من رد الشيء المودع إلى المودع، لأن الوفاء لناقصى الأهلية لا يبرئ ذمة المدين، ومن ثم يجب أن يتم الرد للقيم على المودع.

217- اشتراط المودع رد الوديعة إلى شخص من الغير:

قد يعين المودع شخصا أجنبيا ويشترط رد الوديعة إليه ثم يقبل هذا الشخص ما اشترطه المودع.

وفى هذه الحالة لا يثور شك فى وجوب رد الوديعة إلى هذا الشخص.

ولكن ما هو الحل إذا توفى هذا الشخص، ومن هو الشخص الذى ترد إليه

الوديعة؟

الحل هو فى الرجوع إلى القواعد العامة، فيتعين الرجوع إلى قصد المودع من

تضمين العقد مثل هذا الشرط مما يتعين معه الكشف عن هذا القصد. فإن قصد

المودع من تعيينه هذا الشخص لاستلام الوديعة مجرد توكيل هذا الغير فى ذلك،

فيجب رد الوديعة إلى ورثة المودع، إذ يتوفى المودع وهى باقية على ذمته فتدخل فى تركته ويتعلق بها حق الورثة.

أما إذا تبين العكس، وكان المودع قد قصد أن يضمن عقد الوديعة اشتراطاً لمصلحة الغير، فإن المنتفع يكون هو صاحب الحق فى تقرير مصير الوديعة، إن شاء أقر ما اشترط لمصلحته فيثبت بذلك حقه فى الوديعة، وإن شاء رفضه فتكون للورثة (م 154) ولا يكون لهؤلاء حيلة فى هذا الأمر، لأن وفاة المشتري تثبت حق المنتفع الذى يستفيدة من عقد الوديعة مباشرة، لا من قبوله للشروط الوارد فيه. كما لا يكون لهم أن ينقضوا ما استقر عليه قصد مورثهم حتى وفاته، لأن النقص حق شخصى للمشتري لا ينتقل لورثته. وهذا هو الرأى السائد فى الفقه. وهو ما أقره المشرع فى القانون المدنى الجديد (مادة 155)⁽¹⁾.

ويقع على عاتق المنتفع إثبات أن العقد يتضمن رد الوديعة إليه باعتبارها منتقاة، فيكون على الورثة إثبات أن هذا الغير لم يعين إلا بصفته وكيلًا وبالتالي لا ترد الوديعة إليه.

218- رد الوديعة فى حالة وفاة المودع:

إذا توفى المودع قبل رد الوديعة انتقل حقه فى طلب ردها إلى ورثته. ويكون الرد لكل منهم بمقدار نصيبه فى الإرث.

فإذا كانت الوديعة قابلة للانقسام كمبلغ من النقود مثلاً، تعين على الوديع أن يرد إلى كل وارث ما يستحقه فى هذا المبلغ.

وإذا كانت الوديعة غير قابلة للانقسام كسيارة أو حيوان مثلاً، وجب على الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على أن يتسلموا جميعاً الوديعة، أو على أن يتسلمها أحدهم يقومون بتعيينه، أو لمن تقع الوديعة فى نصيبه نتيجة للقسمة الصحيحة⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 486.

(1) السنهورى ص 944- محمد على عرفه ص 479.

فإذا لم يتوصلوا إلى هذا الاتفاق فيما بينهم، فإن عليهم أن يحصلوا على إذن من القاضى باستلام الشيء المودع، فإذا لم يفعلوا كان للمودع عنده أن يودع الشيء فى محل مخصص للأمانات بحسب طبيعته، وتبرأ ذمة الوديع بهذا الإيداع.

أما إذا قام الوديع برد الوديعة إلى أحد الورثة فقط، كان لباقى الورثة مطالبته بالتعويض المناسب لنصيبيهم، ولهم إثبات واقعة الرد لأحدهم فقط بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن.

ويجب على الورثة عند طلبهم رد الوديعة تقديم الدليل على صفتهم ومقدار نصيب كل منهم فى التركة، ويكون ذلك عادة بتقديم المستندات اللازمة للتحقق من أهليتهم.

ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر، مادام الوديع حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقى، ويكون الرد ميرثاً لذمته. ثم يرجع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر الذى تسلم الوديعة.

وتسرى الأحكام المتقدمة فى حالة تعدد المودعين، فإنه يجب تسليم الشيء إليهم معاً، إلا إذا عينوا وكيلاً عنهم. على أنه إذا كان الشيء قابلاً للقسمة جاز لكل منهم المطالبة بحصته⁽¹⁾.

وإذا طلب شخص من الغير إلى القاضى أن يلزم المودع عنده بإيداع الشيء لمصلحة له يدعيها أو يطالب بها، جاز للقاضى أن يأمر المودع عنده بالإيداع فى المحل المخصص للأمانات.

وللوديع رفع الأمر للقاضى إذا وجد أشخاصاً موصى لهم بنصيب فى التركة، أو كانت التركة فى حالة إعسار⁽²⁾.

(2) محمد كامل مرسى ص 404.

(1) محيى الدين علم الدين ص 166 وما بعدها.

219- وقت الرد:

رأينا أن المادة 722 مدنى تقضى بأنه: "يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده.

وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع".

فالوديعة يلتزم برد الوديعة إلى المودع بمجرد طلبه إلا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع.

والأصل أن الأجل فى الوديعة معين لمصلحة المودع، فيجوز له إذن أن يطالب بردها ولو قبل حلول الأجل المنفق عليه صراحة أو ضمناً، وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني أنه:

"والأصل أن الأجل فى الوديعة معين لمصلحة المودع، فيجوز له أن ينزل عن حقه، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل"⁽¹⁾.

أما إذا كان قد روعى فى تحديد الأجل مصلحة الوديعة، فإن فى مفاجأته بطلب الرد مضايقة له كما قد يتضمن إضراراً به ومن ثم يحق له رفض تلبية طلب الرد قبل حلول الأجل المحدد. والقول بغير ذلك يحمل الوديعة أعباء لم يكن فى نيته أن يتحمل بها عند قبول الوديعة، ويخالف بذلك ما قصد إليه العاقدان⁽²⁾. ومثل الأجل الذى روعى فيه مصلحة الوديعة أن يكون مصرحاً للوديعة باستعمال الوديعة⁽³⁾.

وأجازت الفقرة الثانية للوديعة أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 263 الهامش.

(1) محمد على عرفه ص 488.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 263.

وتطبيقا لهذا النص يجوز للوديع الرجوع فى الوديعة بإرادته المنفردة فى حالتين هما.

1- إذا كان مأذونا فى استعمال الوديعة، أو كان الأجل بوجه عام معينا فى مصلحة الوديع.

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن مادة برقم (100) تنص فى فقرتها الثانية على أن: "ويجوز له ذلك "رد الوديعة" أيضا إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو" وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ويكون إلغاء الوديعة إما من جانب المودع، وإما من جانب الوديع (المادتان 1009/1008) والأصل أن الأجل فى الوديعة معين لمصلحة المودع، فيجوز له أن ينزل عنه، وأن يطلب رد الوديعة قبل طول الأجل، إلا إذا كان الوديع مأذونا فى استعمال الوديعة، أو كان الأجل بوجه عام معينا فى مصلحة الوديع، فيمتنع إلغاء الوديعة بإرادة المودع. ويتوقف على إرادة الوديع" - إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة⁽¹⁾.

2- إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودع، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظا للوديعة لأسباب مشروعة. بشرط أن تكون الوديعة بغير أجر. إذ يكون الوديع فى هذه الحالة متبرعا، ولا يصح أن يضار بتبرعه⁽²⁾.

وكانت المادة 1009 من المشروع التمهيدي سالف الذكر تنص فى فقرتها الأولى على أنه: "إذا كانت الوديعة دون أجر، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظا للوديعة لأسباب طارئة مشروعة، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه".

ويشترط لإلغاء الوديعة من جانب الوديع فى الحالتين السابقتين، ألا يستعمل

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 261 الهامش وما بعدها.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 263 الهامش.

الوديع هذا الحق في وقت غير ملائم للمودع⁽¹⁾.

220- مكان الرد:

كانت الفقرة الثانية من المادة 1003 من المشروع التمهيدي للتعنين المدني (المقابلة للمادة 722 من القانون) تنص على أن: "ويرد الشيء في المكان الذي يجب فيه حفظه. ... إلخ - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ويكون الرد في المكان الذي كان يجب فيه حفظ الشيء" إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة "اكتفاء بالقواعد العامة"⁽²⁾.

والقواعد العامة تقضى بحكم النص المحذوف إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 347 مدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك". فالأصل أن الدائن يسعى إلى المدين لاستيفاء الدين إلا إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على خلاف ذلك. فإذا اتفق المتعاقدان على تحديد مكان معين لرد الوديعة فيه، كان هذا المكان هو مكان رد الوديعة، وإذا اتفق على أن يكون محل رد الوديعة في محل المودع، تحمل المودع بسائر المصاريف التي ينفقها الوديع في هذا السبيل إذ يفترض في الطرفين أنهما قصداً ذلك.

ويجوز للمودع في هذه الحالة التنازل عن هذا الشرط والذهاب لاستلام الوديعة في محل الوديع نقادياً للمصاريف، ولا يكون للوديع الممانعة في ذلك لأن هذا الشرط لم يوضع لمصلحته.

أما إذا لم يتفق الطرفان على تحديد مكان لرد الوديعة، تحدد هذا المكان بالجهة التي يكون فيها الشيء وقت المطالبة⁽³⁾.

غير أنه إذا تعمد الوديع وضع الشيء في مكان قصي نكاية بالمودع، كان

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 263.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 252 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 489 - محمد كامل مرسى ص 411.

لهذا الأخير أن يطالبه برد الشيء في نفس المكان الذي حصل فيه الإيداع ابتداء حتى يرد إليه قصده.

أما إذا كانت الوديعة ناقصة، فإنها تكون دينا في الذمة إذ يجب رد مثلها لا عينها، ومن ثم يكون الرد في المكان الذي يوجد فيه موطن المودع عنده وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م 2/347 مدنى)⁽¹⁾.

221- مصاريف الرد:

كانت المادة 1003 من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص فى فقرتها الثانية على أن: "ويرد الشيء... وتكون مصروفات الرد على المودع. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك"، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ويكون الرد.... وتكون مصروفاته على المودع"، إذ يفرض فى الطرفين أنهما قصدا ذلك. أما إن اتفقا على غيره فيتبع"، إلا أن هذا النص حذف بلجنة المراجعة "اكتفاء بالقواعد العامة"⁽²⁾.

والقواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين إذ تنص المادة 348 مدنى على أن: "تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك"، ومن ثم كان مقتضى هذه القواعد أن تكون مصاريف الرد على الوديع ما لم يتفق على غير ذلك. ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر أو بأجر زهيد، وعلى كل فهى ليست من عقود المضاربة، لذلك يمكن أن يستخلص فى يسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع، وهو ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدي، وذلك حتى لا يجتمع على الوديع عبء حفظ الوديعة، وعبء تحمل مصروفات ردها. غير أن هذا لا يمنع الطرفين

(2) السنهورى ص 950.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 252 وما بعدها.

من الاتفاق على تحمل الوديع مصاريف الرد⁽¹⁾.

222- موانع الرد المشروعة :

الأصل أن امتناع الوديع عن رد الوديعة يعتبر خطأ موجبا للتعويض، ما لم يعم الدليل على هلاك الوديعة دون تقصير منه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا. ومع ذلك فهناك حالات يتعين فيها عليه أن يمتنع عن رد الوديعة رغم توجيه طلب الرد إليه حتى لا تتعقد مسؤوليته قبل الغير. وفى مثل هذه الحالات يكون امتناعه عن الرد مشروعاً ولا يكون للمودع سبيل إلى مؤاخذته.

وهذه الحالات هى :

(1) حجز ما للمدين لدى الغير :

يجوز لدائى المودع أن يحجزوا على الوديعة تحت يد الوديع توطئة لثبوت الحجز واستيفاء ديونهم من ثمنها عملاً بالمواد 325 مرافعات وما بعدها. وبالتالى يترتب على إعلان الوديع بالحجز الامتناع فى الحال عن رد الوديعة إلى المودع وإلا كان وفاؤه خطأً ولزمه الوفاء مرة ثانية للدائنين بعد الحكم بصحة الحجز لمصلحتهم.

(1) السنهورى ص 950 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 411.

(2) اعتراض الغير على الرد:

يذهب رأى إلى أنه إذا اعترض الغير على رد الوديعة إلى المودع، بأن ادعى ملكية الوديعة، وأخطر الوديع بعدم رد الوديعة إلى المودع حتى تثبت ملكيتها له.

أو إذا حصل هذا الاعتراض برفع دعوى الاستحقاق على الوديع. أو إذا حصل هذا الاعتراض من أقارب المودع الذين تقدموا بطلب الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية.

فإنه فى مثل هذه الحالات يجب على الوديع الامتناع عن رد الوديعة إلى المودع حتى يزول الاعتراض على حقه فى استلام الوديعة. غير أنه إذا ثبت تواطؤ الوديع مع الغير على الممانعة فى الرد جاز للمودع مطالبة الوديع بتعويض عن التأخير فى الرد.

ولا يلزم لعدم الرد رفع دعوى أو توقيع الحجز على الوديعة بل يكفى مجرد إنذار الوديع بعدم الرد⁽¹⁾. فإذا لم يمتثل حق للمعترض مطالبته بالتعويض فى حالة ثبوت حقه.

ويجوز للوديع فى هذه الحالة إيداع الشئ المودع بمحل للأمانات لحساب من يثبت له الحق فيه من الأطراف المتنازعين.

وإذا رفعت دعوى الاستحقاق أو الاسترداد على الوديع كان له أن يطلب إخراجه من الدعوى بمجرد أن يثبت كونه وديعا فقط، ولا يتحمل عندئذ شيئا من مصاريف الدعوى.

وقد كانت المادة 1001 من المشروع التمهيدي تنص على أنه: "إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع أو رفعت عليه دعوى استحقاقها، وجب عليه أن يخطر

(1) السنهورى ص 948 - محمد على عرفه ص 490.

المودع بذلك فوراً، وجاز له أن يحصل على ترخيص في إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها" إلا أنها حذفت في لجنة المراجعة "لعدم ضرورتها"⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده- إلى أنه لا يكفي للامتناع عن رد الوديعة مجرد أن يدعى شخص من الغير حقا عليها، بل لا بد أن يصل هذا الادعاء إلى حد الحجز على الشيء المودع تحت يد الوديع، أو إقامة دعوى الاستحقاق ضده⁽²⁾.

(3) حق الحبس :

تقضى المادة 246 مدنى بأن: "1- لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبب به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

2- 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 ناشئاً عن عمل غير مشروع"، وعلى ذلك يكون للوديع أن يحبس الشىء المودع حتى يستوفى ما أنفقه من المصروفات الضرورية أو النافعة على الشىء المودع، أما المصروفات التى لا تتفق على ذات الشىء المودع، وكذا ما يستحق للوديع من أجر - إذا كانت الوديعة مأجورة - أو ما يستحق له من تعويض عن ضرر لحق به بسبب الوديعة، فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبباً بالتزام المودع لديه برد الوديعة، وبالتالي لا يجوز للوديع حبس الشىء المودع لحين استيفائه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد نص المادة 246 من القانون المدنى أن المشرع لا يكتفى فى تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين، وإنما يشترط أيضاً قيام ارتباط بينهما. وفى الوديعة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 247.

(2) محيى الدين علم الدين ص 169.

لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات هذا الشيء. أما المصروفات التي لا تتفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطاً بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات. فإذا كان الدين الذي اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق في حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل في قيمة أجرة السائق التي قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل في نطاق المصروفات التي تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها".

(طعن رقم 286 لسنة 28 ق جلسة 1963/6/27)

وإذا لم يتم الوفاء للوديع بما يستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة كان له أن يوجه إنذاراً إلى المودع ببيع الشيء المودع وفي أن يستعمل المبلغ الناتج من البيع في استعمال حقه بالامتياز على الدائنين الآخرين للمودع طبقاً للمادة 1140 مدنى التي تجرى على أن:

"1- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها"⁽¹⁾.

223- موانع غير مشروعة للرد:

لا يجوز للوديع الامتناع عن الرد في الحالتين التاليتين، وإلا كان امتناعه غير مشروع، وكان متخلفاً عن الوفاء بالتزامه بالرد، وجاز للمودع مطالبته بالتعويض.

(1) محيى الدين علم الدين ص 168 وما بعدها.

(1) الاحتجاج بالمقاصة :

لا يجوز للوديع الاحتجاج بالمقاصة بين دين الوديعة ودين له فى ذمة المودع، لأن المقاصة لا تجوز فى هذه الحالة، فالمقاصة لا تكون إلا بين المثليات، والشئ المودع يعتبر شيئاً معيناً بالذات أئتمن عليه الوديع عنده، حتى لو كان من المثليات.

وقد حظرت صراحة الفقرة (ب) من المادة 364 مدنى المقاصة فى هذه الحالة إذ نصت على أن: "تقع المقاصة فى الديون أياً كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية:

(ب) - إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعاً أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده".

أما الوديعة الناقصة فتجوز فيها المقاصة لأنها تعتبر قرصاً.

(2) عدم رد إيصال الأمانة :

لا يجوز التعلل فى عدم رد الوديعة بعدم رد المودع إيصال الأمانة، إذا أبدى المودع استعداداً لتحرير إيصال باستلام الأمانة. وتطبيقاً لذلك لا يجوز للبنك أن يمتنع عن رد الأوراق المالية التى أودعها أحد عملائه بحجة عدم رد الإيصال المثبت للإيداع، مادامت شخصية العميل معروفة لديه، وأنه أبدى استعداداً لتحرير مخالصة للبنك. وذلك لأن هذه المخالصة تكفى، فى حالة التثبت من شخصية العميل، لإثبات براءة ذمة البنك. فىكون التعلل بعدم رد الإيصال مماثلة وتسويفاً دون مسوغ مشروع⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 492.

جزاء الإخلال بالتزام الرد:

224- (أ) - جزء مدنى:

(1) دعوى الاسترداد:

إذا لم يرد الوديعة الشيء المودع إلى المودع، دون أن يستند في ذلك إلى سبب مشروع من الأسباب التي تناولناها فيما تقدم، كان للمودع الحق في مطالبته برد الوديعة، بدعوى يطلق عليها دعوى الاسترداد، وهي دعوى شخصية تنشأ من عقد الوديعة ذاته.

وللمودع المطالبة في هذه الدعوى برد الوديعة وملحقاتها وثمارها.

وإذا توفى الوديعة رفعت الدعوى على ورثته.

وإذا كان الشيء المودع في حيازة أحدهم فقط رفعت عليه الدعوى وحده.

أما من لم يكن الشيء المودع في يده، فيجوز رفع دعوى الاسترداد عليه

ولكن بمقدار نصيبه.

ولا يكون الورثة أو الوديعة متضامنين في الالتزام بالرد، إلا إذا كانت الودائع

حرفة تجارية لهم.

وإذا كان الشيء مودعا في مكان معلوم فإن المودع يستطيع الالتجاء إلى

القاضي ليحصل منه على أمر بفتح المكان واستلام الشيء خاصة إذا كان المودع

عنده غائبا في مكان غير معروف⁽¹⁾.

(2) دعوى الاسترداد العينية (دعوى الملكية):

إذا كان المودع مالكا للشيء المودع جاز له أن يرفع دعوى الاسترداد العينية

وهي دعوى الملكية. وله في سبيل ذلك أن يوقع على الشيء المودع إذا كان منقولاً

حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة 318 مرافعات التي تقضى بأن "المالك المنقول

أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند حائزته".

(1) السنهوري ص 953 - محيي الدين علم الدين ص 170.

وتتميز دعوى الاسترداد العينية بأنها لا تسقط بالتقادم، وبالتالي يستطيع المودع رفعها بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة على إهماله المطالبة برد الوديعة تنفيذًا للعقد. ولا يجوز للورثة أن يتمسكوا باكتساب ملكية الوديعة بالتقادم لكون يدهم على الشيء يد عارضة، والحائز العرضي لا يكتسب الملكية بالتقادم أبداً (م 973 مدني)، إلا إذا غير الحائز نيته وبين بوضوح أنه يحوز الشيء كمالك.

(3) دعوى التعويض:

ذكرنا سلفاً أنه إذا تعذر على الوديع رد الوديعة عينا لسبب يرجع إليه، كان للمودع مطالبته بالتعويض، وأنه يقضى له بقيمة الشيء المودع وقت الرد، فإذا زادت القيمة أثناء نظر الدعوى، وجب رد القيمة وقت الحكم.

وأه إذا كانت الوديعة من المثليات، جاز للمودع بدلا من المطالبة بالتعويض النقدي المطالبة برد مثل الشيء المودع.

ونضيف هنا إلى أنه يجوز للمودع المطالبة بتعويض الأضرار التي لحقت به نتيجة تأخير رد الوديعة أو تعييبها.

كما يجوز في حالتى الغش والخطأ الجسيم أن تزداد قيمة التعويض عن هلاك الوديعة، إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين على تقويم الوديعة.

كما أشرنا من قبل إلى أنه إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود فإن المودع يسترد مثل قيمة هذه النقود مع الفوائد القانونية من وقت الإعدار لا المطالبة القضائية.

225- (ب) - جزاء جنائي:

يعاقب الوديع إذا تصرف في الوديعة ولم يردها إلى صاحبها بعقوبة جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 341 عقوبات، لأنه أضر بصاحب الوديعة، وهذه العقوبة هي الحبس الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات. ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه.

وذهبت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - إلى أن هذه العقوبة توقع على الجانى ولو كانت الوديعة بمقتضى نص فى القانون.

إذ ذهب إلى أن:

"الوارث الذى يتسلم العقود التى كانت مسلمة على سبيل الوديعة لأبيه قبل وفاته، وهو عالم بذلك، يعتبر وجود هذه العقود لديه على سبيل الوديعة كذلك، مادامت يده عليها، بمقتضى حكم القانون، يد أمانة تتطلب منه أن يتعهدا بالحفظ كما يحفظ مال نفسه ويردها بعينها عند أول طلب من صاحبها. أو بعبارة أخرى تتطلب منه القيام بجميع الواجبات التى فرضها القانون فى باب الوديعة على المودع لديه. ولا يقلل من صدق هذا النظر أنه لم يباشر مع المجنى عليه عقد وديعة، وأن العقد الذى أنشأها إنما كان مع أبيه فينتهى بموته. وذلك لأن القانون حين عرف جريمة خيانة الأمانة فى المادة 341 ع لم ينص على أن تكون الوديعة، باعتبارها سببا من الأسباب التى أوردتها على سبيل الحصر لوجود المال المختلس لدى المتهم، وليدة عقد، بل اكتفى فى ذلك بعبارة عامة، وهى أن يكون تسلّم المال قد حصل على "وجه الوديعة" مما يستوى فيه بالبداهة ما يكون منشؤه التعاقد وما يكون مصدره القانون".

(طعن رقم 519 لسنة 13 ق جلسة 1943/2/8)

كما ذهب إلى أن:

"من المقرر أن مجرد إخلال الطاعن بما فرضه عليه عقد الوديعة من التزامه بالمحافظة على المنقولات لحين ردها لا يفيد بذاته ارتكابه جريمة التبديد، بل لابد أن يثبت أن مخالفته لهذا الأمر قد أملاه عليه سوء القصد ونجم عنه ضرر بالمجنى عليها".

(طعن رقم 22411 لسنة 59 ق جلسة 1993/5/6)

كما يعاقب المودع بالعقوبة المقررة لجريمة النصب، لأنه قد أضر بالشخص الذى تصرف إليه، بالتصرف فيما لا يملكه.
وعقوبة هذه الجريمة الحبس (الذى لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات) ويجوز جعل الجانى فى حالة العود تحت ملاحظة الشرطة مدة سنة على الأقل وستين على الأكثر (مادة 336 عقوبات).
والعقوبة المقررة لجريمة التبيد هى الأشد.



مادة (723)

إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية، فليس عليه لمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن، أو التنازل له عن حقوقه على المشتري وأما إذا تصرف فيه تبرعا فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع.

الشرح

226- تصرف وارث الوديع بحسن نية في الوديعة :

يفترض النص أن وارث المودع عنده لا يعلم أن الشيء المودع مملوك للغير ويعتقد أنه مملوك لمورثه فتصرف فيه بحسن نية باعتباره تركة مخلفة عن مورثه، وقد فرق النص بين فرضين:

الفرض الأول:

إذا كان تصرف الوارث في الوديعة معاوضة كالبيع فإنه يلزم بأن يؤدي إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمنا للشيء المودع، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشيء قبل المتصرف إليه. فهو لا يرد إلا الثمن بصرف النظر عن قيمة الوديعة رعاية لحسن نيته، فإن كان لم يقبض الثمن بعد، فحسبه أن يتنازل للمودع عن دعواه قبل المشتري. وهذا التنازل ضروري لتمكين المودع من الرجوع على المشتري إذ بدونه لا يمكن الرجوع عليه نظرا لعدم وجود رابطة بينهما. كما أنه لا يستطيع أن يطالب المشتري بحسن النية برد الشيء، إذ يكون في وسعه أن يتحصن وراء قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز.

الفرض الثاني:

وهو الذى يتبرع فيه الوارث بالوديعة، فلا يكون ثمة مجال للرجوع على الموهوب له إن كان حسن النية. وفي هذه الحالة رأى المشرع ألا يضحى بالمودع فى سبيل الوارث الذى يعتبر على أى حال مهملا فى عدم تحرى حقيقة الشيء

قبل أن يقدم على التبرع. ولذا ألزم الوارث بأن يدفع للمودع قيمة الوديعة وقت التبرع. فإن زادت قيمة الوديعة عند طلب الرد، فلا يلزم الوارث إلا قيمتها وقت التبرع لأن نيته انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة فقط فلا يتحمل بأكثر منها. ويسرى هذا الحكم أيضا إذا استهلك الوارث الوديعة على جهل منه بحقيقتها⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وهناك حالة نص عليها التقنين الحالى فى المادة 603/494 تشبه فى حكمها ما يترتب على هلاك الشئ تحت يد الوديق بدون تقصير منه. وهى حالة وارث الوديق الذى لا يعلم أن الشئ وديعة، فيعتقد أنه مملوك لمورثه، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر، فنص عليها المشروع فى المادة 1004 فقرة ثانية. وفرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة أو تبرعا ففى الحالة الأولى أجرى عليه حكم الفقرة الأولى من المادة 1004 أى أنه ألزمه بأن يودى إلى المودع ما يكون قبضه ثنا للشئ المودع، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشئ قبل المتصرف إليه. أما فى الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل، فلم يقبض شيئا حتى يؤديه إلى المودع. ولم يثبت له حق قبل الغير حتى يحوله إلى المودع، ولذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمتبرع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتمسك بكسب الملكية)، فوجد أن أولاهم بالرعاية المتبرع إليه، ثم المودع وأقلهم استحقاقا للرعاية الوارث، فألزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشئ. غير أنه فى كل ذلك لم يغيب عنه احتمال أن يكون المودع أولى بالرعاية من المتصرف إليه، فنص على أنه إذا كان للمودع فى استرداد الشئ ذاته مصلحة تفوق كثيرا مصلحة من آل إليه هذا الشئ، جاز له أن يطالب برد الشئ، على أن يرد الثمن والمصروفات"⁽²⁾.

(1) محمد على عرفه ص 477.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 256.

مادة (724)

الأصل فى الودیعة أن تكون بغير أجر، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الودیعة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

الشرح

227 - حالة عدم الاتفاق على أجر:

أوضحت المادة أن الأصل فى الودیعة أن تكون بغير أجر. وعلى ذلك إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمنى بين المودع والوديع على تقاضى الأخير أجرا عن الودیعة، كانت الودیعة غير مأجورة، والوديع متبرعا. وتكون الودیعة من عقود التبرع. هذا فضلا عن أن الودیعة لو كانت مأجورة أيضا فإنها لا تدخل فى عقود المضاربة.

228 - حالة الاتفاق على أجر:

ظاهر من نص المادة 724 أن المشرع لم يعتبر المجانية من مستلزمات الودیعة، وإن جعلها هى الأصل، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق بين المودع والوديع على أجر يتقاضاه الأخير.

وهذا الاتفاق كما يكون صريحا، يكون ضمنيا ويستنتج ضمنا من ظروف الوديع وحرفته. ويفترض فى الأشخاص الذين يتخذون من قبول الودائع حرفة لهم، كمخازن المفروشات والمحصولات والجراجات العامة أنهم مأجورون على عملهم لأن ذلك من مستلزمات مهنتهم⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 497 - السنهورى ص 959.

229- هل يلزم المالك الحقيقى بدفع الأجر؟

الأجر المتفق عليه صراحة أو ضمنا للوديع يلزم به المودع ولو لم يكن مالكا. ولا يجوز للوديع مطالبة المالك بهذا الأجر، لأنه لم يكن طرفا فى الاتفاق فلا يحتج به عليه من جهة، ولأن من جهة أخرى لم يفد من هذا الإيداع شيئا، فلا يكون من العدالة أن يطالب بأجر عنه⁽¹⁾.

230- وقت الوفاء بالأجر:

تنص المادة 724 مدنى على أنه إذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة. غير أن هذا الحكم مما لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على ميعاد آخر للوفاء بالأجر.

فقد يتفق على الوفاء به جملة واحدة وقت العقد أو بعد مدة معينة قبل رد الوديعة أو دفعه على أقساط فى مواعيد محددة. أما إذا انتفى هذا الاتفاق فإن المودع يلتزم بأداء الأجر وقت انتهاء الوديعة.

وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له، فإن تطبيق القواعد العامة يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من التزامه بحفظ الشئ، غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدما أولى بالاتباع.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" الأصل فى الوديعة أن تكون دون أجر، إلا إذا نص فى العقد على أجر فيكون واجبا. وفى هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة، فيصير مستحقا فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك. وإما أن يكون مقسما على فترات من الزمن، فيستحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها. وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه، فإن تطبيق القواعد العامة. يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق

(1) محمد على عرفه ص 496.

عليه بنسبة ما وفاه من التزامه بحفظ الشيء. غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدتهما أولى بالاتباع: أنظر في هذا المعنى المادة 2/699 من التقنين الألماني⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 260 وما بعدها.

مادة (725)

على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه في حفظ الشيء، وعليه أن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة.

الشرح

231- المصروفات التي ترد إلى الوديع:

أوضحنا سلفاً أن الوديع ملزم بإنفاق المصاريف اللازمة للمحافظة على الشيء. ومن ثم كان طبيعياً أن يحاسب المودع على هذه المصاريف لأنه وحده الذي يفيد من حفظ الوديعة. وليس من العدالة في شيء أن يتحمل الوديع عبء النفقات التي اضطر إلى إنفاقها رعاية لمصالح المودع. ولهذه الاعتبارات نص المشرع صراحة على إلزام المودع بأن يرد إلى الوديع "ما أنفقه في حفظ الشيء".

والمصروفات التي يلتزم المودع بدفعها إلى الوديع هي المصاريف الضرورية لحفظ الشيء الحفظ العادي أو حفظه من التلف والهلاك كرش المنقولات بمبيد حشري إذا كان يستلزم ذلك للمحافظة عليه وأجرة المكان وأجر الحارس، وعلف الحيوان وتزييت السيارة.

ويذهب الرأي الراجح إلى التزام المودع بالمصاريف النافعة، إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد أثبت الحق للحائز سبب النية في الحصول على هذه المصاريف من المالك (م 925 مدني)، وينكر على الوديع هذا الحق، مع كونه لا يمكن أن يكون في مركز أسوأ من مركز الغاصب، كما أن حق استرداد المصاريف النافعة ثابت للفضولي أيضاً (م 195 مدني). كما أن العدالة تقف إلى جانب هذا الرأي، إذ ليس من العدل أن يثري المودع على حساب الوديع الذي يجب عدلاً ألا يضار من تطوعه لخدمة المودع⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 493 - السنهوري ص 963.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسته 1963/6/27 فى الطعن رقم 286 لسنة 28 ق (منشور سلفا). ويلتزم المودع بالمصاريف النافعة طبقا للقواعد العامة، بمعنى أن المودع يكون بالخيار بين دفع أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه الوديع فعلا، أو ما زاد فى قيمة الشئ بسبب هذه النفقات.

أما المصاريف الكمالية، كمصاريف الزخرفة، فلا يكون للوديع سبيل إلى المطالبة بها إذ لا ميرر لإنفاقها ومن العنت أن يطالب المودع بها⁽¹⁾. ولما كان هذا الالتزام ليس فى الواقع سوى تطبيقا للقواعد العامة فى الإثراء على حساب الغير، فإن من حق الوديع أن يطالب المالك، الذى ثبت حقه فى استرداد الوديعة، بأن يوفى إليه سائر المصاريف الضرورية التى كان يضطر المالك نفسه إلى إنفاقها للمحافظة على الشئ لو بقى فى حيازته. كما أن له أن يستوفى المصاريف النافعة بشرط ألا تتجاوز ما زاد فى قيمة الشئ بسببها حتى لا يثرى المالك على حسابه دون سبب مشروع⁽²⁾.

232- سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية :

لم يحدد المشرع موعدا معيناً لسريان الفوائد عن المصاريف المستحقة للوديع. ولا يمكن قياس هذه الحالة على الفوائد المستحقة عن المصروفات التى يدفعها الوكيل والتى تستحق من وقت الإنفاق، لأن حالة الوكيل ورد بها نص خاص (م 710 مدنى) وهو نص استثنائى لا يجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه، ولو كان المشرع يريد أن يسوى فى المعاملة بين الوكيل والوديع فى هذا الصدد لما أعياه النص على ذلك صراحة فى المادة 725. ومن ثم فإنه تطبق القواعد العامة فى هذا الشأن، فتسرى الفوائد المستحقة عن المصاريف التى يستحقها الوديع من

(1) محمد على عرفه ص 494- محمد كامل مرسى ص 413 - وعكس ذلك السنهورى ص 963، فىرى أنه يجوز للوديع الرجوع بها طبقا للقواعد العامة.

(2) محمد على عرفه ص 496.

تاريخ المطالبة القضائية، سواء ما كان منها ضروريا للمحافظة على الشىء أو نافعا.

233- حالة تعدد المودعين:

إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين أمام المودع عنده فى المسئولية عن رد هذه المبالغ إليه لعدم وجود نص خاص على التضامن كالأشأن فى الوكالة. غير أنه يجوز أن ينص فى العقد على ما يخالف هذه القاعدة أى على أن يكون المودعون متضامنين⁽¹⁾.

234- حق الوديع فى التعويض عما يصيبه من ضرر:

لما كان الوديع متبرعا أو متطوعا وجب ألا يضار من الوديعة. ولذلك نصت المادة على التزام المودع بتعويضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة. والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة. فإذا كان فى الشىء المودع عيب خفى كمرض معد فى الحيوان أو حشرة بالغلل انتقل بالعدوى إلى حيوانات الوديع فتسبب عن ذلك هلاكها، فالأصل أنه كان يجب على المودع أن يخطر الوديع بذلك ليتخذ الاحتياطات اللازمة، فإذا لم يفعل كان مخطئا، ومسئولا بالتالى عما يصب الوديع من ضرر. أما إذا كان الوديع عالما بهذا المرض، فإنه لا مبرر للإخطار ولا مسئولية على المودع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"... وكذلك قد يحدث أن الشىء المودع قد يتسبب فى إلحاق خسارة بالوديع كما إذا كان به عيب مما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع. ففى هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك مادام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب... إلخ"⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 965 - محيى الدين علم الدين ص 175.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 261.

وحتى إذا كان المودع لا يعلم بالمخاطر التي يتضمنها الشيء المودع فإنه يسأل أيضا عن الأضرار التي تصيب الوديع، إذ أن جهله بوجودها لا ينفى وجودها، وتحمله لسائر الأضرار التي تلحق بالوديع طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾.

وإنفاذ الوديع الوديعة من الهلاك وإيثارها على متاعه الخاص، يرتب مسؤولية المودع عن تعويضه عن الخسارة المباشرة التي لحقت به من جراء ذلك ولا تستحق الفوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية به.

235- حالة تعدد المودع لديهم:

إذا تعدد المودع لديهم لم يكونوا متضامنين في التزامهم بالتعويض، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

(1) محمد على عرفه ص 494 وما بعدها - السهورى ص 967 هامش (1) - محيى الدين علم الدين ص 176 - وكانت المادة 1006 من المشروع التمهيدي (التي أصبحت برقم 725) تنص على أنه: "على المودع. ...، وعليه أن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة، إلا إذا لم يعلم السبب الذى كان من شأنه أن ينتج عنه هذه الخسارة، أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك، أو علمه وأخطر به الوديع، أو علمه دون إخطار".
وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي:

"... فى هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك مادام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك، إذ لا يكون حينذاك مقصرا فى عدم تنبيه الوديع، أو كان الوديع قد علم بوجود العيب دون أن يخطره المودع به، إذ لا يكون تقصير المودع فى التنبيه هو السبب المباشر فى وقوع الضرر، وإنما سببه المباشر هو عدم احتياط الوديع لتفادى حدوث الضرر" - إلا أنه فى لجنة المراجعة حذف الجزء الأخير من المادة ابتداء من "إلا إذا لم يعلم السبب" حتى نهاية المادة وذلك اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 259 وما بعدها) - أى أن العبارة التى كان تنفى مسؤولية المودع عن التلف والهلاك إذا كان غير عالم بالعيب قد حذفت من النص الحالى، وذلك اكتفاء بالقواعد العامة. والقواعد العامة تؤدى إلى مسؤولية المودع فى هذه الحالة على النحو الذى أوردناه بالمتن.

236- ضمانات الوديع:

(1) حق الحبس:

للوديع حق حبس الشيء المودع، مقابل ما يستحقه من مصاريف ضرورية ونافعة، ولكن حق الحبس لا يضمن أجر الوديع وما قد يستحقه من تعويض. وللوديع الاحتجاج بحق الحبس على مشتري الوديعة فلا يكون له أن يطلب تسلمه إياها قبل أن يسدد دين الوديع، إذ تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري مقيدة بحق الحبس المقرر للوديع.

كما يحتج بالحبس على سائر الدائنين العاديين والممتازين، ومقتضى ذلك أنه وإن كان يجوز لهم أن يستعملوا حقهم في الحجز على الوديعة وبيعها، فإن الراسي عليه مزادها لا يستطيع تسلمها إلا إذا وفى حقوق الوديع الحابس، أو قدم تأميناً كافياً للوفاء بهذه الحقوق (مادة 246 مدنى)، ولا فرق بين ما إذا كان سند هؤلاء الدائنين سابقاً على الوديعة أو لاحقاً لها⁽¹⁾.

ويجوز حبس الوديعة عن المالك الحقيقى الذى ثبت استحقاقه للوديعة، حتى يرد هذه المصاريف.

وإذا كانت الوديعة المحبوسة يخشى عليها الهلاك أو التلف، فللوديع أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعها وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة 1119⁽²⁾ وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه (مادة 3/247 مدنى).

(1) محمد على عرفه ص 498.

(2) تنص هذه المادة على أن: "1- إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شئ آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له ببيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق.

2- ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه".

(2) حق الامتياز:

تنص المادة 1140 مدنى على أن:

"1- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانه العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها"، ومن ثم فإن للوديع امتياز على الوديعة فى استيفاء المصاريف الضرورية فقط التى أنفقها على حفظ الوديعة. فلا يمتد الامتياز إلى المصاريف النافعة أو أجر الوديع أو التعويض المستحق له".

(انتهاء الوديعة)

237- تعداد :

تنتهى الوديعة بأحد الأسباب الآتية:

- 1- انقضاء الأجل.
 - 2- رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل.
 - 3- موت الوديع.
- ونعرض لهذه الأسباب بالتفصيل فيما يلى.

238- أسباب انتهاء الوديعة :

(1) انقضاء الأجل :

قد يتفق المتعاقدان على أجل معين للوديعة، وقد يكون هذا الاتفاق صراحة، أو ضمناً ومن ثم فإنه بانتهاء هذا الأجل تنتهى الوديعة. أما إذا لم يتفق على أجل للوديعة. كان لأى من المتعاقدين اللجوء إلى القاضى لتحديد أجلا تنتهى فيه الوديعة.

وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني يتضمن مادة برقم (1007)

تتضمن هذا الحكم تنص على أن:

"1- تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه.

2- فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً، حدد القاضى أجلا تنتهى فيه

الوديعة. ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقادم بها الالتزام برد الوديعة"- وقد

جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "1- تنتهى الوديعة إما بانقضاء الأجل

المعين لذلك، أو بإلغاء الوديعة، أو بموت الوديع قبل الأجل فإذا كان الأجل

معينا انتهت الوديعة بحلوله. وإن لم يكن معينا فى العقد لا صراحة ولا ضمناً،

وجب وضع حد لها بالالتجاء إلى القاضى لتعيين أجل تنتهى فيه الوديعة" إلا أن المادة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة 722(1).

(2) رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل:

راجع فى التفصيل شرح المادة 722.

(3) موت الوديع:

ذهب رأى إلى أنه لما كانت القاعدة أن العقود لا تنتهى بوفاة أحد المتعاقدين ما لم ينص على ذلك صراحة فى القانون، أوفى العقد، وإذ لم يرد نص فى القانون يقرر انتهاء الوديعة بوفاة المودع أو الوديع، فإن الوديعة لا تنتهى بوفاة أحدهما إلا إذا صرح بذلك فى العقد. فإذا لم يصرح به فإنه لا يكون للوفاة من أثر سوى انتقال سائر التزامات المتوفى وحقوقه إلى ورثته فى حدود ما آل إليهم من تركته طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد(2).

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن الوديعة يلحظ فيها شخص الوديع، إذ يكون محل ثقة المودع، ومن ثم يجب أن يحل العقد بموت الوديع، إلا إذا اتفق على غير ذلك. ومتى انحل العقد، استقرت فى تركة الوديع الالتزامات التى ترتبت عليه إلى وقت انحلاله، فتبقى التركة مثقلة بها، بما فى ذلك الالتزام برد الوديعة. والمفروض هنا أن الوديعة فى مصلحة الوديع إذ لو كانت فى مصلحة المودع لجاز له الرجوع فيها فى أى وقت، قبل موت المودع عنده أو بعد موته. وإذا مات المودع وكانت الوديعة فى مصلحته جاز لورثته الرجوع فى الوديعة فى أى وقت، لا لموت المودع، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع فى الوديعة لو كان حياً إذ الوديعة فى مصلحته، فينتقل هذا الحق إلى ورثته. أما إذا كانت الوديعة فى مصلحة المودع عنده ومات المودع، فإن الوديعة لا تنتهى بموته، بل يبقى المودع

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 259 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 501.

عنده حافظا للوديعة إلى أن ينقضى أجلها إذ هى لمصلحته، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع فى الوديعة بإرادته المنفردة مادامت لمصلحته⁽¹⁾. وكان المشروع التمهيدي للقانون المدنى ينص فى المادة (1010) منه على أن: "تنتهى الوديعة بموت الوديع، ويبقى فى تركته ما نشأ عنها من التزامات ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك"، إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة 722⁽²⁾.

(4) هلاك الوديعة بقوة قاهرة أو حادث فجائى:

(راجع شرح المادة 719).

239- سقوط الحق فى الوديعة بالتقادم:

لم يرد فى التقنين المدنى نص خاص بسقوط حق المودع فى استرداد الوديعة. ومن ثم فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 374 مدنى التى تقضى بأن: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية"، ومن ثم تتقادم دعوى الاسترداد بمضى خمس عشرة سنة. وتبدأ هذه المدة عن الوقت الذى يستطيع فيه المودع المطالبة برد الوديعة، ومن ثم فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة⁽³⁾.

وكانت المادة (1007) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى تنص فى فقرتها الثانية على هذا الحكم إذ قضت بأن: "إذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً، حدد القاضى أجلاً تنتهى فيه الوديعة. ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقادم بها الالتزام برد الوديعة"، وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي: "ونظراً لكثرة ما قام من منازعات بشأن تقادم الوديعة، وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم، نص المشروع على أن

(1) السنهورى ص 973 وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص 177.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 262 وما بعدها.

(3) محمد على عرفه ص 500- السنهورى ص 972.

التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة" _ إلا أن هذه المادة حذفت بلجنة المراجعة اكتفاء بالمادة 722 مدنى⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كانت الدعوى الحالية قد رفعت فى 16/6/1966 لمطالبة الطاعن بالتعويض عن إلغاء ترخيص السيارة- المملوكة للمطعون عليه الأول- المودعة لديه إذ سلم لوحاتها المعدنية إلى المطعون عليه الثانى وتمكن بذلك من إلغاء الرخصة، كما أن امتناعه عن رد السيارة واستمراره فى حبسها أدى إلى الحيلولة دون التقدم بها إلى قلم المرور لإعادة الترخيص لتسييرها واستغلالها ومن ثم فإن الدعوى بهذه الصورة تكون ناشئة عن عقد الوديعة لأن مسئولية الوديع تنشأ عن التزامه قانونا برد الوديعة عينا للمودع متى طلب منه ذلك. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالتقادم بناء على ما انتهى إليه من أن التقادم قد وقف سريانه طيلة المدة التى استغرقها الفصل فى النزاع بين الطرفين فى الدعوى الأولى حول قيام عقد الوديعة وحق الطاعن فى حبس السيارة المودعة لديه والذي لم يحسم نهائيا إلا فى 26/2/1966 وكان ما استخلصه الحكم من قيام مانع لوقف التقادم فى الدعوى الحالية سائغا ويكفى لحمله، وإذ قدمت صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين فى 16/6/1966 أى قبل انقضاء مدة التقادم، فإن النعى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 350 لسنة 40 ق جلسة 1977/6/7)

غير أنه يلاحظ أن التقادم المسقط لا يؤثر إلا فى دعوى الاسترداد، فلا تتأثر به دعوى الاستحقاق التى لا تسقط بالتقادم مطلقا. ويترتب على ذلك أنه إذا كان المودع مالكا للوديعة، فإنه يستطيع أن يطالب باستحقاقها ولو بعد مضى خمس عشرة سنة على إهماله فى المطالبة بردها تنفيذًا للعقد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 259 الهامش وما بعدها.

3- بعض أنواع الوديعة :

مادة (726)

إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مآذونا له فى استعماله اعتبر العقد قرضا.

الشرح

240 - تمهيد :

قد يفتقر الإيداع بظروف خاصة تدفعه بطابع خاص، فلا نكون بصدد وديعة عادية بل وديعة شاذة (ناقصة) أو اضطرارية أو جارية. وسنعرض فيما يلى لتفصيل الأحكام الخاصة بهذه الوديعة، مع بيان ما تختلف فيه عن أحكام الوديعة العادية.

241- تعريف الوديعة الشاذة (الناقصة) :

تنص المادة 726 مدنى على أنه: "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أى شىء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مآذونا له فى استعماله، اعتبر العقد قرضا"- فهذا النص يتناول الوديعة الناقصة أو الوديعة الشاذة. وهى الاتفاق الذى يسلم شخص بموجبه إلى آخر مبلغا من النقود أو شيئا آخر يهلك بالاستعمال، ويصرح له باستهلاكه، على أن يرد له شيئا مماثلا له عند أول طلب منه. كما هو الأمر فى القرض، ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضا.

ويتحقق ذلك عملا بصدد إيداع النقود فى المصارف وصناديق التوفير وخزائن المحاكم⁽¹⁾، حيث تنتقل ملكية النقود إلى هذه الجهات وتلتزم برد مثلها، بل ويدفع

(1) محمد على عرفه ص 502- السنهورى ص 976- ويذهب الدكتور السنهورى إلى أن إيداع مبلغ من النقود خزانة المحكمة، تكون الخزانة وهى شخص معنوى مستقل عن قلم الكتاب هو المودع عنده وتخضع لأحكام الوديعة ص 978 هامش (2).

فى بعض الأحيان فائدة عنها. فىكون العقد فى هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً. أما إذا كان الشىء المودع مثلياً ولكن لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب، فإنه يجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض، ويكون العقد فى هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

1- "لما كان المفروض فى الوديعة أن يحفظها الوديع ويردها عينا، فإذا رخص له فى استعمالها، وجب أن تكون مما لا يهلك لأول استعمال، وإلا تعذر بهذا الاستعمال ردها بعينها، ولزم رد مثلها. وفى هذه الحالة يكون العقد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة. وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شىء آخر مما يهلك بالاستعمال، فقد نصت المادة 1011 على أن العقد يعتبر فى هذه الحالة قرضاً ما لم يقض العرف بغير ذلك. وهى منقولة عن المادة 649 من المشروع الفرنسى الإيطالى، مع تعديل بسيط ينحصر فى أن هذا المشروع يشترط لذلك، إلى جانب الإذن بالاستعمال، أن يكون الشىء مما يهلك لأول استعمال فى حين أن المشروع الفرنسى الإيطالى يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشىء من المثليات. وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب فى تغيير حكم العقد هو أن الإذن باستعمال الشىء الذى يهلك بالاستعمال كالنقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة 2223 من التقنين الأرجنتينى) أما المثلى الذى لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب، يجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض، ويكون العقد فى هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض (أنظر المادة 960 من التقنين النمساوى"⁽¹⁾).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 266 وما بعدها.

1- "التزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسى فى وجود عقد الودیعة طبقا لأحكام المادة 482 من القانون المدنى، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الودیعة. فإذا سلم قطن لمحلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المحلج فى القطن بدون إذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديدا معاقبا عليه بالمادة 296 عقوبات".

(نقض جنائى طعن رقم 1457 لسنة 2 ق جلسة 1932/3/21)

2- "إذا كانت صیغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال فإنه لا يكون عقد وديعة تامة بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية الاستهلاك منه إلى الودیعة. وكل ما يكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله. وهذا حق شخصى يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد".

(طعان رقما 38، 50 لسنة 9 ق جلسة 1940/1/11)

3- "علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هى علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة 726 من القانون المدنى قرضا ومن ثم فالإيصال الصادر من البنك بإيداع مبلغ لحساب شخص آخر - دون تحديد للمودع - لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة لأن الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته وأن يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو ما لا يتوافر فى الإيصال المذكور".

(طعن رقم 372 لسنة 30 ق جلسة 1965/44/4)

4- "الوديعة إذا كان موضوعها مبلغا من المال، فإنها لا تكون وديعة تامة بل تعتبر وديعة ناقصة، وأقرب إلى عارية الاستهلاك منها إلى الوديعة، ويكون كل ما للمودع هو المطالبة بقيمة ماله، وهذا حق شخص يسرى فى شأنه التقادم المسقط".

(طعن رقم 416 لسنة 45 ق جلسة 1978/4/17)

5- "المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك هى علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة 726 من القانون المدنى قرضاً، وإذ يلتزم المقرض وفقاً لحكم المادة 538 من القانون المدنى بأن يرد للمقرض مثل ما اقترض، فإن البنك يلتزم فى مواجهة عميله بأن يرد إليه مبلغاً نقدياً مساوياً لما قام بإيداعه فى حسابه لديه من مبالغ، وإذا قام البنك ببناء على أمر عميله بسحب شيك على بنك آخر وتسليمه مقابل كل أو بعض رصيده لديه كان ذلك بالنسبة للبنك وفاء بالتزامه فى هذا الصدد قبل العميل".

(طعن رقم 1894 لسنة 49 ق جلسة 1984/3/20)

242- جواز أن تكون وديعة النقود والأشياء الأخرى القابلة للاستهلاك وديعة عادية :

الأصل أن تكون وديعة النقود والأشياء الأخرى التى تهلك بالاستعمال وديعة ناقصة، وهذا واضح من نص المادة 726 مدنى، كما كانت تصرح به الفقرة الثانية من المادة (1011) من المشروع التمهيدي المقابل لهذه المادة - المحذوفة فى لجنة المراجعة - إذ كانت تنص على أنه: "يفترض حصول الإذن فى استعمال الشئ إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود" وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "وقد أنشأ المشروع فى الفقرة الثانية من المادة قرينة قانونية على حصول الإذن باستعمال الشئ إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود.. ولكن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس"⁽¹⁾.

إلا أنه لا يوجد ما يمنع - كما ذكرنا من قبل - أن تكون النقود والأشياء الأخرى القابلة للاستهلاك وديعة عادية، إذا اتفق الطرفان على ذلك، كما يحدث

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 265 وما بعدها.

فى وديعة القطع الذهبية أو الفضية أو كيس مغلق من النقود، فتحفظ بذاتها لدى الوديع ولا تنتقل ملكيتها له، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع، فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز⁽¹⁾. وبصفة عامة إذا وضعت النقود فى صندوق أو كيس مغلق بحيث تبقى لها ذاتيتها، فإنه يجب ردها عينا.

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن:

"إذا كانت المحكمة قد أدانت المتهم فى جريمة تبديد مبلغ سلم إليه على سبيل الوديعة معتمدة فى ذلك على ورقة وقعها المتهم جاء بها أنه تسلم هذا المبلغ من المجنى عليه بصفة أمانة يردّها له عند طلبه، وعلى ما قرره المجنى عليه فى هذا الصدد فإنها لا تكون قد أخطأت. ولا يؤثر فى ذلك مجرد ورود الوديعة على نقود تتعين بالقيمة دون العين مادام أنه لا يبين من الحكم أن المجنى عليه قد قصد بالعقد (الورقة) إعطاء المودع لديه حق التصرف فيها".

(طعن رقم 1155 لسنة 19 ق جلسة 1950/1/2)

243- آثار اعتبار الوديعة وديعة ناقصة:

يترتب على اعتبار الوديعة، وديعة ناقصة ما يأتى:

(1) جواز الاحتجاج بالمقاصة:

يحوز الاحتجاج بالمقاصة، لأن ملكية الشئ المودع فى الوديعة الناقصة تنتقل إلى الوديع، وأصبح الشئ ديناً فى ذمته ومن ثم فالمقاصة جائزة، وهى لم تحظر فى الوديعة العادية إلا لأن الشئ المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى الوديع ويجب على الأخير رده بعينه⁽²⁾.

(2) سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية:

(1) السنهورى ص 932 وهامش (2).

(2) السنهورى ص 980 وما بعدها.

تسرى الفوائد القانونية فى الوديعة الناقصة من تاريخ المطالبة القضائية برد مثلها عملا بالقواعد العامة، نظرا لانتقال ملكية الشئ المودع إلى الوديع، مما يصبح معه الوديع غير ملزم برد الوديعة بعينها، كالقرض تماما. كل هذا ما لم يتفق العاقدان على وجوب الرد عند أول طلب يحصل من الدائن. ولا يترتب على مثل هذا الاتفاق نفي صفة القرض عن العقد إذ ليس هناك ما يحول دون اشتراط رد المبلغ المقرض بمجرد طلبه.

(3) تحديد أجل للرد:

المقرر أنه يجب رد الوديعة العادية بمجرد طلب المودع. أما المقرض فلا يلزم برد المبلغ عند طلب المقرض مباشرة، ولو لم يحدد أجل للرد، بل يحدد له القاضى مياعادا مناسباً لحلول الأجل (مادة 272 مدنى). ومن ثم يسرى ذلك على الوديعة الناقصة. وهذا الاتجاه يحقق قصد العاقدين، إذ يفترض فيمن صرح لغيره باستلام ما له، أنه لا يقصد مفاجأته برده بمجرد طلبه، بل يجب أن يمهل وقتا مناسباً لتجهيز مقابل هذا المال الذى لا يوجد تحت يده، مراعيًا فى ذلك موارده الحالية والمستقبلية.

وهذا كله إذا لم يتفق المتعاقدان على وجوب الرد عند أول طلب يحصل من الدائن ولا يترتب على مثل هذا الاتفاق نفي صفة القرض عن العقد، إذ ليس هناك ما يحول دون اشتراط رد المبلغ المقرض بمجرد طلبه⁽¹⁾.

(4) انتفاء جريمة خيانة الأمانة:

إذا بدد الوديع الشئ المودع فى الوديعة العادية إضراراً بالمودع فإنه يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 341 من قانون العقوبات.

أما فى الوديعة الناقصة، فإن الوديع لا يتسلم الشئ المودع على سبيل

(1) محمد على عرفه ص 505.

الوديعة ليرده بذاته إلى المودع وإنما ينتقل الشيء إلى ملكه على أن يرد مثله، ومن ثم فلا جريمة إذا تصرف فى الشيء المودع.

(5) تبعة هلاك الشيء المودع:

إذا هلك الشيء المودع فى الوديعة الناقصة بسبب أجنبى فإن تبعة هلاكه تكون على الوديع، لأن ملكية الشيء المودع قد انتقلت إليه، كالقرض تماما، أما فى الوديعة العادية فالهالك - كما رأينا سلفا - على المودع.

(النوع الثانى)

الوديعة الاضطرارية

(Dépôt nécessaire)

244- تعريف الوديعة الاضطرارية :

كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (1012) يتناول الوديعة الاضطرارية، يجرى على أن:

"1- إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشىء درءا لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشىء المودع.

2- ويكون للوديع فى هذه الحالة أجر، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك. وعليه أن يبذل فى حفظ الشىء عناية الرجل المعتاد، وكل اتفاق يقصد به الحد من مسؤوليته أو الإعفاء من هذه المسؤولية يكون باطلا"- إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة"اكتفاء بالقواعد العامة"، وقد اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ إعادة هذا النص إلا أن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح "لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيراد النص المقترح"⁽¹⁾.

والقواعد العامة التى أشارت إليها لجنة المراجعة ومجلس الشيوخ، هى ما نصت عليه المادة (403/أ) من القانون المدنى - التى حلت محلها المادة (63/أ) من قانون الإثبات، من أنه يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادى يحول دون الحصول على دليل كتابى⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 265 الهامش وما بعدها، ص 274.

(2) محمد كامل مرسى ص 416.

ولما كان هذا النص - رغم حذفه - يمكن اعتباره تطبيقاً للقواعد العامة، إذ هو يساير نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرارية التى تمت فيها الوديعة، لذلك يصح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه⁽¹⁾.
 فيمكن على ضوء ما تقدم تعريف الوديعة الاضطرارية بأنها تلك التى يضطر فيها المودع إلى أن يودع الشئ درءاً لخطر يلحق بالشئ نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث، أو أى خطر بصفة عامة.

245- شرط الوديعة الاضطرارية :

يشترط لى توصف الوديعة بأنها اضطرارية أن يقوم بها المودع فى ظروف يخشى معها خطراً داهماً على الشئ، فيضطره لأن يودع الشئ على عجل عند أول شخص يستطيع أن يعهد إليه بالوديعة.

ومثل هذه الظروف ما ورد بالمادة 1012 من المشروع التمهيدي - المحذوفة - الخطر الناشئ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة، ويضاف إليها أمثلة أخرى كالثورة والاضطرابات والزلازل أو لصوص يقطعون الطريق. فيرى المودع نفسه مضطراً حتى يدرء الخطر عن ماله إيداعه لدى أول شخص يقبل إيداعه، فهو ليس له خيار فى أن يودع الشئ لدى أول شخص يقبل إيداعه أو لدى غيره، وهذه الوديعة لا تبرم كالوديعة العادية بعقد صريح.

ويجب بالإضافة إلى توافر الظرف الملجئ إلى الإيداع واضطرار المودع إلى هذا الإيداع، ألا يكون هناك وقت أو وسيلة للحصول على كتابة⁽²⁾.

ويغلب أن تكون هذه الحوادث تعسة، ومن أجل ذلك سمي الرومان هذه

(1) السنهورى ص 982 وما بعدها.

(2) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول 1972 ص 636 وما بعدها - الدكتور عبد

المنعم الصده الإثبات فى المواد المدنية ص 267 وهامش (2).

الوديعة بالوديعة المتعسة أو الوديعة البائسة أو وديعة البائس⁽¹⁾.
ولا يكفي لتكون الوديعة اضطرارية أن يجد المودع مشقة كبيرة في العثور
على وديع، ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافي للحصول على إيصال
بالوديعة⁽²⁾.

ولكن الاضطرار هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذي يصيب الإرادة، ومن ثم
تكون الوديعة الاضطرارية عقدا صحيحا يتكون من إرادتين صحيحتين ولا يجوز
إبطاله للإكراه، ولكنه يخضع لقواعد خاصة تترتب على واقعة الاضطرار التي
تصل إلى حد الإكراه، كما سنرى.

وتطبيقا لما تقدم:

قضت محكمة النقض بأنه يعد مانعا قهريا يمنع من الحصول على كتابة
إصابة المودع بشلل نصفي فجائي اضطر معه للانتقال إلى المستشفى⁽³⁾.
كما قضت بأن حالة الاضطرار من جانب المودع بسبب القيود المفروضة
على تداول السماد والظروف التي تمت فيها الوديعة لقيام حالة الأحكام العرفية
والتخوف منها من جانب المودع لديه، وهو عمدة، تعتبر مانعا من الحصول على
كتابة⁽⁴⁾.

كما قضت بأن:

"إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل عند مبيئتهما معا فى غرفة

(1) وأطلق عليها القانون الفرنسى "الوديعة الضرورية" وأطلق عليها الدكتور محمد كامل مرسى
"الوديعة اللازمة"، أما المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى فقد أسمتها "الوديعة الاضطرارية".

(2) السنهورى ص 983 هامش (3).

(3) المجموعة الرسمية سنة 1928 رقم 93 مشار إليه فى مؤلف أحمد نشأت ص 636 هامش
(3).

(4) نقض جنائى فى 30 يناير 1950 المحاماة 30- 958 - 424 - مشار إليه فى مؤلف عبد
المنعم الصده ص 267 هامش (4).

واحدة بإحدى القرى مامعه من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح فأخذها المستلم وفر فعله هذا يعتبر خيانة أمانة. ومتى ثبت أن إيداع المجنى عليه نقوده لدى الجاني كان إيداعاً اضطرارياً ألجأته إليه ظروف طارئة فمن الجائز إثبات حصوله بالبينة".

(طعن رقم 1298 لسنة 5 ق جلسة 1935/5/20)⁽¹⁾

وقد نفت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - الوديعة الاضطرارية في واقعة تسليم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة وبها نقود لحفظها حتى ينتهي من اللعب مع آخرين، ثم ادعى أنه لما فتحها بعد أن استردها وجد النقود بها ناقصة.

إذ قضت بتاريخ 1931/5/7 في الطعن رقم 1122 لسنة 48 ق بأن:

"سلم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة وبها نقود لحفظها حتى ينتهي من اللعب مع آخرين، ثم ادعى أنه لما فتحها بعد أن استردها وجد النقود التي بها ناقصة فقالت محكمة النقض إن هذه الواقعة لا تنتج سوى أن تسليم المحفظة كان على سبيل الوديعة وهي وديعة اختيارية لا شيء فيها من الاضطرار فالقول فيها قول المودع لديه ما لم يقر الدليل الذي يقبله القانون المدني على صحة دعوى المدعى. فإذا كان المتهم لم ينكر استلامه للمحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردّها

(1) والثابت في الحكم المطعون فيه أن المجنى عليه مندوب عن أحد البنوك وأن المتهم كان يعمل سمساراً لدى البنك وكان يرافق المندوب في أسفاره واضطرتهما الظروف إلى المبيت في منزل بإحدى القرى، فرأى المجنى عليه أن يسلم ما معه من النقود إلى زميله خوفاً من توجه الأطماع عليه لما هو معروف عنه من أنه مندوب البنك ومعه من النقود ما يثير المطامع. ويرى بعض الفقهاء أن مندوب البنك كان لديه متسع من الوقت ليطلب إيصالاً من السمسار ولا يمكن القول بأن هناك مانعاً أدبياً وأنه يبدو أن محكمة النقض تأثرت من فرار السمسار واقتنعت من ذلك ومن باقى ظروف الدعوى بصدق مندوب البنك وبالتالي بصحة الإيداع. ويرى أنه لا يمكن تشبيه هذه الحالة بالأحوال التي تعد اضطرارية (أحمد نشأت ص 637 هامش 1).

كما هي بدون أن يفتحها فلا يمكن أن يعتبر اعترافه هذا مبدأً ثبوت بالكتابة مجيزاً لإقامة الدليل بالبينة على مقدار ما كان بها من النقود".

246- هل يشترط أن يكون الخطر غير متوقع؟

ذهب رأى إلى أنه يشترط في الخطر الذي هو شرط الوديعة الاضطرارية، أن يكون غير متوقع⁽¹⁾. فإذا كان الخطر متوقفاً فلا نكون بصدد وديعة اضطرارية لأن المودع يتوقع الحادث الذي سيضطره إلى الإيداع وينساق إليه مختاراً. وتطبيقاً لذلك لا تعتبر وديعة اضطرارية إيداع الدواب التي تحمل المبيعات من القرى إلى الأسواق العامة التي تعقد عادة في المدن في مواعيد دورية، ولو كان هذا الإيداع مفروضاً على الباعة بحكم لوائح السوق. وكذلك إيداع الملابس الخارجية في المحل المخصص لها بالمحلات العامة، كالمسارح والملاهي، ولو اضطر المودع لذلك مراعاة لتقاليد المكان. ومثل ذلك يقال عن إيداع السيارات في الجراج المخصص لذلك بالعمارات الكبيرة، وكذلك عن خلع المريض ملابسه في غرفة مجاورة لغرفة الطبيب عندما يدعى لفحصه⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أنه لا يشترط أن يكون الخطر غير متوقع، كما في الأمثلة السابقة وغيرها. والنص المحذوف في المشروع التمهيدى وهو تطبيق للقواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث، وعلى العكس من ذلك أشار نص محذوف آخر هو نص الفقرة الأولى من المادة (1013) إلى أن وديعة الفنادق والخانات هي صورة من صور الوديعة الاضطرارية⁽³⁾.

(1) محمد على عرفه ص 508 - أحمد نشأت 636.

(2) محمد على عرفه ص 508.

(1) السنهورى ص 985 وما بعدها - وهو يضيف أن الفقه الفرنسى ومعها القضاء فى بعض الحالات قد اشترط أن يكون الخطر غير متوقع وأن الذى دفعه إلى ذلك أن لفظ

247- أحكام الودیعة الاضطرارية :

الودیعة الاضطرارية تخضع لسائر أحكام الودیعة العادية، فتنشأ عنها سائر الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن الودیعة العادية والتي تناولناها فيما تقدم. إلا أن هناك بعض الأحكام التي تنفرد بها الودیعة الاضطرارية نوردتها فيما يلي.

(1) إثبات الودیعة :

تطبيقاً للمادة (63/ أ) من قانون الإثبات التي تقضى بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. يجوز للمودع إذا أثبت وجود الظرف الملجئ إلى الإيداع واضطراره إلى هذا الإيداع، كان له أن يثبت الودیعة بالبينة والقرائن ولو زادت قيمتها على ألف جنيه، باعتبار هذا الظرف مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي⁽¹⁾.

وكانت المادة 1/1012 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة - تنص على ذلك بقولها: "إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء، جاز له أن يثبت الودیعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع" أما إثبات رد الودیعة فيظل خاضعاً للقواعد العامة.

(imprévu) ورد في نص المادة 1949 مدني فرنسي التي تحدد ما هي الودیعة الاضطرارية، فتستبعد بذلك ما كان من الحوادث متوقعا، وأن هذا الشرط لم يجمع عليه القضاء الفرنسي، وقد تجاوز عنه في بعض الأمثلة وبخاصة في وديعة الفنادق والخانات وهي صورة من صور الودیعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدني الفرنسي هذه الودیعة في المكان الذي خصصه للودیعة الاضطرارية، وصرح في المادة 1952 بأنها وديعة اضطرارية (ص 984 وما بعدها).

(2) أحمد نشأت ص 638 - عبد المنعم الصده ص 267 - محمد كامل مرسى ص 416.

كما يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى الوديع ولو زادت قيمة الوديعة على النصاب المتقدم.

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن:

(أ) - "إن المادة 215 من القانون المدني تبيح إثبات عقد الوديعة بالبينة في حالة وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه والمانع كما يكون ماديا يجوز أن يكون أدبيا.

وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده من شأن قاضي الموضوع فإذا رأى القاضي - لعلاقة الإخوة بين المودع والمودع لديه ولاعتبارات أخرى أوردتها بالحكم - قيام هذا المانع وقبل إثبات الوديعة بالبينة فلا معقب على رأيه في ذلك".

(طعن رقم 1326 لسنة 5 ق جلسة 1935/6/3)

(ب) - "من المتفق عليه أن الودائع الاضطرارية وكل تصرف حصل في ظروف اضطرارية، والودائع التي يودعها النزلاء في الفنادق يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الأشياء المودعة لوجود مانع مادي من الحصول على دليل كتابي".

(طعن رقم 453 لسنة 25 ق جلسة 1955/6/14)

(2) الأجر في الوديعة:

الأصل في الوديعة الاضطرارية أن تكون مأجورة - بعكس الوديعة العادية - وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة (1012) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة - بقولها: "ويكون للوديع في هذه الحالة أجر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك. .. إلخ". ذلك أنه لا يسوغ إسناد نية التبرع إلى من يتلقى الوديعة في مثل هذه الظروف الاضطرارية، ما لم يبد منه ما يفيد اتجاه نيته إلى هذا الأمر صراحة أو كان العرف قد جرى على ذلك⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 987 - محمد على عرفه ص 509.

(3) مسئولية الوديع :

تكون مسئولية الوديع فى الوديعة الاضطرارية مشددة لكونه مأجورا عليها. فيلزمه إذن أن يبذل فى حفظ الشئ وصيانته عناية الرجل المعتاد على الأقل، وذلك نظرا لظروف الوديعة الاضطرارية.

وكانت المادة (2/1012) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى - المحذوفة - تنص على ذلك بقولها: ".... وعليه أن يبذل فى حفظ الشئ عناية الرجل المعتاد.... الخ".

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "ثالثا: أن تكون العناية الواجبة على الوديع هى التى تجب عليه فى حالة الوديعة بأجر، أى عناية الرجل المعتاد".

(4) عدم جواز الاتفاق على إعفاء الوديع من المسئولية أو على تخفيف

المسئولية عنه :

لا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية على إعفاء الوديع من المسئولية ولا تخفيف هذه المسئولية عنه. ذلك أن مثل هذا الاتفاق يكون مشوبا بالإكراه من جانب الوديع للظروف التى تتم فيها الوديعة.

وكانت الفقرة الثانية من المادة (1012) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى - المحذوفة تنص على هذا الحكم بقولها: ".... وكل اتفاق يقصد به الحد من مسئوليته أو الإعفاء من هذه المسئولية يكون باطلا" - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه: "رابعا: ألا يجوز الاتفاق فيها على إعفاء الوديع من مسئوليته، ولا تخفيف هذه المسئولية عنه وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 266 الهامش وما بعدها.



مادة (727)

- 1- يكون أصحاب الفنادق والخانات وما مائلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان.
- 2- غير أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم.

الشرح

248- وديعة الفنادق والخانات وما مائلها من قبيل الوديعة الاضطرارية:

وديعة الفنادق والخانات وما مائلها، ويطلق عليها البعض اسم "الوديعة الجارية" لكونها تحصل يوميا بحكم العرف الجارى فى معاملات الناس من قبيل الوديعة الاضطرارية، لأنه ليس لدى صاحب النزل من الوقت ما يمكنه من جرد أمتعة كل قادم وذهاب وإعداد قائمة بها والتوقيع عليها وإجراء التعديلات اللازمة كلما دخل المسافر النزل وخرج منه وأضاف شيئا إلى أمتعته أو أخذ منها شيئا. وقد يتكرر ذلك فى اليوم الواحد عدة مرات ولا يخفى أنه قد يحضر إلى الفندق أو الخان ويسافر منه مرات كل يوم، وأن عددا عظيما من المسافرين يحملون أشياء كثيرة مختلفة. حقيقة ليست هناك استحالة مادية لإجراء ذلك، ويمكن لصاحب النزل أن يستخدم عددا كبيرا من المستخدمين للقيام به ولكن المسافر نفسه ليس لديه الوقت الكافى، فضلا عن أن مرتبات أولئك المستخدمين لا بد أن تحسب

عليه، ولا يخفى أن المسافر يلزمه أن يقتصد في وقته ونفقاته بقدر الإمكان⁽¹⁾. ومن ثم تسرى على هذه الوديعة أحكام الوديعة الاضطرارية من حيث الأجر والإثبات أو زيادة العناية المطلوبة من الوديع وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها، بل إن المسؤولية هنا أشد جسامة منها في الوديعة الاضطرارية⁽²⁾.

وقد رأينا أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني كان يتضمن مادة محذوفة برقم (1012) تتناول الوديعة الاضطرارية، وقد تضمن أيضا المادة (1013) - المحذوفة- وكانت تنص على أحكام وديعة المسافرين والنزلاء في الفنادق والخانات ونصت فقرتها الأولى على أن: "تسرى أحكام المادة السابقة أيضا على وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء في الفنادق والخانات (والبنسيونات) التي يقيمون فيها"، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي: "1- يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية وديعة الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء في الفنادق والخانات والبنسيونات التي يقيمون فيها. ولذلك نصت المادة 1013 فقرة أولى على أنه تطبق عليها أحكام المادة السابقة، سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو تخفيفها إلخ"⁽³⁾.

وقد نصت المادتان 727، 728 من التقنين المدني على الأحكام التي يخضع لها هذا النوع من الوديعة والتي تختلف فيها عن أحكام الوديعة العادية ونعرض لهذه الأحكام فيما يلي.

نطاق الوديعة في الفنادق والخانات وما مثلها:

-
- (1) أحمد نشأت ص 638 وما بعدها.
 (2) الدكتور نادية معوض التزامات وحقوق الفندق إزاء النزلاء الطبعة الثانية 2001 ص 79.
 (3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 269 وما بعدها.

نتناول نطاق الوديعة في الفنادق والخانات وما مائلها من نقاط ثلاث، نعرض لها فيما يلي.

249- (أ) - المودع عندهم:

عرفت المادة (598/489) مدنى قديم المودع عنده بقولها: "حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما ... إلخ". أما الفقرة الأولى من المادة 727 من التقنين المدني الجديد فتعرف المودعين عندهم بأنهم "أصحاب الفنادق والخانات وما مائلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ... إلخ". والمماثلة الواردة بالمادة 727 من التقنين المدني الجديد، ليست كما ذهب إليه التقنين المدني القديم فى أن المودع عنده "يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع" بحيث يدخل فى هذه الوديعة بالإضافة إلى صاحب الفندق أو الخان، أمناء النقل عموماً سواء كان النقل براً أو بحراً أو جواً، ومخازن الأمانات فى المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادي الرياضية وكابينات الاستحمام، بل إن الوديعة فى هذه الأحوال وإن كانت اضطرارية تسرى عليها أحكام الوديعة الاضطرارية، ليست بوديعة الفندق⁽¹⁾ وإنما المماثلة تكون فيما يميز الفندق والخان، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب، بل أيضاً من ناحية أن المودع يقيم فى الفندق إقامة مؤقتة ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر، فيرى نفسه مضطراً إلى أن يترك أمتعته مدة غير قصيرة دون أن يلازمها فتبقى فى حراسة صاحب الفندق، والفندق يتردد عليه الكثير من الناس، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضاً إلى كل رائح وغاد فى الفندق وعلى ذلك لا يجوز التوسع فى تحديد المودع عنده - كما فعل التقنين القديم - فيكون مودعاً عنده فى معنى النص صاحب الفندق وكل مكان ينزل فيه

(1) السنهورى ص 993- عكس ذلك محمد على عرفه ص 511، أحمد نشأت ص 641.

المسافرون ولو لم يصدق عليه وصف الفندق كالكانات والبنسيونات، وكانت المادة 1013 من المشروع التمهيدي تذكر (البنسيونات) صراحة، والوكالات والغرف المفروشة وعربات النوم فى السكك الحديدية وكابينات السفن والمستشفيات والمصحات.

وليس من الضرورى أن يقدم الفندق الطعام للنزيل، ولا أن ينام النزيل فى الفندق فى أثناء الليل فمادام الفندق معدا للمبيت فيكفى أن ينزل فيه المسافر ولو لساعات معدودات يستريح فيه أو يقوم بحاجاته فى البلد الذى فيه الفندق. أما إذا أودع شخص أشياء فى فندق لتسليمها إلى شخص آخر، فهذه وديعة عادية⁽¹⁾.

ولكن لا تسرى أحكام هذه الوديعة على الشخص الذى يذهب إلى فندق لمجرد تناول طعام أو شراب أو لزيارة صديق أو مقابلة نزيل لأى غرض، فإن إيداعه أحد رجال الفندق شيئاً يخضع للقواعد العامة⁽²⁾.

ولكن يشترط أن تكون هذه الأماكن مفتوحة للجمهور، فإذا أجر شخص غرفة مفروشة فى سكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية لم يدخل ذلك فى نطاق الوديعة⁽³⁾.

ولا تسرى أحكام هذه الوديعة إلا على الأشخاص الذى يعتبرون بحكم ظروفهم فى حالة تضطربهم إلى الإيداع دون اعتبار لشخص الوديع. فلا يفيد منها إلا من يصدق عليهم وصف المسافرين ولا يدخل فى هؤلاء الأشخاص الذين يسكنون فندقاً كائناً بالحي أو بالبلد الذى يقيمون فيه عادة، لأنه لم يكن هناك ما يضطربهم إلى اختيار هذا الفندق بالذات.

كذلك لا تسرى أحكام الوديعة بالنسبة للأشخاص الذين يقيمون بالفنادق أو

(1) السنهورى ص 993 هامش (2).

(2) أحمد نشأت ص 641.

(3) محمد على عرفه ص 511 - السنهورى ص 994 - نادبة معوض ص 81 وما بعدها.

بغيرها من الأماكن المفروشة لمدة طويلة، لأن هؤلاء يكون لديهم من الوقت ما يمكنهم من اختيار المكان الذي تتوافر فيه وسائل الرقابة الكفيلة بحفظ ما لديهم، فإن أساءوا الاختيار فإنهم يتحملون نتجية سوء اختيارهم⁽¹⁾.

ولا تسرى أحكام الوديعة على أصحاب المقاهي والمطاعم والملاهي ونحوها من الأماكن العامة لأنها وإن كانت مفتوحة للجمهور لا يعتبر من طبيعة عملها تلقى الودائع التي يحملها أولئك الذين يترددون عليها، إذ المفروض في هؤلاء الأشخاص أنهم لا يبيتون بهذه الأماكن والمفروض أن يحتفظوا بما لديهم في حراستهم الخاصة مثلهم في ذلك مثل أولئك الذين يترددون على المحلات التجارية وبالتالي لا يسأل أصحاب هذه الأماكن عما يتعرض له الزبائن من حوادث السرقة أو الضياع إلا إذا أثبت المجنى عليه حدوث ذلك بخطأ صاحب المحل أو أحد تابعيه وفقاً للمبادئ العامة المقررة بصدد المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

250- (ب) - الأشياء المودعة :

حددت الفقرة الأولى من المادة 727 مدني الأشياء محل الوديعة بقولها: "الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء" وقد جاء لفظ "الأشياء" عاماً، فيشمل كافة الأشياء التي يأتي بها النزير إلى المكان المخصص للوديعة مثل الحقائب والأمتعة والملابس والبضائع.

كما يشمل لفظ الأشياء الأوراق المالية والمستندات والنقود والمجوهرات⁽³⁾. ويدخل في نطاق هذه الأشياء ما يأتي به النزير ويودعه في فناء الفندق أو جراحه كالسيارات والعربات والدراجات والحيوانات.

ويستوى أن يحضر النزير هذه الأشياء معه أو يبعث بها إلى الفندق قبل

(1) محمد على عرفه ص 513.

(2) محمد على عرفه ص 512 - السنهوري ص 994 وما بعدها - محمد كامل مرسى

ص 419 - أحمد نشأت ص 641.

(3) محمد على عرفه ص 514 - محمد كامل مرسى ص 420.

وصوله، أو يشتريها أو تسلّم إليه أثناء إقامته⁽¹⁾.

251- (ج) - كيفية انعقاد الوديعة :

لا يلزم لانعقاد الوديعة تسليم الأشياء المودعة إلى الوديع شخصياً، إنما يكفي لذلك أن يتسلمها أحد تابعيه كعمال الفندق. أو توضع في الغرفة التي يأوى إليها النزيل أو في أى مكان آخر يخصص لذلك، ولو كان في فناء الفندق أو فى مخازنه بل يكفي تسليم هذه الأشياء لعامل الفندق على رصيف المحطة التي يصل إليها النزيل. وسبق أن ذكرنا أنه يصح إرسال النزيل الأشياء الخاصة به قبل وصوله إلى الفندق، كما يمكن أن يقوم بشراء بعض الأشياء أثناء إقامته بالفندق. غير أنه يجب بصفة عامة أن تدخل هذه الأشياء الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو فى القليل دون معارضة منه. أما الأمتعة التي يتركها النزيل فى الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب الفندق، لا يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها إلا طبقاً للقواعد العامة⁽²⁾.

252- إثبات الوديعة :

للمودع إثبات الأشياء محل الوديعة وقيمتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، إذ جرى العرف بأن لا يعطى صاحب الفندق أو ما شابهه إيصالاً بعدد حقائق النزيل ومحتوياتها⁽³⁾. كما أن هذه الوديعة نوع من الوديعة الاضطرارية.

وللقاضى أن يؤسس اقتناعه على القرائن التي يستنتجها من مركز الوديع الاجتماعى، وطريقة معيشته، وحظه من الثروة، ومستوى نزلاء الفندق، كما أن له

(1) محمد كامل مرسى ص 420.

(2) السنهورى ص 196 - نادية معوض ص 83.

(3) محمد كامل مرسى ص 420 - محمد على عرفه ص 516 - السنهورى ص 966 وما

أن يكمل اقتناعه بتوجيه اليمين المتممة إليه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - فى حكمها الصادر

بتاريخ 14/6/1955 فى الطعن رقم 453 لسنة 25 ق بأن:

الودائع التى يودعها النزلاء فى الفنادق يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الأشياء المودعة لوجود مانع مادى من الحصول على دليل كتابى. (الحكم منشور بشرح المادة 722).

مسئولية الوديع عن الوديعة:

253- (أ) - نطاق مسؤولية الوديع:

تقضى الفقرة الأولى من المادة 727 مدنى بأن: "يكون أصحاب الفنادق والخانات وما مائلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان". فلم يجعل هذا النص مسؤولية الوديع عن هذه الوديعة قاصرة على تقصيره الشخصى فى حفظ الوديعة والعناية بها، وعلى ما يقع من تقصير من تابعيه كالموظفين والخدم. بل جعلها شاملة ما يقع من كافة المترددين على الفندق. وقد عبرت عن ذلك مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى بقولها: "تسرى أحكام المادة السابقة أيضا على وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات (والبنسيونات) التى يقيمون فيها"⁽²⁾.

والمترددون على الفندق أو الخان يدخل فيهم النزلاء فى الفندق أو الخان،

(1) محمد على عرفه ص 516-نادية معوض ص 85.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 269 الهامش - وكان عبارة "كل رائح وغاد" = واردة فى مشروع المادة 1013 والتى أصبحت برقم (727) إلا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت كلمتى "المترددين على" بعبارة "كل رائح وغاد" - مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 271.

والزوار والمتعهدون الذين يترددون عليه، والأشخاص الذين يدخلون الفندق خلسة، ولو كان ذلك بمفاتيح مصطنعة أو بطريق التسلق أو الكسر. لأن مثل هذه الحالات لا تنزل منزلة القوة القاهرة التي تعفى وحدها من المسؤولية. فإذا حصل سرقة أو حريق أو إتلاف من أى هؤلاء كان صاحب الفندق هو المسئول عما يلحق المودع من ضرر⁽¹⁾.

وواضح أن المترددين على الفندق يعدون من الغير، وصاحب الفندق فى الأصل غير مسئول عنهم. ولكن المادة نصت على مسئوليته عن أفعالهم تشديدا لمسئوليته وحماية للنزلاء.

254- (ب) تخلص الوديع من المسؤولية :

يستطيع صاحب الفندق التخلص من مسئوليته قبل النزيل إذا أثبت أن هلاك الوديعة أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، قد حدث بخطأ النزيل، كأن يترك النزيل مفتاح الدرج الذى وضع فيه نقوده أو يترك مجوهراته فى مكان ظاهر أو يهمل غلق باب غرفته مخالفا بذلك نظام الفندق أو يحتفظ بمفتاح الحجرة ولا يسلمه إلى الخادم، إلا إذا كانت السرقة قد ارتكبها أحد أتباع صاحب الفندق، لأن صاحب الفندق يكون مسئولا فى مثل هذا الفرض على أى حال بناء على أنه أساء الاختيار وقصر فى الرقابة⁽²⁾.

ولكن لا يكون النزيل مخطئا إذا ترك حقائبه غير مغلقة. أو إذا كان النزيل لم يتحقق من سلامة الأقفال والترايبس الموجودة فى الأبواب⁽³⁾.

غير أن وجود النزيل فى غرفته لا يزيل مسؤولية صاحب الفندق عن السرقة

(1) محمد على عرفه ص 517 - وعكس ذلك السنهورى ص 1000 هامش (1) وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 517 - محمد كامل مرسى ص 422.

(1) محمد على عرفه ص 517 - نادية معوض ص 87.

التي ترتكب إضراراً بالنزِيل⁽¹⁾.

وإذا اقترن بخطأ النزِيل خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسما المسؤولية. ويعتبر خطأ تابع النزِيل فى حكم خطأ النزِيل ولكن إذا ارتكب الحادث أحد اتباع صاحب الفندق، فإن المسؤولية تتحقق ولو كان هناك خطأ فى جانب النزِيل أو تابعه⁽²⁾.

ويستطيع صاحب الفندق دفع مسؤوليته إذا أثبت أن الحادث وقع نتيجة قوة قاهرة كزلازل أو غارة جوية أو ثورة أو غزو أو حرب أهلية أو اضطرابات ومثل ذلك تمرّد قوات الأمن المركزى فى منطقة الهرم بمحافظة الجيزة فى يناير 1986 مما ترتب عليه حدوث تلفيات بكل من فنادق هوليداي ان سفنكس وبيراميدز وهوليدان إن وجولى فيل⁽³⁾. أو حريق امتد من مكان مجاور ولا يد لصاحب الفندق فيه. أما إذا كان الحريق ناشئاً عن إهمال صاحب الفندق أو أحد اتباعه أو أحد المترددين على الفندق، فيكون صاحب الفندق مسؤولاً فى هذه الحالة⁽⁴⁾.

وكذلك لا يسأل صاحب الفندق إذا سرقت الوديعة بالإكراه، ما لم تكن السرقة من تابعيه⁽⁵⁾.

ولا يسأل صاحب الفندق إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه وهى عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على الأشياء المودعة، وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق⁽⁶⁾.

(2) محمد كامل مرسى ص 421 هامش (1) واستئناف مختلط 30 مايو 1895 المشار إليه بالهامش.

(3) السنهورى ص 999 الهامش.

(4) نادية معوض ص 87 هامش (2).

(5) السنهورى ص 999 وهامش (1).

(6) محمد كامل مرسى ص 420 هامش (9).

(1) السنهورى ص 999 وما بعدها - نادية معوض ص 87.

ويلتزم النزيل بإثبات أن الوديعة قد هلكت أو أتلقت أو سرقت أو فقدت،
وحيث إن يلتزم صاحب الفندق بأن يثبت أن ذلك حدث بأحد الأسباب التي تندفع بها
مسئوليته على النحو الذى أوضحناه سلفاً.

255- (ج) - تحديد قيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية

والأشياء الثمينة:

تنص الفقرة الثانية من المادة 727 مدنى على أن: "غير أنهم لا يكونون
مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز
خمسین جنيها، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون
قيمتها، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم، أو يكونوا قد
تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم".

فهذا النص وضع حداً أقصى للتعويض الذى يلزم به صاحب الفندق قبل
النزول عن هلاك أو تلف أو سرقة أو فقد الوديعة من النقود والأوراق المالية
والأشياء الثمينة بمبلغ خمسین جنيهاً.

والمقصود بالأشياء الثمينة المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف
النادرة والمستندات الهامة، وبوجه عام كل شئ يغلب أن تزيد قيمته على خمسین
جنيهاً حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولاً عنه إلا فى حدود
خمسین جنيهاً فيما عدا حالات خاصة.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ونظرا لهذا التوسع فى أحوال مسئولية أصحاب الفنادق والخانات، رؤى تمشيا مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى للتعويض الذى يلزمون به. فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ 50 جنيها"⁽¹⁾.

إلا أنه استثناء من هذا التحديد يكون للنزىل تقاضى قيمة التعويض طبقا للقواعد العامة، أى طبقا للمسئولية العقدية، فىكون بقيمة الضرر الذى حاق به. وذلك فى حالات ثلاث هى:

1- أن يكون صاحب الفندق قد أخذ على عاتقه حفظ هذه الأشياء وهو يعرف قيمتها.

2- أن يكون صاحب الفندق قد رفض دون مسوغ أن يتسلم هذه الأشياء من النزىل عهدة فى ذمته. إذ ليس من حق صاحب الفندق أن يمتنع عن تسليم ما يعهد به إليه النزلاء من أشياء ثمينة فى أى ساعة من ساعات الليل أو النهار. فإذا امتنع دون مسوغ اعتبر مرتكبا خطأ جسيما فىلتزم بتعويض الضرر بأكمله"⁽²⁾. ويترك لقاضى الموضوع تقدير المسوغ.

3- أن يكون صاحب الفندق قد تسبب فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منه أو من أحد تابعيه. ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الخطأ الجسيم.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم، فىلزمه تعويض الضرر بأكمله وفقا للقواعد العامة، ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكبا خطأ جسيما إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها. أو إذا رفض

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 272.

(2) محمد على عرفه ص 515.

تسلمها دون مسوغ ويترك للقاضى تقدير المسوغ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم⁽¹⁾.

والحد الأقصى للتعويض الذى وضعته الفقرة الثانية من المادة 727 مدنى سألفة الذكر، أصبح لا يتناسب على الإطلاق مع انخفاض القوة الشرائية للنقود فى الآونة الحاضرة، ويجب إعادة النظر فيه ورفعها إلى الحد المناسب.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 273.

مادة (728)

- 1- على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان، بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه.
- 2- وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي يغادر فيه الفندق أو الخان.

الشرح

256- (د) سقوط حقوق المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان:

تسقط حقوق المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان عن سرقة الشيء المودع أو ضياعه أو تلفه في حالتين:

الحالة الأولى:

ما تنصى به الفقرة الأولى من المادة 728 مدنى من أنه على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان، بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك، فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه- فقد رأى الشارع أنه في مقابل التوسع في تقرير مسئولية صاحب الفندق أو الخان، إلزام المودع بشئ من اليقظة في المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد، فأوجب عليه إخطار صاحب الفندق بسرقة الشيء أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شيء من ذلك. فإن أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه. كما يرجع ذلك أيضا إلى أن النزول بتصرفه هذا يكون قد أضعاف على صاحب الفندق أو الخان فرصة الكشف عن المسئول عن الحادث لو كان الإخطار قد تم في وقت مناسب⁽¹⁾.

(1) محمد على عرفه ص 519 - نادية معوض ص 88.

وعبارة "فإن أبطأ فى الإخطار" مرنة فلا يمكن وضع وقت معين للإخطار حتى لا يكون المسافر قد أبطأ فى الإخطار. من ثم فإن بطء النزول فى الإخطار من عدمه مسألة يجب أن تترك لتقدير القاضى.

كما يستقل القاضى أيضا بتقدير ما إذا كان هناك مسوغ للإبطاء فى الإخطار من عدمه وإذا غادر النزول الفندق أو الخان قبل أن يكتشف ما لحقه من ضرر، فيتعين عليه أيضا ألا يبطئ فى إخطار الوديع به بعد اكتشافه مباشرة⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وقد رؤى أيضا مقابل التوسع فى تقدير مسئولية صاحب الفندق أو الخان، إلزام المودع بشئ من اليقظة فى المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد. ففرض عليه أن يخطر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك، بحيث إذا أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م1014 فقرة أولى). والقاضى هو الذى يقدر ما يعتبر إبطاء مسقطا للحقوق، وما يعتبر مسوغا للإبطاء"⁽²⁾.

الحالة الثانية :

ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 728 مدنى من أنه تسقط بالتقادم دعوى المسافرين قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان.

فقد وضع الشارع تقادما قصيرا لسقوط حق المودع بالتقادم قبل صاحب الفندق أو الخان هو انقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان. وكان النص كما ورد فى المشروع التمهيدي برقم (1014) ينص على بدء مدة التقادم من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف، إلا أن لجنة المراجعة عدلت

(1) محمد على عرفه ص 519.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 273.

النص إلى الوضع الراهن "ليكون الأمر محددًا"⁽¹⁾ لأن وقت انكشاف الضياع أو التلف غير منضبط فقد يتأخر فتطول مدة التقادم. فلا يفيد صاحب الفندق أو الخان من هذا التقادم القصير كما تغيا المشرع. كما يعطل البعض هذا التعديل باحتمال أن يكون سكوت المودع عن المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعا إلى ما قد يبذله الوديع له من وعود⁽²⁾.

ويرجع السبب في تقصير مدة التقادم إلى رغبة المشرع في جعل صاحب الفندق في مأمن من مطالبة النزلاء في فندقه بعد ستة أشهر من مغادرتهم الفندق حيث اعتبر هذه المدة كافية للمطالبة فإذا انقضت كان من حق صاحب الفندق أن يطمئن إلى أنه غير معرض لأية مسؤولية.

257- (هـ) - الاتفاق على تشديد مسؤولية الوديع:

يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية صاحب الفندق أو الخان، فيجوز الاتفاق مثلا على أن يتحمل صاحب الفندق أو الخان المسؤولية حتى لو أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد وأنه لم يصدر خطأ من أحد تابعيه أو من المترددين على الفندق فلا يستطيع أن ينفى مسؤوليته إلا بإثبات القوة القاهرة. وقد يصل الاتفاق على تشديد مسؤولية صاحب الفندق أو الخان إلى أبعد من ذلك، بحيث يتحمل المسؤولية الناشئة عن القوة القاهرة، ويكون هذا الاتفاق ضربا من التأمين.

كما يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى لقيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة على الحد الأقصى المحدد لها قانونا وهو خمسون جنيها، وبأن يكون التعويض بقيمة الشيء الهالك أو التالف أو المسروق أو الفاقد. وليس في ذلك تعارض مع نص المادة 2/727 مدني التي تحدد هذه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 272 وما بعدها.

(2) محمد على عرفه ص 520 هامش (1).

المسئولية لأن هذه المادة وضعت لحماية مصالح أصحاب الفنادق والخانات، فإذا تنازل هؤلاء عن حقهم هذا وقبلوا تشديد مسئوليتهم فليس هناك ما يمنع من ذلك. فالحق رخصة لصاحبها أن يستعملها كما أن له أن يتنازل عنها⁽¹⁾.

258- (و) - هل يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسئولية

الوديع؟

انقسم الرأي في هذه المسألة.

فذهب رأى إلى أنه يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسئولية الوديع، لأن هذا الاتفاق ليس فيه ما يخالف النظام العام أو الآداب، كما أنه لا يخالف نصاً آمراً. فالمشروع لم يرد بالنص على تشديد مسئولية الوديع إلا حماية المودع الذى لم يكن له يد فى الالتجاء إليه واختصاصه إياه بتقته. فإذا تم الاتفاق بينهما على تحكيم القواعد العامة فى المسئولية، كان هذا الاتفاق صحيحاً منتجاً لأثره فى مواجهة الطرفين غير أنه يلزم حتى ينتج مثل هذا الاتفاق أثره أن يكون سابقاً على حصول الإيداع، أو أن يكون قد تم بعد حصوله باتفاق صريح بين الطرفين وبناء على ذلك لا يكفى لتحديد مسئولية الوديع لصق إعلانات مطبوعة على أبواب الغرف، تتضمن كون الوديع غير مسئول إلا عن الودائع التى تسلم إليه شخصياً، أو تلك التى يعطى بها إيصالاً أو قائمة ببيانها. فحتى بفرض اطلاع المودع على مثل هذا الإعلان بعد دخوله فى المكان المعد لحفظ الوديعة، فإنه لا يستفاد من ذلك أن نيته اتجهت إلى قبول إخلاء مسئولية الوديع على هذا النحو بل إن عدم تقيد به بما جاء فيه دليل على أنه لا يقره. وليس للمدين أن يتخلى عن التزامه أو أن يعدل فيه بإرادته المنفردة.

ويمضى هذا رأى قائلاً إنه على الوديع الذى يريد أن يحتاط لنفسه ويضمن

(1) راجع السنهورى ص 1004 - نادية معوض ص 93.

تحديد مسئوليته أن يبادر بإخطار المودع بذلك قبل قبول الأشياء المودعة، ففى وسع إدارة الفندق مثلا أن تعلن النزلاء بشرط تحديد المسئولية لدى ردها على الخطابات المرسلة منهم بطلب حجز الغرف. وإذا كان الشخص قد حضر إلى الفندق دون سابق إخطار، فإنه يكفى أن يلفت نظره إلى وجوب الاطلاع على التعليمات المطبوعة التى يتعين عليه اتباعها لضمان المحافظة على ما عساه يكون فى حوزته من الأشياء الثمينة مثلا على أنه حتى فى هذه الحالة لا يعفى الوديع إلا من المسئولية المترتبة على فعل الغير، فإذا أثبت المودع أن ضياع الوديعة أو تلفها قد نجم عن فعل الوديع أو أحد تابعيه، فإنه يسأل عن التعويض كاملا وفقا للقواعد المقررة فى المسئولية التقصيرية⁽¹⁾.

**بينما ذهب رأى آخر إلى أن هذا الاتفاق غير جائز ولو كان اتفاقا صريحا:
وقد استند هذا الرأى إلى ما يأتى:**

1- أنه ورد فى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى فى موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلا.

فقد ورد ذلك أولا فى الوديعة الاضطرارية بوجه عام، ووديعة الفنادق نوع منها حيث ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه لا يجوز الاتفاق فى الوديعة الاضطرارية" على إعفاء الوديع من مسئوليته ولا تخفيف هذه المسئولية عنه، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع" (ج5 ص 367 الهامش) - وورد ثانيا فى وديعة الفنادق بالذات حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية، فجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: "كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية" (جزء 5 ص 27).

وأنه لا ينال من ذلك ما جاء فى موضع آخر ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية جائز صحيح. فقد استفسر فى لجنة الشئون التشريعية لمجلس

(1) محمد على عرفه ص 518 وما بعدها ومن هذا الرأى أيضا محمد كامل مرسى ص 422.

النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلانا يعفى فيه نفسه من المسؤولية فأجيب "بأنه إذا كان الإعلان صريحا فى الإعفاء من المسؤولية وفى مكان ظاهر يراه النزىل ولم يعترض عليه، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز فى هذه الحالة طبقا للمادة 224 فقرة ثانية من المشروع" (ج5 ص 270، 271) فضلا عن أن هذا الحكم جاء محل خلاف فى الفقه⁽¹⁾.

2- أن وضع مثل هذا الشرط لا يعدو أن يكون فى جوهره شرطا من شروط الإذعان التى يتعين إلغاؤها وعدم العمل بها حماية لمصلحة النزىل الأولى بالرعاية وإلا فإن العمل بمثل هذا الشرط من شأنه أن يجعل الفنادق تتوسع فيه وتمسك بالأخذ به وتضيع الغاية التى ينشدها النزلاء والتى من أجلها يلجأون إلى الفندق للحصول على الأمن والأمان سواء على أنفسهم أو على ما لهم⁽²⁾.
ونرى الأخذ بالرأى الثانى.

259- (ز) - عقوبة تبديد الوديعة :

راجع شرح المادتين 720، 722.



(1) السنهورى ص 1004 وما بعدها - نادية معوض ص 93 وما بعدها.

(2) نادية معوض ص 94.

الفصل الخامس

الحراسة

مادة (729)

الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه.

الشرح

260- تعريف الحراسة:

واضح من النص أن هذا التعريف ينصرف إلى الحراسة الاتفاقية، فالحراسة الاتفاقية هى التى توصف بأنها عقد.

وقد فصلت مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد هذا التعريف بقولها:

"يفهم من هذا التعريف أن الحراسة عقد يتم بين شخصين متنازعين أو بينهما حق غير ثابت وبين شخص آخر يوكل إليه حفظ المال المتنازع عليه. وأنها تكون فى العقار كما تكون فى المنقول أو فيهما معا، وأن الحارس، كالوديع يقوم بحفظ المال ورده عند انتهاء الحراسة. لكنه يختلف عنه فى أنه يقوم بإدارة المال، وفى أن يرده إلى من يثبت له الحق فيه من الطرفين المتنازعين"⁽¹⁾.

وعرفها الفقه - بما لا يخرج عن التعريف السابق- بأنها: "وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، ويتهدده خطر عاجل، فى يد أمين يتكفل

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص277.

بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه⁽¹⁾.

261- أهمية الحراسة:

تظهر أهمية الحراسة من كونها إجراء مؤقتا يتخذ للمحافظة على حقوق ومصصلحة الخصوم حتى يحسم الأمر فى أصل الحق إما اتفاقا أو قضاءً، والذى قد يستغرق وقتا طويلا ويعرض بالتالى حقوقهم ومصالحهم للخطر.

ورغم أهمية الحراسة فإنه لم يرد بشأنها بالتقنين المدنى القديم سوى مادتين فقط⁽²⁾، تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة، إلى أن صدر التقنين المدنى الجديد ونظمها ببعض النصوص غير القليلة مستلهما فى ذلك ما استقر عليه القضاء فى العديد من الأحكام، إذ عقد لها فصلا خاصا، هو الفصل الخامس من الباب الثالث من العقود الواردة على العمل وخص الحراسة بتسع مواد.

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدنى

الجديد أهمية الحراسة بقولها:

"ولم يرد فى شأن الحراسة فى التقنين الحالى غير مادتين مقتضبتين تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة. ولكن الحراسة، وعلى الأخص الحراسة القضائية، قد اتخذت فى العمل أهمية كبرى، حتى أصبح الخصوم كثيرا ما يلجأون إليها. وتوسع القضاء فى أحوالها، حتى زحرت المجاميع بأحكامه فى شأنها وكان أكثر هذا القضاء اجتهاديا لقلّة النصوص التى يستند إليها. فكان حريا بهذا المشروع أن ينظر فى هذا القضاء ليستتبط منه المبادئ والقواعد التى ينبغى أن يتضمنها التشريع الجديد فيما يتعلق بالحراسة وقد تضمن المشروع عشر مواد فى الحراسة، مرتبة ترتيبا منطقيا، فبدأ بتعريف الحراسة باعتبارها عقدا، ثم نص على أحوال

(1) السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى ج7 المجلد الأول 1964 ص781.

(2) م 600 مختلط، م 491 أهلى.

الحراسة القضائية، وخص حراسة الوقف ببعض أحكامه، ثم بين حقوق الحارس والتزاماته، وانتهى ببيان طرق انقضاء الحراسة وأحكامها⁽¹⁾.

262- أنواع الحراسة :

تنقسم الحراسة إلى عدة أنواع.

(1) الحراسة الاتفاقية :

وقد أوردنا تعريفا لها، وهى الحراسة التى تتم باتفاق الطرفين. ولئن كان يشترط فى الحراسة القضائية- كما سنرى- توافر الخطر العاجل الذى يبرر فرض الحراسة، فإن الاتفاق على الحراسة يغنى عن تحرى هذا الشرط، ويكفى أن يكون الخصوم قد اتفقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة حتى يفترض أن هناك خطرا عاجلا يستدعى وضع المال تحت الحراسة.

ومن الجائز أن يتفق الطرفان على الحراسة، ولكنهما يختلفان فى شخص الحارس، فيلجأ الطرفان أو أحدهما إلى المحكمة لتعيين حارس لهما على النحو الذى يعين به الحارس القضائى.

(2) الحراسة القضائية :

وهى التى تفرض بموجب حكم من القضاء، ويجوز أن تفرض الحراسة بحكم القضاء، ثم يتفق الطرفان على تعيين الحارس. وهذه الحراسة هى موضوع دراستنا فى هذه الموسوعة.

(3) الحراسة القانونية :

الحراسة القانونية هى التى يقرها القانون بغير حاجة إلى حكم من القاضى أو اتفاق بين الأفراد.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص275.

وتنظم هذه الحراسة نصوص خاصة واردة سواء فى التقنين المدنى أو فى قانون المرافعات أو فى أى قانون خاص آخر. وسنعرض فى المبحث التالى لبعض أمثلة الحراسة القانونية.

(4) الحراسة الإدارية:

الحراسة الإدارية هى تلك التى تفرضها جهة الإدارة على المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام فى حالة توقف المرفق كلياً أو جزئياً أو عدم قدرة الملتزم على إدارته أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق وتجعل الملتزم غير أهل لإدارته، وفرض الحراسة فى هذا الحالة حق قائم للجهة الإدارية سواء نص عليه فى وثيقة الالتزام أم لا، إذ أن الحراسة الإدارية كجزء تعتبر من الجزاءات التى تتولد عن عقد الالتزام استناداً إلى السلطة اللائحية التى للإدارة فى العقود الإدارية ولو لم ينص على ذلك صراحة⁽¹⁾.

(5) حراسة الطوارئ:

حراسة الطوارئ هى تلك التى تفرض استناداً إلى القرار بقانون رقم 162 لسنة 1958 بشأن حالة الطوارئ وتعتبر إجراء من إجراءات الأمن تلجأ إليه الدولة عقب إعلان حالة الطوارئ فيها، فقد أجازت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القرار بقانون (معدلة بالقرار بقانون رقم 37 لسنة 1972) على أن لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ تكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والاستيلاء على أى منقول أو عقار.... الخ.

وقد صدرت تشريعات عديدة تتعلق بحراسة الطوارئ منها القرار بقانون رقم 150 لسنة 1964 برفع الحراسة عن أموال وممتلكات بعض الأشخاص والقرار بقانون رقم 49 لسنة 1971 بتصفية الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص

(1) المستشار إبراهيم الشريبنى حراسات الطوارئ سنة 1964 ص 31.

الخاضعين لأحكام القانون رقم 150 لسنة 1964 برفع الحراسة عن أموال وممتلكات بعض الأشخاص، والقرار بقانون رقم 52 لسنة 1972 بتصفية الحراسات المفروضة طبقاً للقانون رقم 150 لسنة 1964 والقرار بقانون رقم 53 لسنة 1972 بتصفية الحراسات السابقة على القانون رقم 34 لسنة 1971 والقانون رقم 69 لسنة 1974 بإصدار قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، والقرار بقانون رقم 141 لسنة 1981 بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

وكان قد صدر القانون رقم 34 لسنة 1971 بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب وبموجبه أصبح لا يجوز فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين إلا بحكم قضائي وفي الأحوال الواردة في هذا القانون ووفقاً للضوابط المنصوص عليها فيه (م1).

ونصت مادته العاشرة على تشكيل المحكمة التي تختص بالفصل في دعاوى فرض الحراسة.

(6) حراسة التعبئة:

ينظم هذه الحراسة القرار بقانون رقم 87 لسنة 1960 في شأن التعبئة العامة. وتعلن التعبئة العامة بقرار من رئيس الجمهورية في حالة توتر العلاقات الدولية أو قيام خطر الحرب أو نشوب حرب (م1).

وللجهة الإدارية المختصة أن تصدر قراراً بكل أو بعض التدابير اللازمة للمجهود الحربي منها الاستيلاء على العقارات أو شغلها والاستيلاء على المحال العامة والمحال الصناعية والتجارية والاستيلاء على العمليات الخاصة بموضوع التزام مرفق عام أو على المحال التي تعمل لحساب الحكومة (م24- رابعاً وخامساً وسادساً).

تمييز الحراسة عن غيرها من العقود :

263- (أ) الفرق بين الحراسة والوديعة :

تنص المادة 733 مدني- كما سنرى تفصيلا- على أن: "يحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية".

فالحراسة صورة خاصة من صور الوديعة، لأن المال محل الحراسة هو في يد الحارس وديعة فهو يلتزم كالمودع عنده بالعناية والسهر على حفظه عنده، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة. وهذا ما جعل التقنين المدني القديم يضع النص الخاص بالحراسة في باب الوديعة.

وإذا كانت سلطة الوديع على الشيء المودع تقتصر على حفظه، إلا أن الحارس بالإضافة إلى حفظه للشيء محل الحراسة، يناط به أيضا إدارته وتقديم حساب عن إدارته، ومن ثم تطبق عليه في هذا الخصوص أحكام الوكالة.

ولكن بالرغم من ذلك توجد بعض الفروق الجوهرية بين الحراسة

والوديعة تخلص فيما يلي :

1- أن الحراسة ترد غالبا على العقار، وإن كان لا يوجد ما يمنع من ورودها على المنقول. أما الوديعة فتدرد غالبا على المنقول، لأن المنقول أحوج إلى الحفظ من العقار. وإن كان يجوز ورودها على العقار كأن يعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره.

2- الوديعة قد ترد على مال غير متنازع عليه، أما الحراسة فغالبا ما ترد على مال متنازع عليه.

3- الأصل في الوديعة أن تكون بدون أجر إلا إذا اتفق على خلاف ذلك،

أما الحراسة فالأصل فيها أن تكون بأجر إلا إذا وجد شرط على خلاف ذلك. والأجر فى الوديعة لا يعادل ما يقدمه الوديع من خدمة فهو يكون أجرا زهيدا، أما الأجر فى الحراسة فيكون مساويا لما يقدمه الحارس من خدمة.

4- الحراسة تكون اتفاقية أو قضائية، والحراسة القضائية هى التى يغلب وقوعها فى العمل، وإذا أطلقت الحراسة انصرفت إلى الحراسة القضائية، أما الوديعة فلا تكون إلا اتفاقية، إذ أن مصدرها العقد.

5- مأمورية الحارس لا تقتصر على حفظ الشئ المودع فى حراسته بل تمتد إلى إدارته، وفى بعض حالات خاصة تمتد إلى أعمال التصرف. أما الوديع فتقتصر مأموريته على حفظ الشئ المودع دون إدارته وإن كان يصح أن يؤذن فى استعماله.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الحراسة القضائية وإن كانت تشتهب بالوديعة فى بعض صورها فى حالة وقوع الحراسة على منقول فقط فإن هذا لا يجعلها وديعة فى طبيعتها ولا فى كل أحكامها".

(طعن رقم 24 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/22)

6- فى الحراسة يلتزم الحارس فى الأصل بالاستمرار فى الحراسة إلى أن تنتهى أما فى الوديعة فيجوز فى الأصل أن يرد المودع عنده الوديعة قبل انتهاء العقد إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع.

7- فى الحراسة يلتزم الحارس برد المال لمن يثبت له الحق فيه وهو غير معروف عند بدء الحراسة، أما فى الوديعة فيرد المودع عنده المال إلى المودع بمجرد أن يطلبه هذا الأخير إلا إذا حدد للوديعة أجل لمصلحة المودع عنده⁽¹⁾.

(1) راجع فى هذا الفروق: الدكتور عبد الحكيم فراج الحراسة القضائية فى التشريع المصرى المقارن

وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي:

"الحراسة والوديعة عقدان من نوع واحد، يختلفان فى أن الحراسة لا ترد إلا على مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، وأن الحارس مكلف بإدارة المال، وأن يرده إلى من يثبت له الحق فيه سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا⁽¹⁾".

264- (ب) الفرق بين الحراسة والوكالة:

تتشبه الحراسة مع الوكالة فى أن كلا من الحارس والوكيل ينوب عن غيره فى حفظ المال وإدارته، إلا أنه توجد مع ذلك فوارق كبيرة بين الحراسة والوكالة تخلص فيما يأتى:

1- فى الحراسة يقوم الحارس بإدارة المال وليس له فى الأصل أن يتصرف فيه، أما فى الوكالة فالوكيل قد يوكل فى الإدارة أو التصرف أو التبرع وفى سائر التصرفات القانونية.

2- إذا اقتصرَت الوكالة على الإدارة، فالأصل أن يدير الوكيل المال أما حفظه إياه فيأتى تبعا للإدارة أما فى الحراسة، فالأصل أن يحفظ الحارس المال أما إدارته له فتأتى تبعا للحفظ.

3- الحراسة غالبا ما تكون من عقود المضاربة لأن الحارس يتقاضى أجرا يعادل عمله، أما فى الوكالة فالأصل أنها مجانية وإذا تقاضى الوكيل أجرا فإنه لا يقصد من ورائه الربح. فالوكالة ليست من عقود المضاربة.

4- إذا تقاضى الحارس أجرا فإنه لا يجوز تعديله، أما أجر الوكيل فيجوز تعديله بالزيادة أو النقصان.

الطبعة الثانية 1371هـ-1952م ص48 وما بعدها- السنهورى ص782 وما بعدها.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص275.

5- الحارس في بدء الحراسة لا يعرف لمن يرد المال لأنه ملزم برده إلى من يثبت له الحق فيه اتفاقاً أو قضاءً، أما الوكيل فيعلم منذ البداية أنه يلتزم برد المال إلى الموكل.

6- لا تنتهي الحراسة بموت من يثبت له الحق في المال بل يحل ورثته محله، أما الوكالة فتنتهي في الأصل بموت الموكل⁽¹⁾.

265- تعريف الحراسة القضائية:

عرف بعض الفقهاء الحراسة القضائية بأنها: "إيداع الشيء الموضوع تحت يد القضاء عند شخص معين بأمر المحكمة إن كانت المصلحة قاضية بذلك"⁽²⁾. وهذا التعريف ناقص، لأنه قصر الحراسة على الأشياء الموضوعة تحت يد القضاء، فأخرج من حكمها الأشياء المتنازع عليها التي لا تكون موضوعة تحت يد القضاء⁽³⁾.

وعرفها آخرون بأنها: "إيداع شيء متنازع عليه، بأمر القضاء عند شخص معين، حتى ينتهي النزاع"⁽⁴⁾. وهذا التعريف ناقص أيضاً، لأنه قصر الحراسة على الأشياء المتنازع عليها،

(1) السنهوري ص 783 - الدكتور عبد الحميد الشواربي الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ص 16 وما بعدها.

(2) أحمد فتحي زغلول باشا شرح القانون المدني ص 314.

(3) الدكتور محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء الأول الطبعة الثانية 1371 هـ - 1952 م ص 46- الدكتور عبد الحميد الشواربي ص 19.

(4) بلانيول وريبير الجزء الحادى عشر الفقرة 1192 ص 483 - دالوز ربرتوار براتيك الجزء الرابع تحت كلمة الوديعة- الحراسة فقرة 229 مشار إليه في عبد الحكيم فراج ص 46 هامش (2).

مع أن الحراسة على الأشياء الخالية من النزاع جائزة أيضا⁽¹⁾، فضلا عن ذلك فإن التعريف لا يتسع بحيث يصعب أن يدخل فيه حالات الحراسة على "مجاميع الأموال"، وقد أصبحت الحراسة عليها شائعة في العصر الحديث كما نصت على جواز الحراسة عليها القوانين الحديثة، مثل القانون المدنى المصرى الجديد⁽²⁾.

ولذلك عرف بعض ثالث الحراسة القضائية بأنها: نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به، استنادا إلى نص فى القانون، بناء على طلب صاحب المصلحة، إذا رأى القاضى أنها إجراء ضرورى للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن ومصالحهم. ويعهد القاضى للحارس، بموجب هذا الإجراء، بمنقول أو عقار أو مجموع من المال لحفظه وإدارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت حقه فيه. وقد يعهد القاضى إلى الحارس بتصفية المال وتوزيع ما ينتج منه على أصحاب الحق فيه⁽³⁾.

ويمضى هذا البعض قائلًا بأن الحراسة القضائية هى فى الواقع نيابة قانونية وقضائية. فهى نيابة قانونية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ويبين حالاتها ويوضح أركانها ويعين آثارها. وهى نيابة قضائية أيضا لأن القضاء هو الذى يضى على الحارس صفته فلا تؤول إليه صفة النيابة إلا بمقتضى حكم منه. والقضاء هو الذى يتولى فى غالب الأحوال تحديد نطاق سلطتها وفقا لنصوص القانون، وهو الذى يؤدى له الحارس حسابا عن عمله، وأخيرا هو الذى ينهى مأمورية الحارس القضائي⁽⁴⁾.

ونرى تعريف الحراسة- بتعريف مقارب للتعريف السابق- يتفق ومضمون

(1) عبد الحكيم فراج ص47- عبد الحميد الشواربى ص19.

(2) عبد الحكيم فراج ص47.

(3) عبد الحكيم فراج ص54.

(4) عبد الحكيم فراج ص53.

نصوص القانون- بأنها: إجراء وقتى يحكم به القضاء بوضع منقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، أو إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يده، بوضعه تحت الحراسة وتعيين حارس عليه يتكفل بحفظه وإدارته ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه.

وهى بهذا الوصف نيابة قانونية وقضائية بالتفصيل الذى ذهب إليه الرأى الثالث.

وقد عرفت محكمة النقص الحراسة القضائية بقولها :

1- "الحراسة إجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادى فلا يجوز للحارس.... إلخ".

(طعن رقم 36 لسنة 22 ق جلسة 1955/2/10)

2- "دعوى الحراسة القضائية إنما هى إجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق، فهى بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم".

(طعن رقم 168 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/22)

3- "دعوى الحراسة القضائية هى إجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق فهى بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم- المكسب للملكية- والقضاء برفض الدعوى يؤدى إلى إلغاء صحيفتها

وما يكون قد ترتب عليها من آثار".

(طعن رقم 825 لسنة 44 ق جلسة 1979/6/4)

4- "وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن الحراسة القضائية إجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس بإجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته وإنما هو تقرير يتوافر به صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تتطابق به فى الحد الذى نص عليه الحكم وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادى. فلا يجوز للحارس انتزاع الأعيان الموضوعة تحت الحراسة التى يضع اليد عليها الشريك على الشيوع بسند قانونى من قبل فرض الحراسة، كما أن الحراسة لا تؤثر فى حق هذا الشريك فى التصرف أو الانتفاع بهذه الحصة فيما لا يتعارض مع سلطة الحارس، لما كان ذلك وكانت المطعون ضدها تضع يدها على عين النزاع قبل فرض الحراسة القضائية بوصفها مالكة على الشيوع فى أعيان التركة الموضوعة تحت الحراسة ومن ثم يحق لها استغلال ما فى وضع يدها بالطريقة التى لا تتعارض مع سلطات الحارس ولا يسوغ الحد من تصرفاتها استناداً إلى فرض الحراسة القضائية إذ كل ما للطاعنة بصفتها حارسة هو إجراء الحساب مع المطعون ضدها بالطريق الذى تراه كفيلاً بالمحافظة على حقوق باقى الشركاء"، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم 1014 لسنة 51 ق جلسة 1988/5/8)

5- "الحراسة القضائية هى وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويتهده خطر عاجل فى يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده، مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إجراء وقتى تدعو إليه الضرورة ويستمد وجوده منها، وتختلف فيه مهمة الحارس عن مهمة المصطفى ولا تتعارض معها لمغايرة سلطة كل منهما فى جوهرها لسلطة

الآخر".

(طعن رقم 1053 لسنة 58 ق جلسة 1990/5/28)

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الحراسة إجراء تحفظي لا تنفيذي فقضت بأن: "بما مؤداه أن الحراسة - بالنظر إلى طبيعتها ومداهها - لا تعدو أن تكون إجراء تحفظيا لا تنفيذيا".

(القضية رقم 26 لسنة 12 قضائية "دستورية" جلسة 1996/10/5)

266- الفرق بين الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية:

تختلف الحراسة القضائية عن الحراسة الاتفاقية في عدة نواح هي:

1- الحراسة القضائية مصدرها نص القانون وحكم القضاء، أما الحراسة الاتفاقية فمصدرها الاتفاق.

وهذا يصدق على مبدأ فرض الحراسة فقط أما فيما يتعلق بتعيين الحارس فإنه يكون باتفاق ذوى الشأن جميعا سواء فى الحراسة القضائية أو الاتفاقية، فإذا لم يتفقوا عليه تولى القاضى تعيينه.

وقد تولت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الإفصاح عن ذلك بقولها:

"سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية، فهناك مسألتان منفصلتان: أولهما: وضع المال تحت الحراسة، والثانية: تعيين شخص الحارس. والمسألة الأولى هي التي تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية، أما متى اتفق المتنازعان على مبدأ الحراسة أو حكمت المحكمة بها، فإن تعيين الحارس يترك فى كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه، وإلا فتقوم به المحكمة

المختصة"⁽¹⁾.

2- الأصل فى الحراسة الاتفاقية أن تكون مجانا ما لم يحصل الاتفاق على تقدير أجر الحارس، بعكس الحراسة القضائية، فالحارس يعين بحكم القضاء فيكون من حقه تقاضى اجرا ما لم يتنازل عنه صراحة.

3- يرجع الحارس القضائى بأتعابه ونفقاته على من يعينه القاضى من الخصوم لتحمل هذه المصاريف، أما الحارس الاتفاقى فإن رجوعه بما قد يستحق له من أتعاب ونفقات تختلف باختلاف الظروف.

4- تختلف مسئولية الحارس الاتفاقى باختلاف كونه مأجورا أو متطوعا، وتتحدد مسئوليته على أى الحالتين وفقا للأحكام المحددة لمسئولية الوديع.

267- الشروط الواجب توافرها فى المال محل الحراسة :

يشترط فى المال محل الحراسة أى المال الذى يجوز فرض الحراسة عليه أربعة شروط هى:

268- أولا : قابلية المال للتعامل فيه :

يشترط لفرض الحراسة على المال أن يكون هذا المال قابلا للتعامل فيه. وينبنى على ذلك أنه لا يجوز فرض الحراسة على الأموال العامة. والأموال العامة طبقا للمادة 1/87 مدنى هى العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون (مرسوم) أو قرار من الوزير المختص.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم⁽²⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 287.

(2) والأموال العامة تفقد صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة. وينتهى التخصيص

وحكمة هذا المنع ترجع إلى أن الشارع أسبغ على هذه الأموال حصانة قانونية خاصة تمنع من التعامل فيها أو وضع اليد عليها أو تملكها بمضى المدة، كما منع المحاكم من الحكم فى الدعاوى المتعلقة بملكيتها، فتدخل القضاء فى شأن ملكيتها واحتمال الحكم بها للأفراد أو اتخاذ إجراء وقتى بشأنها يتعارض مع نصوص القانون، ويحول من جهة أخرى دون تمكن الحكومة من الانتفاع بها لتقوم بوظيفتها العامة⁽¹⁾.

وتعتبر المصالح العمومية ذات الصبغة التجارية أو الصناعية التى تتولى الدولة أو الأشخاص الإدارية إدارتها واستغلالها كالسكك الحديدية والتليفونات والتلغراف والبريد مصالح إدارية تباشر خدمة عامة مما لا يجوز للقضاء التدخل فى شئونها وفرض الحراسة القضائية عليها لما فى ذلك من مخالفة واضحة لمبدأ الفصل بين السلطات.

ويلاحظ أن هذه المصالح العمومية تتولاها فى مصر هيئات عامة (لها شخصية اعتبارية عامة).

إما إذا كانت الدولة أو الهيئات الإدارية قد عهدت إلى فرد أو شركة بطريق الالتزام بإدارة أحد المرافق العامة كمشروعات توريد المياه والغاز والكهرباء والنقل فإن العلاقة بين ملتزم المرفق العام والدولة أو الهيئة مانحة الالتزام تخضع لأحكام القانون الإدارى لأن كل ما يرد من شروط عن طريقة إدارة المرفق ومدته وغير ذلك له صفة اللاتحة، ولذلك فإن هذه الشروط لا علاقة لها بالقانون المدنى، ومن ثم فلا ولاية للقضاء المدنى بالفصل فى المنازعات التى تقوم بين الملتزم والحكومة. أما بالنسبة للعلاقة بين الملتزم والمنفعين، كعلاقة شركات المياه والغاز

بمقتضى قانون (أو مرسوم) أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م88 مدنى).

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص271- الدناصورى وعكاز ص451 وما بعدها.

والكهرباء والنقل بعملائها فهذه علاقة تخضع لأحكام القانون المدني، وينبنى على ذلك أن المنازعات التي تقوم فى شأن هذه العلاقة تخضع لسلطان القانون المدني⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الأمور المستعجلة المختلطة بالقاهرة باختصاصها بتعيين حارس قضائى على شركة ترام القاهرة ضمانا لتسيير مركباتها لخدمة الجمهور⁽²⁾.

إلا أن ركن عدم قابلية المال للتعامل لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه، لأنه إن صح فى أموال الحكومة العامة، فقد لا يصح فى غيرها، فإن عدم قابلية الأموال الموقوفة للتصرف فيها لم يمنع المحاكم من وضعها تحت الحراسة القضائية حفظا لحقوق الوقف أو المستحقين فيه أو لحقوق الدائنين⁽³⁾.

كما أنه يجوز وضع الحراسة على الأموال العامة إذا كانت الصفة العامة لهذه الأموال وكذلك ملكيتها متنازعا عليها ويدعيها أحد الأفراد⁽⁴⁾.

وإذا أثيرت منازعة بشأن قابلية المال للتعامل فيه أو ملكيته وجب على القاضى المستعجل أن يمحص هذا النزاع من ظاهر المستندات توصلا إلى توافر ركن عدم قابلية المال للتعامل فيه من عدمه، فإذا تبين له قابلية المال للتعامل فيه قضى بالحراسة إذا توافرت شروطها، وإذا استبان له جدية القول بعدم قابليتها للتعامل قضى برفض الدعوى، وهو فى ذلك لا يقضى فى أصل النزاع بل يقضى دائما وفقا للظاهر من الأوراق.

غير أنه يجوز وضع الحراسة على زراعة الأفراد فى الأملاك العامة بطريق

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 271 وما بعدها - راتب وآخرين ص 493 هامش (2).

(2) مستعجل مصر مختلط 26 مايو سنة 1931.

(3) عبد الحكيم فراج ص 253.

(4) السنهورى ص 798 - عبد الحكيم فراج ص 253 محمد عبد اللطيف ص 272.

الخفية أى بدون عقد إيجار، فإذا قام نزاع بين الأفراد حول الانتفاع بزرع الأملاك العامة ومن منهم أحق بالمحصولات القائمة عليها، جاز وضع هذه المحصولات تحت الحراسة. والحراسة هنا وضعت على المحصولات وهى أموال خاصة ولم تفرض على الأملاك العامة ذاتها⁽¹⁾.

أما الأموال الخاصة المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة، فيجوز وضعها تحت الحراسة، غير أن ذلك يستبعد أن يحصل فى العمل بسبب ملاءة الحكومة والأشخاص الاعتبارية العامة وقدرتها على القيام بالتزاماتها مما ينفى ركن الخطر الواجب فى الحراسة.

وعلى أى حال فرقابة القضاء على الأموال الخاصة للدولة وكذلك على الأموال الخاصة للأشخاص الاعتبارية العامة رقابة كاملة لا تحددها قيود.

ولما كان القانون رقم 147 لسنة 1957 المعدل لأحكام المادة 970 مدنى يقضى بأنه لا يجوز تملك هذه الأموال أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، فإنه ينبى على ذلك أنه لا يجوز وضعها تحت الحراسة إذا كان النزاع يدور حول الحيازة أو تملكها أو تملك أى حق عينى عليها بالتقادم⁽²⁾.

ويسرى ذلك أيضا على أموال الأوقاف الخيرية.

269- هل يجوز فرض الحراسة على أموال هيئات وشركات القطاع

العامة؟

(1) السنهورى ص 798 هامش (1).

(2) السنهورى ص 798 هامش (2) وما بعدها- راتب وآخرين ص 494 هامش (1)- وقارن المستشار محمد عبد اللطيف ص 272 فيذهب إلى أنه وإن كان يجوز تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد بمضى المدة إلا أن المحاكم تختص بنظر المنازعات المتعلقة بملكيتها، وتبعاً لذلك يختص قاضى الأمور المستعجلة بوضع عين من هذه الأعيان تحت الحراسة القضائية إذا قام بشأنها نزاع جدى حول ملكيتها.

ينظم هيئات القطاع العام وشركاته القانون رقم 97 لسنة 1983 (المعدل) بإصدار قانون في شأن هيئات القطاع العام وشركاته.

وقد نصت المادة الثانية من القانون على أن: "تتشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام، ويحدد القرار الصادر بإنشائها: 1- اسمها ومركزها الرئيسيالخ". ثم نصت الفقرة الثانية من المادة 14 من القانون على أن: "تعتبر أموال الهيئة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشائها".

وعلى ذلك فإن الأصل أن أموال الهيئة تكون من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومن ثم فإنه يجوز فرض الحراسة القضائية على هذه الأموال. وقد رأينا في البند السابق، أن فرض الحراسة على هذه الأموال يستبعد أن يحصل في العمل بسبب ملاءة الحكومة والأشخاص الاعتبارية العامة وقدرتها على القيام بالتزاماتها مما ينفى ركن الخطر الواجب في الحراسة. (راجع البند السابق)

أما بالنسبة لشركات القطاع العام فلم يرد نص صريح في القانون يحدد صفة أموالها، غير أن الواضح من المادة 18 من القانون أن شركات القطاع العام قد يساهم أو يمتلك فيها أشخاص خاصة بشرط ألا تقل نسبة الشخص العام (أو الأشخاص العامة) عن 51%، ومن ثم فإن أموال هذه الشركات قد تكون مملوكة لشخص عام أو أكثر وحينئذ تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ويسرى على فرض الحراسة عليها ما يسرى على فرض الحراسة على الأموال المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة ملكية خاصة والذي أوضحناه سلفاً. وقد تكون أموال هذه الشركات مشتركة بين الملكية الخاصة للدولة والملكية الخاصة للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وعندئذ يصبح القدر الذي يدخل

في رأسمالها من الأموال الخاصة خاضعا لأحكام الحراسة القانونية كالشأن في أي مال خاص آخر.

غير أنه لما كانت هذه الشركات خاضعة لإشراف من الدولة، يتمثل في إشراف هيئة القطاع العام عليها، فضلا عن أنه يتولى إدارتها رئيس مجلس إدارة يرشحه الوزير المختص ويصدر بتعيينه قرار من رئيس مجلس الوزراء كما يرأس جمعيتها العامة الوزير المختص وله أن ينيب عنه في رئاستها رئيس الهيئة المختص، كما يشترك في عضوية الجمعية ممثل لكل من وزارات المالية والتخطيط والاقتصاد والتجارة الخارجية يختاره الوزير، ورئيس وأعضاء مجلس إدارة هيئة القطاع العام التي تشرف عليها، كما يحضر اجتماعاتها مراقبو الحسابات بالجهاز المركزي للمحاسبات (مادتان 34 ، 35)، كما يكون لكل من الوزير المختص أو الجمعية العامة بأغلبية ثلثي أعضائها تنحية رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة كلهم أو بعضهم بقرار مسبب لمدة لا تزيد على سنة، إذا رؤى أن في استمرارهم إضرارا بمصلحة العمل..... وعلى الوزير المختص في حالة التنحية أن يعين مفوضا أو أكثر لإدارة الشركة (م37) كما أوجب رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات على حسابات الشركة (م39)، وأخيرا فقد وضع الشارع حماية مشددة لأموال هذه الشركات بنصه في المادة 119 من قانون العقوبات (الواردة في الكتاب الثاني - الباب الرابع الخاص باختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر) على جعل ما يكون كله أو بعضه مملوكا لهذه الشركات أو خاضعا لإشرافها أو لإدارتها مالا عاما في تطبيق أحكام الباب المذكور، وينصه في المادة 119 مكررا على جعل رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرين وسائر العاملين في هذه الشركات موظفين عموميين في حكم الباب المشار إليه. كل ذلك يستبعد معه فرض الحراسة على هذه الشركات في التطبيق العملي، لما يحققه من الحفاظ على أموال هذه الشركات ويكفل قدرتها على القيام بالتزاماتها، مما ينفى ركن الخطر الواجب توافره

فى الحراسة.

270- هل يجوز فرض الحراسة على أموال الشركات الخاضعة لأحكام القانون رقم 203 لسنة 1991 بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام؟

نصت المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم 203 لسنة 1991 بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام على أن: "يعمل فى شأن قطاع الأعمال العام بأحكام القانون المرافق، ويقصد بهذا القطاع الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون وتتخذ هذه الشركات بنوعيتها شكل شركات المساهمة، ويسرى عليها فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم 159 لسنة 1981. ولا تسرى أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم 97 لسنة 1983 على الشركات المشار إليها".

وواضح من هذا النص أن شركات قطاع الأعمال العام نوعان:

الأول: الشركات القابضة.

الثانى: الشركات التابعة للشركات القابضة.

وطبقا للمادة الثانية من قانون الإصدار تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع الخاضعة لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1983، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون ودون حاجة إلى أى إجراء آخر.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون على أن تأخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة، وتعتبر من أشخاص القانون الخاص.

كما نصت المادة 12 من القانون على أن تعتبر أموال الشركة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة.

وبالبناء على ذلك تعتبر أموال الشركات القابضة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة⁽¹⁾. ويخضع فرض الحراسة عليها لما تخضع له فرض الحراسة على الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة.

أما الشركات التابعة للشركات القابضة فهي بدورها من الأشخاص الاعتبارية الخاصة وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 16 من القانون على أن تتخذ الشركة التابعة شكل شركة مساهمة وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها في السجل التجاري.

ولم ينص القانون على اعتبار أموال هذه الشركات من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة كما فعلت المادة 2/12 منه بالنسبة لأموال الشركات القابضة، لأن أموال هذه الشركات قد تكون مملوكة للدولة ملكية خاصة إذا كانت الشركة القابضة تملك رأسمالها بالكامل، وقد تكون بعض أموالها أموالاً خاصة إذ كان يساهم في رأس مالها أفراد أو أشخاص اعتبارية من القطاع الخاص⁽²⁾ (مادتان 16 ، 22 من القانون).

وعلى ذلك فالأصل أن تخضع الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة لأحكام فرض الحراسة على الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة والتي أوردناها فيما تقدم،

(1) وقد نصت المادة 52 من القانون على أن تعتبر أموال الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون في حكم الأموال العامة، كما يعد القائمون على إدارتها والعاملون فيها في حكم الموظفين العموميين وذلك في تطبيق أحكام البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، والباب الثالث خاص بالرشوة والباب الرابع خاص باختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر.

(2) لاحظ حكم المادة 52 من القانون المنشورة سلفاً في هذا البند هامش (1).

وخلصنا فيها إلى أنه يستبعد في العمل وضع الحراسة عليها لانتفاء ركن الخطر الواجب في الحراسة، أما الأموال المملوكة للأفراد أو للأشخاص الاعتبارية الخاصة، فهي أموال خاصة ويجوز في الأصل فرض الحراسة عليها. غير أنه لما كان لا يمكن في هذه الشركات فصل الأموال المملوكة للدولة عن الأموال المملوكة للأفراد أو للأشخاص الاعتبارية الخاصة عندما يراد فرض الحراسة، وأن هذه الشركات تخضع لرقابة الشركات القابضة والتي اعتبرت أموالها مملوكة ملكية خاصة للدولة، كما تخضع لرقابة من الدولة وتتمثل هذه الرقابة في حضور مراقبي الحسابات من الجهاز المركزي للمحاسبات اجتماعات الجمعية العمومية (م26) وفي تولى هذا الجهاز مراقبة حسابات الشركة وتقييم أدائها طبقاً لقانونه (م35)، فضلاً عما أسبغته المشرع في المادة 52 من القانون على أموال هذه الشركات من حماية مشددة، فإنه يستبعد من الناحية العملية فرض الحراسة على هذه الشركات وذلك لانتفاء ركن الخطر الواجب توافره في الحراسة القضائية.

271- ثانياً: أن يكون المال قابلاً للحجز عليه :

يجب أن يكون المال محل الحراسة قابلاً للحجز عليه لأن المال إذا كان غير قابل للحجز عليه، فإن فرض الحراسة عليه يتعارض مع ما يقرره المشرع من حماية لهذا المال بمنع الحجز عليه. ومثال ذلك القانون رقم 513 لسنة 1953 بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية في حدود خمسة أفدنة⁽¹⁾.

(1) وقد حل هذا القانون محل القانون رقم 4 لسنة 1913 والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1916 بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة، وكان يقضى بمنع الحجز على ما يملكه الزراع من الأقطان وملحقاتها إذا كانت لا تزيد على خمسة أفدنة. وقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم 513 لسنة 1953 على أن: "يلغى القانون رقم 4 لسنة 1913 المشار إليه وذلك مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين التي ترتبت على أحكام

وتقضى المادة الأولى من هذا القانون بأن: "لا يجوز التنفيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها الزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها. ويدخل فيما لا يجوز التنفيذ عليه.

(أ) الآلات الزراعية والمواشى اللازمة لاستثمار الأرض غير الجائز التنفيذ عليها.

(ب) مسكن الزارع وملحقاته.

ويعتبر زارعا فى أحكام هذا القانون كل من كانت حرفته الأصلية الزراعة وكانت هى كل أو جل ما يعتمد عليه فى معيشته سواء باشرها بنفسه أو بواسطة غيره".

ونصت المادة الثانية منه على أن: "لا تسرى أحكام المادة السابقة على:

(أ) أصحاب الديون الممتازة.

(ب) الدائنين بديون ناشئة عن جناية أو جنحة.

(ج) الدائنين بنفقة مترتبة على الزوجية وأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن وبما يكون مستحقا من المهر.

المادة الثانية منه وبالشروط الموضحة بها.

ولا يترتب على إلغاء القانون المذكور المساس بحقوق الدائنين الذين نشأت ديونهم خلال العمل به بشرط أن تكون سنداتهما مسجلة أو مقيدة أو ثابتة التاريخ فى ذلك الوقت.

ويستفيد من هذا الحكم من يحل محل الدائنين الأصليين فى حقوقهم وللدائنين المذكورين فى الفقرة السابقة أن يجددوا آجال ديونهم مرة أو مرات وأن يمدوها ولو باستبدال سنداتهم بغيرها وذلك مع عدم المساس بحقوقهم ويشترط ألا يقع آخر أجل يحدد للوفاء بعد خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون وأن يقدموا هذا السند مذكورا فيه التجديد ومبينا به السند الجديد بيانا تاما".

(د) الدائنين الذين ينص القانون على عدم سريان هذا القانون عليهم⁽¹⁾.
ومن ثم لا يجوز للدائن أن يطلب وضع هذه الملكية تحت الحراسة، لأنه لا يستطيع التنفيذ عليها حتى لو قضى له في موضوع الحق الذي يدعيه.
غير أنه إذا لم تكن الحراسة من أجل الدين، وإنما طلبت لسبب آخر، كنزاع على الملكية أو وضع اليد أو الإدارة، فإنه يجوز فرض الحراسة عليها لعدم تعارض الحراسة مع ما قصده الشارع من حماية واجبة لرعايتها، بل إن إجراء الحراسة يكون الغرض منها في الحالات المذكورة المحافظة على حقوق أصحاب الشأن من المزارعين⁽²⁾.

272- ثالثاً : أن يكون المال قابلاً لإدارته بواسطة الغير :

يجب أن يكون المال محل الحراسة قابلاً لإدارته بواسطة الغير.
وبالترتيب على ذلك لا يجوز فرض الحراسة على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ونحوهم من ذوى المهن الحرة، إذ لا يتصور أن يحل حارس محل المحامى أو محل الطبيب فى مكتبه أو عيادته، لأن الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه الأحوال يمنع من ذلك، فهذه المهن تقوم على الكفاءة الشخصية لصاحبها،

(1) ويلاحظ ما تقضى به المادة الأولى من القانون رقم 420 لسنة 1954 بأنه: "لا تسرى أحكام القانون رقم 513 لسنة 1953 المشار إليه على الديون المستحقة للحكومة وبنك التسليف الزراعى والجمعيات التعاونية"- وراجع فى المنقولات غير القابلة للحجز عليها مؤلفنا الحجز القضائى على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء سنة 1995 ص47 وما بعدها.

(2) عبد الحكيم فراج ص254 وما بعدها- راتب وآخرين ص494- أما بالنسبة لفرض الحراسة على الأموال الخاضعة لقانون تسوية الديون العقارية فقد قضى بأن الحظر الوارد بالمادة الثالثة عشرة من قانون التسوية العقارية رقم 3 لسنة 1929 لا ينسحب إلا على إجراءات التنفيذ التى يباشرها الدائن على أموال مدينه عقاراً كان أو منقولاً =
= للوصول إلى بيعها ببيعا جبرياً فلا يسرى هذا الحظر على دعوى الحراسة التى تعتبر من الإجراءات التحفظية الواقية من إجراءات التنفيذ (كفر الزيات الجزئية فى 1941/4/7).

وهذه الكفاءة تختلف من شخص لآخر، وهى أساس ثقة عملائه فيه وتعاملهم معه، ومن ثم فإنه قد يترتب على فرض الحراسة انصراف العملاء عن صاحب المهنة، فضلا عما تنطوى عليه الحراسة فى هذه الصورة من سلب لحرية المحامى أو الطبيب فى مزاولته مهنته الأمر الذى لا يجيزه الدستور، كما يفقده كرامته ويحط من سمعته ويدعو إلى عدم ثقة العملاء فيه⁽¹⁾.

إلا أن مناط ذلك هو قيام المحامى أو الطبيب بممارسة مهنته فعلا⁽²⁾. ولكن يجوز فرض الحراسة على صيدلية، لأنه يمكن تعيين أحد الصيادلة حارسا عليها يتولى إدارتها⁽³⁾.

وقد ذهب رأى إلى أن يشترط فى المال محل الحراسة أن يكون مالا متقوما أى أن يكون قابلا للاستغلال المادى، فيكون الغرض من وضعه تحت الحراسة نزعه من واضع اليد واستغلاله بمعرفة حارس، أما إذا كان المال غير قابل للاستغلال المادى فلا يجوز وضعه تحت الحراسة، ومثال ذلك المعاهد العلمية والنادى الثقافية والاجتماعية والرياضية والنقابات المهنية والكنائس والمساجد، ورتب هذا الرأى على ذلك عدم جواز وضع إدارة مدرسة للتعليم الابتدائى تحت الحراسة، لأن مهمة المدرسة تعليمية ثقافية ترمى إلى تعليم النشء وتنقيفهم، وليس من ورائها استغلال مادى حتى يجوز نزع إدارتها من يدها وتكليف حارس قضائى بها ليجمع المال المتحصل منها ويوزعه على الشركاء⁽⁴⁾.

غير أن الرأى الراجح فقها وقضاء -والذى أخذت به محكمة النقض كما سنرى- يجيز فرض الحراسة على المنشآت الغير قابلة للاستغلال المادى، متى توافرت شروط

(1) السنهورى ص 799 - حسن عكوش ص 29 - الدناصورى وعكاز ص 455.

(2) المستشار مصطفى هرجه ص 416.

(3) السنهورى ص 799 - حسن عكوش ص 29 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 277.

(4) قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة الإسكندرية الكلية الأهلية فى 13 ديسمبر سنة 1937.

الحراسة، ولم يرد حظر صريح أو ضمنى من فرض الحراسة عليها، لأن هذه المنشآت وإن كانت لا تهدف إلى الكسب المادى إلا أن إدارتها تتطلب تدبير المال اللازم لصرف مرتبات الموظفين والعمال القائمين بشئون هذه الإدارة، فإذا ساءت إدارتها واضطرب فيها النظام بسبب استئثار أحد الشركاء أو الأعضاء بمواردها المالية وامتناعه عن صرف المرتبات والأجور المستحقة للعاملين بها، فقد أصبح من المتعين إقامة حارس عليها لإدارتها وتصريف شئونها⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك قضي:

1- بفرض الحراسة على مدرسة لتعليم اللاسلكى لإدارتها وتحصيل إيراداتها وصرف ما يلزمها من نفقات وإيداع صافى الإيراد خزانة المحكمة حتى يفصل فى النزاع.

(مستعجل مصر 16 فبراير سنة 1950 فى الدعوى رقم 477 لسنة 1950)

وكان المدعى والمدعى عليه قد أسسا مدرسة لتعليم اللاسلكى ولما دب الخلاف بينهما، ورفعت بسببه دعوى بفسخ عقد الشركة، أصبح الحال يستلزم إجراء مؤقتاً يحفظ حقوق الطرفين إلى أن يستقر وضع معين.

2- يجوز فرض الحراسة على مدرسة خاصة لأن ما تطلبه المشرع فى صاحب المدرسة الخاصة من صفات ومؤهلات لا علاقة له بأموال المدرسة التى تقبل أن يعهد بإدارتها إلى الغير. والحكم بفرض الحراسة عليها ليس من شأنه وقف تنفيذ الترخيص الصادر بفتحها أو المساس بمؤهل صاحبها أو بما له من حقوق أو بما فرضه عليه القانون من واجبات أو ما رتبته على مخالفتها من جزاء.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

(1) راتب وآخرين ص 495 وما بعدها- عبد الحكيم فراج ص 256- المستشار محمد عبد اللطيف ص 277- الدناصورى وعكاز ص 453 وما بعدها.

"العلاقة التى تربط المطعون عليه بالأول بمورث الطاعنين والمطعون عليه الثانى علاقة تعاقدية أساسها عقد الشركة المبرم بينهم فى 1958/7/23 الذى لم تكن الإدارة طرفا فيه، وكان للقضاء العادى ولاية للفصل فيما ينشأ عن هذا العقد من نزاع بشأن ما اشتمل عليه من حقوق والتزامات وما يتفرع عن هذا النزاع من طلب فرض الحراسة القضائية على المدرسة موضوع العقد، إلا إذا كان من شأن هذه الحراسة وقف تنفيذ أمر إدارى صدر من جهة إدارية مختصة بإصداره فإن هذه الولاية تنعدم ويصبح القضاء الإدارى هو وحده الذى له ولاية الفصل فيها، وإذا تعتبر المدرسة موضوع الدعوى منشأة خاصة لأنها على ما أفصحت عنه المادة الأولى من القانون رقم 160 لسنة 1958 مؤسسة غير حكومية تقوم أصلا بالتربية والتعليم وإن كانت تخضع لرقابة وزارة التربية والتعليم وتفتيشها فى الحدود والقيود المبينة بالقانون المذكور ولائحته التنفيذية، وكان ما تطلبه المشرع فى صاحبها من صفات ومؤهلات لا علاقة له بأموال المدرسة التى تقبل أن يعهد بإدارتها إلى الغير وكان الحكم بفرض الحراسة عليها ليس من شأنه وقف تنفيذ الترخيص الصادر بفتحها أو المساس بمؤهل صاحبها أو بما له من حقوق أو بما فرضه عليه القانون رقم 160 لسنة 1958 من واجبات أو ما رتبته على مخالفتها من جزاء لما كان ذلك وكانت المادة 23 من القانون المذكور والمادة 69 من لائحته التنفيذية قد أوجبت على منهما أن تبين اللائحة الداخلية للمدرسة الخاصة التى تتقاضى مصروفات نظام تعيين الموظفين والمؤهلات المطلوب توافرها فيهم والمرتبات التى يمنحونها عند التعيين، وكان يبين من اللائحة الداخلية للمدرسة موضوع النزاع والمقدمة من الطاعنين والمرفقة بالملف أنه قد نص فى الباب السادس منها على أن يعين مدير المدرسة بقرار من صاحبها بناء على ترشيح مجلس الإدارة فإن القرار الصادر بتعيين مدير المدرسة بقرار من صاحبها أو من وراثته أو النائب عنهم لا يعتبر من القرارات الإدارية التى يمتنع على القضاء

العادى وقف تنفيذها حتى ولو وافقت مديرية التربية والتعليم عليه، وإذ ثبت من دفاع الطاعنين ومن المستندات المقدمة منهم والمرفقة بالأوراق أن محمد نبيل عبد الوهاب عين مديرا ماليا وإداريا للمدرسة، وكان القرار الصادر بتعيينه لا يعتبر من القرارات الإدارية على النحو سالف البيان، فإنه بوصفه هذا لا يحول دون القضاء بوضع المدرسة تحت الحراسة القضائية، كما لا يحول دون هذا القضاء أيضا ما تطلبت المادتان 4، 7 من القانون رقم 160 لسنة 1958 توافره فى صاحب المدرسة ومديرها من شروط، وإذ اقتصر اختصاص المدير على الشئون المالية والإدارية دون الشئون التربوية والتعليمية التى يختص بها ناظر المدرسة على ما أفصحت عنه المادة 43 من اللائحة الداخلية للمدرسة، فإن تنفيذ حكم الحراسة لن يؤدى إلى المساس بهذه الشئون الأخيرة وإلى جعل المطعون عليه الأول ذا شأن فى إدارة المدرسة، ومن ثم فإن القضاء العادى يكون وحده المختص بنظر دعوى الحراسة دون القضاء الإدارى، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة الصحيحة، فإن تعيينه فيما قرره من أن تعيين محمد نبيل عبد الوهاب يعتبر عملا إداريا ماديا لا قرارا إداريا وفيما تزيد منه من اتخاذه من عدم تمسك مديرية التربية والتعليم بالدفع بعدم الاختصاص الولاى دليلا على صحة قضائه وفى باقى ما ورد بأوجه الطعن يكون غير منتج، ذلك أنه متى كان الحكم سليما فى نتيجته فإنه لا يبطله ما يكون قد اشتملت عليه أسبابه من أخطاء قانونية إذ لمحكمة النقض أن تصح هذه الأسباب دون أن تنتقضه".

(طعن رقم 440 لسنة 37 قى جلسة 1973/2/1)

(أنظر أيضا طعن رقم 319 لسنة 36 قى جلسة 1970/12/31)

3- بفرض الحراسة على نادى التجديف الدولى، بناء على طلب أحد أعضائه لضمان استمرار العمل فيه مؤقتا، وذلك عندما أغلقه رئيس لجنة النادى ورفض عقد الجمعية العمومية وفقا للنظام الأساسى للنادى.

(محكمة الاستئناف المختلطة فى 6 نوفمبر سنة 1926)

4- بفرض الحراسة القضائية على نادى القضاة وتكليف الحارس باستلام النادى بما يكون له من فروع لإدارته وحفظ أمواله وإنفاقه الضرورى من المصاريف اللازمة لإدارته وعموما كل ما يخوله النظام الأساسى لنادى القضاة المسجل بوزارة الشئون الاجتماعية برقم 4 لسنة 1994 لمجلس الإدارة وذلك بصفة مؤقتة إلى أن يتم انتخاب مجلس الإدارة وفقا لذلك النظام وعلى الحارس دعوة الجمعية العمومية للنادى لانتخاب مجلس الإدارة طبقا لأحكام القانون رقم 32 لسنة 1964 والنظام الأساسى للنادى فى خلال شهر من تاريخ إعلانه بهذا الحكم تم تسليم النادى وأمواله إلى مجلس الإدارة المنتخب وقد جاء بأسباب الحكم:

"وحيث إنه لا خلاف بين طرفى الخصومة فى أن نادى القضاة من النوادى الخاصة الذى يخضع لأحكام القانون رقم 32 لسنة 1964 المشهر برقم 4 لسنة 1964 ومن ثم يكون من الأموال القابلة للتعامل القابلة لإدارتها بواسطة الغير والتي يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية وقد أجمع الفقه والقضاء على جواز وضع الحراسة القضائية على النوادى والجمعيات النقابية".

(الدعوى رقم 7426 لسنة 1975 مستعجل القاهرة جلسة 1975/5/26)

5- بفرض الحراسة على نقابة عمل شركة الترام، إذ احتدم النزاع بين أعضاء الجمعية وبين مجلس إدارة نقابتهم ورفع أشخاص انتخبهم العمال دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل الذى استبان احتدام الخلف بين الطرفين مما يجعل الغرض الذى أنشئت بسببه النقابة مستهدفا للخطر ومواردها معرضة للضرر فندب حارسا يتولى مؤقتا رعاية تلك المصالح حسب القانون الأساسى للنقابة وإيداع صافى الربح خزانة المحكمة حتى يفصل نهائيا فى التمثيل الصحيح للنقابة.

(مستعجل مصر فى 1940/3/20)

6- بفرض الحراسة على كنيسة طالما أن النزاع مقصور على وضع اليد

على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات، وليس فيه ما يمس الشعائر أو السلطان الديني للرئيس الديني.

وفي هذا قضت محكمة النقض أن :

"متى كان النزاع بين طرفي الخصومة مقصورا على وضع اليد على الكنيسة وحقوق الإدارة فيما يتعلق بمنقولاتها وأثاثها وتحصيل الاشتراكات والتبرعات فإنه يعتبر نزاعا مدنيا ليس فيه ما يمس العبادات من قريب أو بعيد، ويكون الدفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية بنظره استنادا إلى نص المادة 15 من لائحة ترتيبها على غير أساس. وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى بإقامة حارس على الكنيسة قد حدد مأموريته - دون مساس بالسلطان الروحي لغبطة الرئيس الديني للطائفة باستلام أموالها ومنقولاتها والإشراف على النواحي المالية والإدارية وتحصيل الإيرادات من اشتراكات وتبرعات وغيرها وصرف المصاريف الضرورية ودفع المرتبات وإيداع الباقي خزانة المحكمة على ذمة الفصل في الدعوى الموضوعية إذا كان الحكم قد قضى بذلك فإنه لا يكون قد جاوز حدود اختصاصه".

(طعن رقم 98 لسنة 19 جلسة 1950/11/30)

7- بوضع جريدة تحت الحراسة إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك.

(استئناف مختلط أول يونية سنة 1938 ، 31 مايو سنة 1944)

273- هل يجوز فرض الحراسة على الحقوق المعنوية؟

من أمثلة الحقوق المعنوية حقوق الملكية الصناعية والفنية والعلمية والأدبية. وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى عدم جواز فرض الحراسة على حقوق الملكية المعنوية لأن الحراسة إيداع شيء منقول أو عقار في يد الحارس بقصد المحافظة على حقوق ومصالح أصحاب الشأن فيه، فلا يمكن أن يؤمر بها

على الحقوق المعنوية لأنها لا تقبل الاستغلال مادياً⁽¹⁾. وقد سائر هذا الاتجاه قلة من المحاكم في مصر⁽²⁾. إلا أن الرأي الراجح يعارض هذا الرأي على أساس أن الحراسة ليست وديعة حتى يشترط فيها الإيداع المادى، بل هى سلطة يتلقاها الحارس من القانون بمقتضى حكم من القضاء، فيجوز أن يكون محل الحراسة حقا معنويا، فإذا قام - مثلا - نزاع على الحق وتوافرت أركان الحراسة الأخرى جاز وضعه تحت الحراسة⁽³⁾.

وعلى ذلك يجوز فرض الحراسة على براءات الاختراع والنماذج والرسومات، على أنه إذا كانت لم تصدر بعد براءة باختراع معين، فإنه لا يجوز فرض الحراسة عليه إذ قد يقدر المخترع عدم الإعلان عنه وفى وضع الحراسة عليه إساءة لسمعته.

ولما كانت المادة 18 من القانون رقم 57 لسنة 1939 نصت على أنه لا يجوز الحجز على العلامة التجارية أو الاسم التجارى على استقلال، فإنه لا يجوز فرض الحراسة عليهما بالتالى إلا مع المحل التجارى⁽⁴⁾.

(1) محكمة بيزانسون 15 مارس سنة 1882 إذ قضت بعدم جواز فرض الحراسة على حق الصيد - مستعجل مصر 27 يونية سنة 1952.

(2) مستعجل مصر 27 يونية سنة 1952.

(3) السنهورى ص 801 عبد الحكيم فراج ص 251 وما بعدها - راتب وآخرين 497 هامش (2) وما بعدها - محمد عبد اللطيف ص 274 وما بعدها - الدناصورى وعكاز ص 460 وما بعدها.

(4) فقد قضت محكمة النقض بأن:

"منع الشارع بنص المادة 18 من القانون رقم 7 لسنة 1939 نقل ملكية العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها منفصلة عن المحل التجارى أو مشروع الاستغلال وذلك حماية للجمهور من الخديعة ومنعا لتضليله بالنسبة لمصدر البضاعة، ولا يجوز الاستناد فى إباحة التصرف فى العلامة التجارية مستقلة عن المحل إلى نص المادة 19 من القانون المذكور إذ

وبالنسبة لحقوق الملكية الأدبية وهي حقوق المؤلف فى طبع ونشر نتاج فكره. فإنه لا يجوز فرض الحراسة على الحق الأدي للمؤلف، لأنه من قبيل الحقوق الشخصية البحتة التى تتصل بشخص الإنسان، وهذا الحق لا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه عملاً بالمادة العاشرة من القانون رقم 354 لسنة 1954 (المعدل) بإصدار قانون حماية المؤلف، وبالتالى يمتنع فرض الحراسة عليه، لأن مقتضى فرض الحراسة عليه جبر المؤلف على طبع مصنفه بقصد استغلاله مالياً وقد تقوم لديه اعتبارات أدبية يرى فيها عدم طبع المصنف ونشره، وهو صاحب الشأن فى تقدير هذه الاعتبارات⁽¹⁾.

أما إذا قرر المؤلف نشر مؤلفه ونشره أو إذا توفى المؤلف قبل حصول النشر ولكن ثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشر مؤلفه قبل وفاته، فإنه يكون قد استنفد حقه الأدي بتقريره النشر، ولم يبق إلا حقه المالى متمثلاً فى نسخ المؤلف التى

الواضح من نص هذه المادة أن الشارع لم ير إهدار ما سبق تقريره فى المادة السابقة من منع نقل ملكية العلامة منفصلة عن المحل التجارى أو مشروع الاستغلال وإنما قصد إجازة بيع المحل التجارى دون علاماته التجارية عند الاتفاق على ذلك وعلة هذه الإباحة أن صاحب المحل قد يرى عند نقل ملكية محله الاحتفاظ بعلاماته إما لإعادة استعمالها لنفسه أو حبسها عن التداول أو لأى غرض آخر وأما فى حالة عدم الاتفاق فإن التصرف يشتمل المحل بعلاماته التجارية لارتباطها الوثيق بالمحل أو مشروع الاستغلال الوارد عليه التصرف وبعبارتها من توابعه، ولا تفيد عبارة النص المذكور ولو من طريق مفهوم المخالفة إمكان التصرف فى العلامة مستقلة عن مصنعها لأن هذا الحكم قد تقرر منعه وعدم إجازته فى المادة السابقة، ولو كان مراد الشارع بإباحة ذلك لما عنى بإيراده فى المادة 18 من القانون المذكور كأصل تشريعى مقرر وكان ذلك مما يتعارض مع غرضه الأساسى الذى أوضحه بجلاء فى مذكرته التفسيرية تمشياً على ما هو متبع فى بعض الدول".

(طعن رقم 101 لسنة 22 ق جلسة 1955/6/23)

(1) محمد عبد اللطيف ص 274 وما بعدها راتب وآخرين ص 268 - الدناصورى وعكاز ص 460.

يكون قد تم نشرها، ومن ثم فإنه يجوز فرض الحراسة على حق الاستغلال المادى، كما لو قام نزاع بين المؤلف والناشر حول كيفية استغلال المؤلف أو قام نزاع بين ورثة المؤلف بشأن هذا الاستغلال أو استأثر أحد الورثة باستغلاله دون الباقيين⁽¹⁾.

274- فرض الحراسة على مجموع من المال:

ثار الخلاف في فرنسا وفي مصر - في ظل التقنين القديم - فيما إذا كان يجوز وضع الحراسة على مجموع من المال كالشركة والتركة ويرجع هذا الخلاف إلى أن المادة 2/1961 من القانون المدني الفرنسي تجيز الحراسة على "عقار" أو على "منقول" بلفظ المفرد، وكذلك فعل النص الفرنسي للمادة 600/491 مدنى قديم فوقعت الشبهة في أن الذى يجوز وضعه تحت الحراسة هو عين معينة بالذات لا مجموع من المال.

ولكن تجنب المشرع في التقنين المدني الجديد هذا الخلاف ونص صراحة على جواز وضع الحراسة على المنقول والعقار ومجموع الأموال (المادتان 729 ، 730) ومن ثم فأصبح من الجائز - بلا خلاف - وضع الحراسة على مجموع من المال.

ولما كان المحل التجارى في معنى المادة 2/594 مدنى مال منقول معنى يتضمن مجموعة عناصر ومخصص لاستغلال تجارة أو صناعة معينة، وهو وإن كان يشمل عناصر مادية كالسلع والمهمات، وعناصر معنوية كالعنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق الملكية الصناعية، إلا أن له قيمة اقتصادية منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل من هذه العناصر على حدة فهو يمثل هذه العناصر مجتمعة منظورا إليها كوحدة

(1) محمد عبد اللطيف ص 275- الدناصورى وعكاز ص 460- راجع مؤلفنا الحجز القضائى

على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء ص 53.

معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة⁽¹⁾. ومن ثم فإنه يجوز وضع المحل التجارى تحت الحراسة القضائية طالما توافرت شروطها.

275- رابعا: أن يكون المال متصلا بموضوع الدعوى:

وهذا الشرط يمنع من وضع أموال الوكيل تحت الحراسة فى دعوى حساب عن إدارته، إذ حتى لو ثبت انشغال ذمته بمبلغ معين بعد تقديم الحساب، فإن هذا لا يستوجب رفع يده عن ماله⁽²⁾.

غير أنه لا يمنع من فرض الحراسة أن تكون الأعيان المراد فرض الحراسة عليها مؤجرة للغير، وما على الحارس إلا اعتماد الإيجارات الصحيحة الصادرة عنها وتحصيل الأجرة ودفع الأموال والديون المستحقة على العقارات منها وتوزيع الصافى على الشركاء أو دفعه لصاحب العقارات أو إيداعه فى الخزينة طبقا للحكم الصادر بتعيينه فحكم الحراسة لا يخول الحارس نزع الأعيان من تحت يد مستأجرها⁽³⁾.

(راجع نقض طعن رقم 1014 لسنة 51 ق جلسة 1988/5/8 المنشور سلفا)

حالتان يجوز فيهما فرض الحراسة القضائية:

(الحالة الأولى): قيام نزاع جدى فى شأن المال:

276- المقصود بهذه الحالة:

يشترط للحكم بالحراسة القضائية فى هذه الحالة قيام جدى فى شأن المال

(1) الدكتورة سميحة القليوبى تأجير استغلال المحل التجارى (التأجير بالجدك) سنة 1987 ص18 وما بعدها- نقض طعن رقم 495 لسنة 46 ق جلسة 1975/11/19- طعن رقم 1424 لسنة 47 ق جلسة 1979/2/5.

(2) السنهورى ص800 وما بعدها.

(3) راتب وآخرين ص497 هامش (1)- السنهورى ص802 هامش (3).

المراد وضعه تحت الحراسة، فهذا النزاع هو الذى يبرر فرض الحراسة. ولم توضح المادتان 729 ، 730 من التقنين المدنى النزاع المبرر للحراسة وماهيته وأحواله، عكس المادة 691 مدنى فرنسى التى نصت على أحوال النزاع وهى المتعلقة بالملكية ووضع اليد⁽¹⁾. ولذلك لا يتحتم أن يكون النزاع الموجب للحراسة منصبا على الملكية أو وضع اليد.

وإيراد القانون للفظ "النزاع" فى صيغة مرنة غير محددة جاء تأثرا منه بما استقر عليه الفقه والقضاء من أن يترك للقاضى سلطة مطلقة فى تقدير صور النزاع التى تبرر الحكم بوضع المال تحت الحراسة، فيجوز له أن يقضى بها كلما اقتضتها المحافظة على حقوق الخصوم.

والمقصود بالنزاع هنا هو النزاع بمعناه الواسع، فهو يشمل النزاع المنصب على المنقول أو العقار أو مجموع الأموال المراد وضعها تحت الحراسة، أو النزاع الذى يتصل بهذا المال اتصالا يقتضى عدم بقاءه فى يد حائزه وإن لم يكن منصبا على المال المذكور بالذات، فيمكن أن ينصب النزاع على إدارة المال واستغلاله أو على الربيع وكيفية توزيعه على أصحاب النصيب⁽²⁾.

ويجب أن يكون النزاع متعلقا مباشرة بالشىء المطلوب وضعه تحت الحراسة، وأن يكون المقصود من الفصل فى هذا النزاع رفع اليد الموضوع على الشىء المتنازع فيه. وكل نزاع لا يحتمل أن يؤدى الفصل فيه مباشرة إلى هذه النتيجة لا يمكن أن يترتب عليه فرض الحراسة.

فالنزاع فى الملكية يؤدى إلى الحراسة، لأن من نتائجه المحتملة رفع يد

(1) حسن عكوش المستعجل فى الفقه والقضاء الجزء الثانى الطبعة الأولى ص15.

(2) راتب وآخرين قضاء الأمور المستعجلة الطبعة السابعة ص474 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف القضاء المستعجل الطبعة الثالثة 1968 ص261 وما بعدها - الدناصورى وعكاز فى القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ 1986 ص428.

المدعى عليه عن العين المتنازع فى ملكيتها عذر الحكم بالملكية لمدعيها. وكذلك الحال بالنسبة إلى النزاع الخاص بقسمة المال الشائع، فإن من نتائج الفصل فيه رفع يد أحد الشركاء عن نصيب غيره فى الملك. وبالنسبة إلى فسخ الشركة وتصفيتها، فإن هذا الفسخ يترتب عليه رفع يد القائم بإدارة الشركة ووضع أموال الشركة وإدارتها فى يد المصطفى، وغير ذلك من الأحوال الأخرى المماثلة.

أما النزاع الخاص بحساب الإدارة الذى ينتهى بالحكم على المدعى عليه بما يظهر فى ذمته لخصمه المدعى فلا يمكن أن يكون سببا للحراسة، لأن مآل الفصل فيه هو إثبات شغل الذمة بمبلغ معين والإلزام بدفعه، والحكم بهذا لا يمنع من استمرار يد المدعى عليه على العين المتنازع فى حساب إدارتها⁽¹⁾. ويكفى لتوافر شرط النزاع الذى يتطلبه القانون وجود مجرد خلاف بين صاحبه المصلحة فيه⁽²⁾.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... ولا يشترط لاعتبار الشىء متنازعا فيه قيام دعوى بشأنه، بل إن مجرد الخلاف بين صاحبه مصلحة فيه يكفى (كالخلاف بين المالكين على الشيوخ، ولو كان الخلاف فى أمر فرعى)⁽³⁾.

277- يشترط أن يكون النزاع جديا :

يشترط فى النزاع الذى يبرر رفع دعوى الحراسة، أن يكون جديا، ومعنى

(1) محمد كامل مرسى العقود المسماة الطبعة الثانية 1371هـ- 1952م ص 645 وما بعدها،

استئناف أول يونية 1939 المشار إليه بهامش (1) ص 646 من المرجع السابق.

(2) عبد الحكيم فراج ص 91.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 277.

جدية النزاع أن يكون على أساس من الصحة يؤكدده ظاهر المستندات المقدمة من طرفى الدعوى ومن الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى. فإذا استبان للقاضى جدية النزاع تعين عليه الحكم بفرض الحراسة، أما إذا كان الادعاء لا تعلوه أى مسحة من الجد وجب عليه أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى وليس بعدم قبول الدعوى أو رفضها إذ أن النزاع هو شرط للحكم بالحراسة، وبالتالي لاختصاص القضاء المستعجل نوعياً بنظر الدعوى⁽¹⁾.

وبالترتيب على ما تقدم لا يكفى لقيام النزاع الجدى، ادعاء طالب الحراسة بوجود نزاع بينه وبين المدعى عليه.

غير أنه لا يشترط لقيام النزاع الجدى رفع دعوى بالحق أمام محكمة الموضوع⁽²⁾، بل قد يكون المقصود من رفع الدعوى الموضوعية خدمة دعوى الحراسة، ولذلك لا بد أن تستخلص المحكمة النزاع من واقع هذه القضية.

ويظل قاضى الأمور المستعجلة مختصاً بالنظر فى طلب الحراسة أثناء قيام الدعوى أمام محكمة الموضوع، إذ يكون للطالب فى هذه الحالة الأخيرة الخيار بين أن يلجأ إلى المحكمة الموضوعية ليحصل منها على حكم وقتى مستعجل أو إلى قاضى الأمور المستعجلة ليحصل منه على حكم مستعجل.

وقد يعترض على عدم اشتراط أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء بأن هذا يمكن الخصم من انتزاع المال من يد خصمه بوضعه تحت الحراسة، ثم لا يرفع الخصم دعوى النزاع الموضوعية فيبقى المال تحت الحراسة إلى غير أجل

(1) راتب وآخرين ص 479 - المستشار مجدى هرجه ص 411 وما بعدها - وقارن المستشار محمد عبد اللطيف ص 264 وما بعدها - الدناصورى وعكاز ص 429 - حسن عكوش ص 15 فيرون أن القاضى يحكم فى هذه الحالة برفض الدعوى.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 277 - السنهورى ص 821 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 264 - الدناصورى وعكاز ص 429.

معين. ويرد على هذا الاعتراض بأنه فى وسع الخصم الآخر أن يتظلم من بقاء الحراسة. كما يجوز له أن يطلب من المحكمة تحديد ميعاد لرفع دعوى الموضوع وتوقيت الحراسة بهذا الميعاد⁽¹⁾.

278- تقدير النزاع متروك لقاضى الموضوع:

يستقل قاضى الحراسة بتقدير أوجه النزاع التى تبرر فرض الحراسة، فركن النزاع من المسائل الموضوعية التى تقدرها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب تؤدى إلى النتيجة التى رتبها عليها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "تقدير أوجه النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التى تقدرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب تؤدى إلى النتيجة التى رتبها..... وكان الحكم لم يتناول عقد الشركة بالتأويل والتفسير وإنما اقتصر على استعراض وجهتى نظر الطرفين فيه ليتبين مبلغ الجد فى النزاع، فإن النعى عليه الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم 43 لسنة 20 ق جلسة 1951/6/7)

2- "متى كان يبين مما جاء فى الحكم أن المحكمة أقامت قضاءها بالحراسة على أموال الشركة استنادا إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسست معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه.

وكان تقدير الجد فى النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل

(1) السنهورى ص 821 هامش (2)- وتحقيق النيابة لا يعد نزاعا، بل إن هذا النزاع لا يكون إلا بطرح القضية أمام القضاء.

الموضوعية التى تقدرها محكمة الموضوع، متى كانت الأسباب التى جعلتها قواما لقضائها بهذا الإجراء الوقتى تودى إلى النتيجة التى رتبها عليها، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير كما ذهب إليه الطاعن إنما اقتضت على استعراض وجهتى نظر الطرفين لتبين مبلغ الجد فى النزاع وكان ما يدعيه الطاعن من أن الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالا لأحكام العقد الآنف ذكره مردود بأن شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية. فإن ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من الخطأ فى القانون والقصور فى التسيب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 215 لسنة 21 ق جلسة 1952/10/30)

3- (أ) - "تقدير الجد فى النزاع الموجب للحراسة يعتبر من المسائل الواقعية التى تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب تودى إلى ما انتهت إليه".

(ب) - "لما كان موضوع الدعوى التى صدر فيها الحكم النهائى (إشكال فى تنفيذ حكم مرسى مزاد) يختلف عن موضوع دعوى الحراسة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه فإن قضاء هذا الحكم السابق فى أسبابه بعدم جدية المنازعة المطعون ضدهما لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الحراسة وبالتالي لا يمنع القضاء المستعجل فى هذه الدعوى من العود إلى بحث الجدية فى تلك المنازعة وتقديرها من جديد إذ لا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا اتحدت الدعويان خصوما ومحلا وسببا ولا يمكن القول بأن المسألة المقضى فيها - وهى مدى جدية النزاع - واحدة فى الدعويين أن تقدير الجد فى النزاع يختلف فى دعوى الحراسة عن تقديره فى دعوى الإشكال التى يطلب فيها وقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه".

4- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير توافر النزاع الجدى والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة

الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب سائغة تكفى لحمله".

(طعان رقما 1480 ، 1635 لسنة 54 قى جلسة 1985/2/28)

أمثلة للنزاع الذى يبروضع المال تحت الحراسة القضائية :

من الأمثلة على النزاع الذى يبروضع المال تحت الحراسة القضائية ما يأتى:

279- أولا : النزاع على الملكية أو الحيازة :

إذا وقع نزاع على ملكية عقار وكان العقار فى يد الحائز واستوفى الشروط اللازمة لحماية حيازته بدعوى منع التعرض أو بدعوى استرداد الحيازة، لم يجز فى الأصل أن يؤخذ العقار منه عن طريق وضعه تحت الحراسة، بل يبقى العقار فى يده، وعلى الخصم الآخر أن يرفع دعوى الملكية.

غير أنه إذا أثبت الخصم الآخر أن هناك خطرا عاجلا من بقاء العقار تحت يد الحائز، كما إذا أهمل الحائز فى المحافظة على العقار وأخذ يبدد غلته توقعا لأن يحكم لخصمه بالملكية، جاز للخصم أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية، وذلك إلى أن يفصل فى دعوى الملكية⁽¹⁾.

وقد لا يكون النزاع منصبا على الملكية وإنما على الحيازة، كما إذا امتنع المدين الراهن رهنا حيازيا عن تسليم العين المرهونة إلى الدائن، فأقام الأخير دعوى بتسليم العين، ولكنه خشى أن يخرب الراهن العين وأن هناك خطرا عاجلا يهدد مصالحته، فإنه يجوز له رفع دعوى حراسة عليها حتى يفصل فى دعواه الموضوعية.

(1) السنهورى ص 825 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 285- بنى سويف الكلية فى 28 سبتمبر سنة 1890.

وقد قضى بأن :

1- "ولم يشترط المشرع فى النزاع الموجب للحراسة أى شرط فهو ينصرف إلى أى نزاع يقوم فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال سواء كان هذا النزاع منصبا على الملكية أو على وضع اليد أو كان على الحيابة أو متعلقا بإدارة المال واستغلاله".

(الدعوى رقم 206 لسنة 1994 مدنى مستعجل طنطا جلسة 1995/1/24)

2- "والمقصود بالنزاع معناه الواسع فهو يشمل النزاع المنصب على المنقول أو العقار أو مجموع الأموال المراد وضعها تحت الحراسة أو النزاع الذى يتصل بهذا المال ويفتضى عدم بقاءه فى يد حائزه وإن لم يكن منصبا على المال المذكور بالذات".

(الدعوى رقم 77 لسنة 1995 مستعجل دمنهور جلسة 1995/11/20)

280- ثانيا : النزاع بين الراسى عليه المزاد والمدين المنزوعة ملكيته

والدائنين :

إذا لم يتمكن الراسى عليه المزاد من تسلم الأرض بسبب منازعات يثيرها المدين المنزوعة ملكيته، كان له طلب وضع العين تحت الحراسة إذا أثبت أن فى بقاء الأرض تحت يد المدين خطرا يهدد مصالحته، كما لو استمر المدين فى استغلال الأرض لمصلحته استغلالا يضر بها وبمصلحته⁽¹⁾.

ويجوز أيضا للدائنين طلب الحراسة على الأعيان المباعة بالمزاد إذا قصر الراسى عليه المزاد فى دفع الثمن، وكان فى حالة إفلاس لا تمكنه من دفعه، خصوصا إذا استمر المدين المنزوعة ملكيته واضعا يده على العقار يحصل على

(1) السنهورى ص 825- عبد الحكيم فراج ص 104- حسن عكوش ص 18- محكمة الاستئناف المختلطة 8 مارس سنة 1939.

ريعه إضرارا بالدائنين⁽¹⁾.

281- هل يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية حتى

يفصل فى موضوع المزداد الثانى؟

الرأى الراجح أنه لا يجوز ذلك لأنه لا يفسخ حكم المزداد الأول إلا حكم البيع الثانى وحتى صدوره يعتبر الراسى عليه المزداد أولاً مالكا للعين المبيعة فلا يجوز نزعها من تحت يده بالحراسة القضائية⁽²⁾.

282- ثالثا: النزاع بين البائع والمشتري:

ذهبت بعض الأحكام إلى عدم قبول دعوى الحراسة التى ترفع من البائع بطلب وضع الشيء أو العين المبيعة تحت الحراسة عند حصول نزاع بينه وبين المشتري بخصوص دفع الثمن أو بخصوص صحة عقد البيع أو لغير ذلك من المنازعات الأخرى، وحجتها فى ذلك أن الحراسة فرع من الملكية يسرى عليها ما ينطبق على الملكية وبأن البائع لا يجوز له رفع دعوى باستحقاق الشيء أو العقار المبيع بعد حصول البيع فلا يجوز له بطريق التبعية طلب وضعه تحت الحراسة القضائية لنزاع بينه وبين المشتري⁽³⁾.

إلا أن الرأى الراجح يذهب إلى قبول دعوى الحراسة فى هذه الحالة متى وجدت الضرورة الملجئة لها⁽⁴⁾، وذلك للأسباب الآتية:

1- أن الرأى الراجح والمعمول به لا يشترط للنزاع الموجب للحراسة أن يكون منصبا على الملكية أو على وضع اليد أو على الإدارة أو على الإيراد بل يكفى

(1) عبد الحكيم فراج 103 وما بعدها- محكمة الاستئناف المختلطة فى 19 يونيو سنة 1935.

(2) حسن عكوش ص18- استئناف مختلط 8 مارس سنة 1939.

(3) استئناف مصر فى 15 يونيو 1926، 26 ديسمبر 1939.

(4) راتب وآخرين ص577- السنهورى ص836- عبد الحكيم فراج 101.

لتوافره كل نزاع تراه المحكمة كافيا لوضع الشيء المتنازع عليه تحت الحراسة متى تبين لها وجود مصالح مهددة بالخطر أو حقوق يتعذر تحصيلها.

2- أن إجراء الحراسة التحفظى لا يقتصر على صيانة الملكية، بل يمتد إلى حفظ الحقوق العينية الأخرى كحق امتياز البائع على العقار المبيع.

3- أن الأخذ بالرأى العكسى يترتب عليه ضياع حقوق البائع الحسن النية الذى يسلم العقار المبيع إلى المشتري ليستغله تنفيذا لعقد البيع ولا يقوم المشتري من جانبه بالتزاماته المنفق عليها فى العقد ثم يعمل فى الآن نفسه على تخريب العقار المبيع أو على تقليل قيمته اعتمادا على طول الإجراءات التى تتطلبها دعاوى الفسخ وخلافها⁽¹⁾.

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ قضت بأن:

"إن المادة 491 من القانون المدنى خولت المحكمة وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة كما خولتها أن تعهد بهذه الحراسة لأحد أطراف الخصومة. والقول بأن الحراسة يجب ألا تتناول الأطيان التى آلت إلى طالب الحراسة من خصمه بعقود غير مسجلة مردود بأن حكم القانون هو أن البيع ينعقد صحيحا بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل، ولا فرق بينهما سوى أن نقل الملكية فى العقد غير المسجل يتراخى إلى الوقت الذى يتم فيه التسجيل فعلا. ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل. ومن شأن هذه الآثار أيضا أن يكون للمشتري، إذا ما خشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة عملا بنص المادة 491 المذكورة إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب

(1) راتب وآخرين ص 578.

وضعه تحت الحراسة".

(طعن رقم 19 لسنة 13 ق جلسة 1943/6/17)

3- "من المقرر وفقا لنص المادة 730 من القانون المدنى أن للقضاء أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه، والبيع ينعقد صحيحا بالعقد غير المسجل كما ينعقد بالعقد المسجل ومن آثار هذا الانعقاد الصحيح أن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزم شخصى وأثر من آثار البيع الذى لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ومن شأن هذه الآثار أيضا أن يكون للمشتري إذا ما خشى على العين المبيعة من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة عملا بنص المادة أنفة الذكر".

(طعن رقم 1425 لسنة 47 ق جلسة 1980/1/17)

283- أمثلة للحالات التى يجوز فيها لكل من البائع والمشتري طلب

فرض الحراسة القضائية على الشيء المبيع:

(أ) طلب فرض الحراسة القضائية بناء على طلب البائع:

من الحالات التى يجوز فيها للبائع طلب فرض الحراسة على الشيء المبيع

ما يأتى:

1- إذا كان البائع قد رفع دعوى على المشتري ببطلان عقد البيع لخلل فى أحد أركانه، أو بإبطاله لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء، أو بفسخه لتخلف المشتري عن دفع الثمن، أو لإخلاله بشروط البيع، وكان فى بقاء العين المبيعة تحت يد المشتري خطر عاجل، إذ يجوز له طلب وضع العين المبيعة تحت

- الحراسة حتى يفصل فى دعواه الموضوعية⁽¹⁾.
- 2- إذا كان البائع الذى يتمتع بامتياز البائع لم يستوف الثمن ويخشى على الأعيان المباعة من عدم العناية بها وإهمالها. فإن كانت أرضا زراعية بتركها بورا أو بزراعتها زراعة متوالية بدون تسميد حتى تستنزف قوتها ونقل قيمتها الأمر الذى يؤثر على ضمان امتياز البائع⁽²⁾.
- 3- إذا كان العقار المبيع مثقلا بأعباء أخرى تركها المدين تتزايد بقبضه جميع الربيع، وعدم وفاء الدائنين ديونهم منه، فضلا عن سوء إدارته، وتعرضه حقوق البائع لخطر الضياع⁽³⁾.
- 4- إذا كان الحائز أهمل تنفيذ الأعمال التى تطلبها السلطة الإدارية مما يعرضها لنزع ملكيتها⁽⁴⁾.
- أو إذا امتنع عن سداد الأموال الأميرية الأمر الذى يعرضها لتوقيع الحجز الإدارى عليها وبيعها بأبخس الأثمان، مما يترتب عليه نقص ضمان البائع الذى لم يستوف الثمن⁽⁵⁾.
- 5- إذا حكم للشفيع بالشفعة، وكان هناك خلاف بينه وبين البائع على مقدار الثمن والمصروفات⁽⁶⁾.
- 6- إذا طعن البائع فى عقد البيع المنسوب إليه بالتزوير، وتبين من التحقيقات التى أجرتها الجهة المختصة جدية الطعن.

(1) السنهورى ص 826،

(2) محكمة الاستئناف المختلطة فى 15 ديسمبر سنة 1909 - 28 أبريل سنة 1909.

(3) محكمة الاستئناف المختلطة فى 4 مايو سنة 1910.

(4) محكمة الاستئناف المختلطة فى 17 فبراير سنة 1932.

(5) عبد الحكيم فراج ص 102.

(6) استئناف مختلط 13 يونية سنة 1900.

7- إذا كان الشيء المبيع ثمار حديقة وتأخر المشتري فى دفع باقى الثمن المتفق عليه فى العقد بحجة عدم تسلمه الحديقة أو بحجة عدم جنى شيء من ثمارها لحصول عجز فى مساحتها عن المقدار الوارد فى عقد البيع إذا كان جنى الثمار متنازعا عليه بين الطرفين وكان فى استمرار الثمار الناضجة على الشجر بدون بيع ضرر محقق بحقوق الطرفين البائع والمشتري⁽¹⁾.

ولكن لا يجوز للبائع الذى لم يستوف الثمن، إذا لم يكن هناك خطر عاجل يهدد حقوقه، أن يطلب فرض الحراسة على العين المبيعة بدعوى أن إجراءات نزع الملكية إجراءات طويلة وأن الحراسة طريق للوصول إلى حقه فى وقت قريب، لأن نزع الملكية هو الطريق الوحيد الذى رسمه القانون لتنفيذ الدائن بحقه، ولم تشرع الحراسة كوسيلة لإجبار المدين على الوفاء بالتزاماته⁽²⁾.

وإذا كان العقار المبيع مزرعا أو مؤجرا، ويدار إدارة حسنة ويقوم حائزه بتنفيذ ما تفرضه السلطة الإدارية من أعمال، ولا يوجد أى خوف على حقوق البائع الذى لم يستوف الثمن، فلا يجوز فرض الحراسة القضائية على العقار⁽³⁾.

(ب) فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المشتري:

إذا رفع المشتري على البائع دعوى بصحة عقد البيع وتسليم العين المبيعة، وخشى أن يخرب البائع العين أو يهمل فيها بما ينقص من قيمتها أو يؤثر على إنتاجيتها، كان له فرض الحراسة حتى يحكم فى دعواه الموضوعية⁽⁴⁾.

ولكن إذا كان البائع قد تصرف فى العين لمشتتر آخر قبل أن يسجل المشتري

(1) راتب وآخرين ص579- مصر أهلى مستعجل فى 19 يناير 1935.

(2) راتب وآخرين ص579- قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية فى 28 أكتوبر سنة 1935.

(3) عبد الحكيم فراج ص102 - محكمة الاستئناف المختلطة فى 20 يونيو سنة 1923.

(4) السنهورى ص228 - راتب وآخرين ص579.

الأول دعوى صحة التعاقد والتسليم لم يجز الحكم بوضع العين تحت الحراسة، لأن الدعوى الموضوعية غير منتجة في تسليم العين إلى المشتري الأول⁽¹⁾.
غير أنه إذا نازع المشتري في صحة العقد المسجل بأن ادعى التواطؤ بين البائع والمشتري الثاني إصرارا بحقوقه، وثبتت جدية النزاع، جاز وضع العقار المبيع تحت الحراسة⁽²⁾.

284- حكم الاتفاق بين البائع والمشتري على فرض الحراسة:

قد يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أنه في حالة عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد، يكون للبائع طلب وضع المبيع تحت الحراسة.
وقد ذهبت أحكام عديدة إلى أن هذا الشرط صحيح وليس مخالفا للنظام العام، فيجب نفاذه والحكم به مستقلا عن شرطى الاستعجال أو الخطر⁽³⁾.
وهذا القضاء محل نظر، لأنه من المقرر أن اشتراط البائع في عقد البيع وضع المبيع تحت الحراسة في حالة التأخير في دفع الثمن لا تأثير له على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة، لأن اختصاص القاضى المستعجل يستند إلى قاعدة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على حكمها، ولا يجبر القاضى المستعجل على الإخلال بها، تنفيذًا لاتفاق خاص وإلا خرج عن اختصاصه. واختصاص القاضى المستعجل مناطه الاستعجال وعدم المساس بالموضوع، فإذا لم يتوافر هذان الشرطان فلا اختصاص له⁽⁴⁾.

(1) السنهورى ص 828 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 287.

(2) السنهورى ص 828 هامش (4) - المستشار محمد عبد اللطيف ص 287 - مصر مستعجل 4 مايو سنة 1936.

(3) محكمة الاستئناف المختلطة في 9 مايو سنة 1934 - 8 يناير سنة 1936 - 5 فبراير سنة 1936 - 31 مايو سنة 1939 - 17 أبريل سنة 1940 - 4 يونيو سنة 1941.

(4) عبد الحكيم فراج ص 102 وما بعدها - عبد الحميد الشواربى ص 115.

285- رابعا: النزاع بين المؤجر والمستأجر:

يتصل بالنزاع على الحيابة نزاع يتصل بعقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر، فينصب النزاع بطريق غير مباشر على الحيابة عن طريق النزاع المباشر على عقد الإيجار.

ويترتب على وجود هذا النزاع حق كل من المؤجر والمستأجر فى طلب فرض الحراسة على العين المؤجرة.

ونعرض فيما يلى أمثلة للحالات التى يجوز فيها لكل من المؤجر والمستأجر طلب فرض الحراسة القضائية على العين المؤجرة.

286- (أ) فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المؤجر:

من الحالات التى يجوز فيها للمؤجر طلب فرض الحراسة على العين المؤجرة ما يأتى:

1- إذا طعن المؤجر فى عقد الإيجار بالبطلان أو الإبطال أو طلب فسخه، وكان فى وضع العين المؤجرة تحت يد المستأجر خطر عاجل يهدد مصالح المؤجر⁽¹⁾.

2- إذا عمد المستأجر إلى إنقاص ضمان وفاء الأجرة ببيع البضائع الموجودة فى المحال المؤجرة، والتى تعتبر ضامنة لوفاء الأجرة، من غير أن يظهر نيته فى استبدال غيرها بها. وفى هذه الحالة تكون مهمة الحارس قبض مبلغ معين من ثمن البضائع المبيعة يخصص لمواجهة تنفيذ نصوص عقد الإيجار⁽²⁾.

3- إذا كانت الأعيان المؤجرة عبارة عن أرض زراعية وأخذ المستأجر يعمل

(1) السنهورى ص 829.

(2) عبد الحكيم فراج ص 106 وما بعدها - عبد الحميد الشواربى ص 45- محكمة استئناف باريس فى 15 أبريل سنة 1885 ، 21 أبريل 1886.

على إنقاص ضمان وفاء الأجرة بإهماله زراعتها وتركها بورا، وكانت الضرورة تقضى بتهيئة الأرض للزراعة حالاً⁽¹⁾.

4- تعيين حارس قضائي على المحصولات الزراعية التي وقع عليها الحجز التحفظي من أجل الأجرة المتأخرة، ليتولى الحارس جمعها وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في دعوى الأجرة، وذلك توفيقاً لتلف المحصولات أو انخفاض أسعارها إذا تركت دون جمع وبيع⁽²⁾.

5- تعيين حارس على العين ليقوم بتحصيل الإيجار من المستأجرين وإيداعه خزينة المحكمة حتى يفصل في دعوى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير⁽³⁾.

6- إذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر حول تفسير شروط الإيجار ومدى أحقية المؤجر لجزء من المحصولات إلى جانب قيمة الإيجار، وتكون مهمة الحارس جمع المحاصيل وبيعها وإيداع ثمنها خزانة المحكمة على ذمة الفصل في هذا النزاع⁽⁴⁾.

7- إذا قام نزاع بين المؤجر والمستأجر بشأن تجديد عقد الإيجار تجديداً ضمناً أو امتداده، وتكون مهمة الحارس إيداع ثمن غلة العين خزانة المحكمة إلى أن يفصل في هذا النزاع⁽⁵⁾.

8- إذا أهمل المستأجر تنفيذ الأعمال التي تطلبها السلطة الإدارية مما

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 289 - محكمة الاستئناف المختلطة في 19 مارس سنة

1924 - قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة إسكندرية الكلية في 25 أبريل سنة 1934.

(2) السنهورى ص 830 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 289 - استئناف مختلط 17 نوفمبر سنة 1916.

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 290 - استئناف مختلط 23 أبريل سنة 1890.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف ص 289 وما بعدها.

(5) الأستاذ محمد على رشدى قاضى الأمور المستعجلة الجزء الأول الطبعة الثانية سنة 1952 ص 357 وما بعدها - حسن عكوش ص 19 - استئناف مختلط 23 أبريل سنة 1890.

يعرض المؤجر لنزع ملكية الأرض⁽¹⁾.

9- إذا امتنع المستأجر عن سداد الأموال الأميرية مما قد يترتب عليه توقيع الحجز الإدارى على العين وبيعها بثمن بخس.

ولا يجوز الحكم بتعيين حارس على عين مؤجرة إذا أسس طلب الحراسة على صورية عقد الإيجار الصادر عنها حتى ولو رفعت دعوى ببطلان الإيجار لم يفصل فيها بعد خصوصا إذا كان المستأجر فى حالة من اليسار لا يخشى معها على حقوق المؤجر⁽²⁾.

وإذا قضى ببطلان الحكم الصادر بتعيين الحارس واعتباره كأن لم يكن بالنسبة لشخص معين فلا يجوز لآخر طلب وضع أعيان مملوكة إليه تحت الحراسة القضائية بحجة استئجارها من الحارس المقضى ببطلان تعيينه حتى يفصل من المحكمة فى النزاع الخاص بالإيجار⁽³⁾.

10- إذا لجأ المستأجر إلى الحصول على آجال لدفع الأجرة عن طريق توقيع حجوز صورية بأسماء دائنين خياليين، جاز للمؤجر أن يطلب تعيين حارس يعهد إليه بتحصيل الأجرة فى مواعيدها المتفق عليها فى عقود الإيجار حتى يفصل فى صحة الحجوز الموقعة.

11- إذا تأخر المستأجر عن الوفاء بالأجرة فى مواعيدها، إذا كان يخشى على المحصولات القائمة فى الأرض من التلف أو يخشى من انخفاض أسعارها إذا هى تركت فى العين المؤجرة دون جمعها، أو إذا قام المستأجر بتبديد بعض المحصولات المحجوز عليها⁽⁴⁾.

(1) استئناف مختلط 17 فبراير سنة 1932 ، 2 ديسمبر سنة 1933.

(2) استئناف مختلط فى 9 نوفمبر 1898.

(3) راتب وآخرين - استئناف مختلط فى 2 مايو سنة 1945.

(4) حسن عكوش ص24 - محمد على رشدى ص357 - استئناف مصر 3 أبريل سنة

1934 - مستعجل مصر فى الدعوى رقم 556 لسنة 1951 بتاريخ 22 فبراير سنة 1951 محكمة مركز المنصورة الجزئية 25 سبتمبر سنة 1954 - وقد جاء بأسباب الحكم الأخير ما يأتى:

"ومن حيث إنه قد اختلف الرأى فى جواز وضع الأرض تحت الحراسة بناء على طلب المالك بسبب تأخر المستأجر فى دفع الأجرة فذهب البعض إلى جواز ذلك الحراسة القضائية لعبد الحكيم فراج ص107 من الطبعة الثانية - قضاء الأمور المستعجلة لمحمد راتب ص414 من الطبعة الثالثة) وذهب آخرون إلى أن ذلك غير جائز (شرح القانون المدني الجديد فى العقود الصغيرة للدكتور محمد على عرفة ص510 - قاضى الأمور المستعجلة لمحمد على رشدى ص357 من الطبعة الثانية).

=
ومن حيث إن المحكمة ترجح الرأى القائل بعدم جواز وضع الأرض المستأجرة تحت الحراسة بناء على طلب المؤجر لمجرد تأخر المستأجر فى سداد الأجرة فالحراسة القضائية ليست وسيلة من وسائل تنفيذ حق الدائن قبل المدين بل هى إجراء وقائى يلجأ إليه إذا تعرض الحق للخطر واستحالت المحافظة عليه بغير ذلك وقد رسم القانون للمؤجر طريقا خاصا يمكنه بسلوكة أن يحافظ على جميع حقوقه فتقضى المادة 602 من قانون المرافعات بأن لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له فى القانون المدني ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ما لم يكن قد مضى على نقلها 30 يوما كما تنص المادة 511 مرافعات بأن المحضر يعين حارسا على الأشياء المحجوزة ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المجوز عليه بشخص مقدر ويجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبدد وكان لذلك الخوف أسباب معقولة تذكر فى المحضر".

وقارن عبد الحكيم فراج ص107- راتب وآخرين ص691 فيريان أن مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة كاف لفرض الحراسة القضائية، وهذا الرأى يتعارض مع طبيعة الحراسة القضائية، فهى لا تعتبر من طرق التنفيذ.

إنما لا يجوز للمؤجر فرض الحراسة القضائية إذا أسس طلب الحراسة على
صورية عقد الإيجار الصادر عنها حتى ولو رفعت دعوى ببطلان الإيجار ولم
يفصل فيها بعد خصوصا إذا كان المستأجر فى حالة من اليسار لا يخشى معها
على حقوق المؤجر⁽¹⁾.

(1) السنهورى ص 831 الهامش - راتب وآخرين ص 480 - استئناف مختلط 9 نوفمبر سنة
1898.

(ب) - طلب فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المستأجر :

287- الحالة الأولى : فرض الحراسة القضائية في حالة عدم تسليم

العين المؤجرة صالحة للاستعمال :

1- بالنسبة للأماكن الخاضعة لأحكام الباب الأول من القانون رقم 49

لسنة 1977:

تنص الفقرة الخامسة من المادة 13 من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أن: "يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة صالحة للاستعمال في المواعيد المتفق عليها وإلا جاز للمستأجر بعد إعدار المالك استكمال الأعمال الناقصة بترخيص من قاضى الأمور المستعجلة مع خصم التكاليف من الأجرة".

وعلى ذلك إذا كانت الأعمال الناقصة داخل العين المؤجرة وهو ما يعنيه هذا النص فإنه على المستأجر إعدار المالك باستكمال الأعمال الناقصة فإذا لم يمثل كان له أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص له باستكمال الأعمال الناقصة مع خصم التكاليف من الأجرة، ولا يحتاج الأمر إلى فرض الحراسة على العين المؤجرة.

أما إذا كانت الأعمال الناقصة بالأجزاء المشتركة من العقار كمدخل المبنى أو السلم، فإن القيام بهذه الأعمال يلتزم بها المؤجر أيضا باعتبارها من ملحقات العين عملا بالمادة 564 مدنى التى تقضى بأن: "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".

وفى هذه الحالة إذا تقاعس المؤجر عن القيام بالأعمال الناقصة فى هذه الأجزاء المشتركة كان للمستأجرين أو لأحدهم طلب وضع العقار تحت الحراسة

القضائية وتعيين حارس عليه يحسن أن يكون من المهندسين المختصين تكون مهمته قبض الأجرة من المستأجرين والقيام بالأعمال الناقصة وتسليم الباقي إلى المالك.

ذلك أن تقاعس المؤجر عن استكمال الأعمال السالفة الذكر يعطل انتفاع المستأجر بالعين وهذا يكون ركن الخطر العاجل الواجب توافره في دعوى الحراسة القضائية⁽¹⁾.

2- بالنسبة للأماكن الخاضعة لأحكام التقنين المدني:

رأينا أن المادة 564 مدنى تقضى بأن: "يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معها لأن تقى بما أعدت له من المنفعة، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين" ومن ثم إذا لم يف المؤجر بالتزامه المنصوص عليه بالمادة جاز للمستأجر بعد إعداره المؤجر وعند توافر شرطى اختصاص القضاء المستعجل أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الإذن له باستكمال الأعمال الناقصة خصما من الأجرة المستحقة.

وفى هذه الصورة- كما ذكرنا بصدد المادة 5/13 من القانون رقم 49 لسنة 1977- لا يحتاج الأمر إلى فرض الحراسة القضائية على العقار.

أما إذا استصدر الإذن المذكور أكثر من مستأجر جاز فرض الحراسة القضائية على العقار، وتكون مهمة الحارس القيام بقبض الأجرة من المستأجرين واستكمال الأعمال الناقصة وتسليم باقى الأجرة إلى المالك، وذلك بالتفصيل الذى ذكرناه بصدد المادة 5/13 من القانون رقم 49 لسنة 1977 (راجع البند السابق).

288- الحالة الثانية: فرض الحراسة القضائية فى حالة إعادة الحق أو

الميزة:

(1) الدكتور على عبد العال العيسارى الوسيط فى الحراسة القضائية ص 199.

قبل أن نتعرض للحالات التى يجوز فيها فرض الحراسة القضائية على العقار وتعيين حارس عليه لإعادة الحق أو الميزة نعرض بإيجاز للمقصود بالحق والميزة والأحكام المتعلقة بهما فى ظل القانون رقم 49 لسنة 1977.

الحق والميزة طبقاً لأحكام القانون رقم 49 لسنة 1977:

289- المقصود بالحق والميزة:

تنص المادة 28 من القانون رقم 49 لسنة 1977 على أن:
"لا يجوز حرمان المستأجر من أى حق من حقوقه أو منعه من أية ميزة كان ينتفع بها.

ولقضى الأمور المستعجلة أن يأذن للمستأجر فى هذه الحالة بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصماً من الأجرة المستحقة وذلك بعد إعدار المؤجر بإعادتها إلى ما كانت عليه فى وقت مناسب.

ويجوز للجهة التى تحدد بقرار من المحافظ القيام بتنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة التى ألزم بها المالك بموجب الحكم الصادر فى هذا الشأن وذلك على نفقة المالك على أن تقتضى النفقات منه بالطريق الإدارى.

ومع ذلك إذا أصبح التزام المؤجر مرهقاً أو غير متناسب مع ما يغله العقار من أجرة، وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يوزع تكلفة الإعادة على كل من المؤجر والمستأجر.

فإذا تبين عدم إمكان إعادة الحق والميزة، جاز للمحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها العقار بناء على طلب المستأجر إنقاص الأجرة بما يقابل الحق أو الميزة".

ويقصد بالحق والميزة، أى حق أو ميزة ينتفع بها المستأجر بمناسبة عقد إيجاره. ويستوى أن يكون الحق أو الميزة فى عقود الإيجار التى تخضع لتقدير أجرتها لأجرة الأساس، أو فى عقود الإيجار التى تحدد أجرتها بمعرفة لجان

التقدير بمقتضى القوانين: 46 لسنة 1962 ، 52 لسنة 1969 ، 49 لسنة 1977،
أو تلك التي تخضع للقانون 136 لسنة 1981.

وهذه الحقوق والميزات تحدد أساسا فى ظل القوانين الثلاثة الأولى فى قرار
تقدير الأجرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تحديدها بالاتفاق بين المؤجر والمستأجر
فى عقد الإيجار أو فى اتفاق لاحق، كما يجوز أن يحددها القانون أو العرف
الجارى.

ومن أمثلة ذلك، الحديقة التى ينتفع بها المستأجر والمصعد وماكينات رفع
المياه إلى الأدوار العليا وآلات التبريد والتسخين، أو استعمال سطح المنزل فى
نشر الملابس أو تركيب أسلاك التليفون أو المذياع أو التليفزيون.

وقد يكون الحرمان من الحق أو الميزة ناشئا عن عدم إجراء ترميم أو إصلاح
من الترميمات والإصلاحات المشار إليها بالمادة 55 من القانون 49 لسنة 1977
والمنصوص عليها فى المادة 29 من لائحته التنفيذية، وفى هذه الحالة فإن إعادة
الحق أو الميزة تخرج عن نطاق المادة وتخضع لحكم المادة 61 من القانون⁽¹⁾.

وإذا حصل الحرمان فى ظل القانون 136 لسنة 1981، وكان فى صورة
عمل من أعمال الترميم والصيانة العامة والدورية طبقا لهذا القانون والمواد 25،
26، 29 من لائحته التنفيذية، فإنه يخرج أيضا عن نطاق المادة ويخضع لحكم
المادة التاسعة من القانون المذكور.

ويلاحظ أنه لما كان التحديد القانونى للأجرة يتعلق بالنظام العام، فإن الوجه
الآخر لهذه القاعدة هو إلزام المؤجر بعدم إنقاص المنفعة التى يجنيها المستأجر
مقابل أداء هذه الأجرة، لأنه يترتب عليها بالتالى زيادة الأجرة على التحديد

(1) وإن كان يجوز للمستأجر الالتجاء إلى القضاء المستعجل إذا توافر ركن الاستعجال بطلب
إعادة الحق أو الميزة تاركا تحديد التكاليف وكيفية توزيعها إلى جهة الاختصاص
الموضوعية بحساباتها مما يمس أصل الحق.

القانونى.

290- هل يشترط أن يكون الحرمان من الحق أو الميزة عن عمد؟

لا يشترط أن يكون الحرمان من الحق أو الميزة بفعل عمدى من المؤجر بل يكفى أن يكون نتيجة إهمال منه أو حتى بفعل قوة قاهرة.

وفى هذا قضت محكمة بندر طنطا للأمر المستعجلة بتاريخ

1984/12/11 فى الدعوى رقم 144 لسنة 1984 بأن:

"وحيث إنه من المقرر أنه يشترط لتطبيق هذا النص (المادة 28 من القانون 49 لسنة 1977) ضرورة توافر ثلاثة شروط أولها وجود حق للمستأجر أو ميزة كان ينتفع بها وثانيها أن يكون هذا الحرمان بفعل المؤجر سواء كان ذلك عن عمد أو إهمال وثالثها إغذار المؤجر بمعرفة قاضى الأمور المستعجلة...".

ولذلك لا نقر ما ذهب إليه محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1979/4/18 فى الاستئناف 3598 س90 من أن: "الحرمان من الانتفاع بأية ميزة كان ينتفع بها المستأجر هو الحرمان المستهدف فى ذاته، بمعنى أن يكون المؤجر قد عمد إلى حرمان المستأجر من أية ميزة له سواء بعمل إيجابى أو موقف سلبى الهدف منه التوصل لهذا الحرمان..الخ".

291- اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإعادة الحق أو الميزة:

إذا حرم المؤجر المستأجر من أى حق من حقوقه أو من أية ميزة كان ينتفع بها، جاز للمستأجر اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة بطلب إعادة الحق أو الميزة. واختصاص قاضى الأمور المستعجلة فى هذا الشأن مقرر بنص خاص، فلا يجوز للقاضى بحث توافر شرط الاستعجال فى الدعوى وقد روعى فى هذا أن العدالة تقتضى عدم حرمان المستأجر من حقوقه أو منعه من أية ميزة كان ينتفع بها، ذلك أن هذا الحرمان والمنع - فضلا عما فيه من إنقاص للانتفاع الذى يقع

عليه عقد الإيجار - فإن فيه ضررا مؤكدا بالمستأجر وهذا الضرر لا تسعف فيه القواعد العامة بفسخ عقد الإيجار لأن كلا من هذين الاحتمالين لا يحقق مصلحة للمستأجر، فتمسكه بالفسخ أمر غير متصور في ظل أزمة الإسكان، وإنقاص الأجرة ليس هدفا في حد ذاته، وإنما الأصل هو التنفيذ الذى يعيد الحق أو الميزة إلى صاحبها ومن كان ينتفع بها.

292- حكم القاضى المستعجل بإعادة الحق أو الميزة:

إذا تبين للقاضى المستعجل أن المؤجر حرم المستأجر من الحق أو منعه من الميزة، وكان من الممكن إعادة الحق أو الميزة، فإنه يعذر المؤجر بإعادتهما إلى ما كانا عليه فى وقت مناسب يحدده، فإن لم يمثل المؤجر أذن القاضى المستعجل للمستأجر بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة. ومفاد ذلك أن المستأجر غير مكلف بإعذار المؤجر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه. إلا أنه إذا قام المستأجر بهذا الإعذار، فإنه يغنى عن توجيه الإنذار من القاضى المستعجل. كما أنه لا محل للإعذار من جانب القاضى المستعجل إذا كان موقف المؤجر أمامه واضحا فى تمسكه بوجهة نظر تؤدى حتما إلى حرمان المستأجر من الحق أو الميزة، كأن يتضح ذلك من مذكراته أو أقواله أمامه بما لا حاجة معه للتمسك بشكائية قطعت الظروف - فى الخصوصية المطروحة للبحث - بعدم جدواها.

293- منازعة المؤجر فى قيمة التكاليف:

إذا نازع المؤجر المستأجر فى قيمة التكاليف التى تطلبها إعادة الحال إلى ما كانت عليه، فإنه يختص بنظر النزاع محكمة الموضوع حسب القواعد العامة فى الاختصاص القيمي - ذلك أن الحكم الصادر من القضاء المستعجل حكم وقتى فلا يقيد محكمة الموضوع.

294- قيام المستأجر بإعادة الحق أو الميزة بدون ترخيص :

إذا قام المستأجر بإعادة الحق أو الميزة المعطلة بدون أن يحصل على ترخيص القاضى المستعجل فى ذلك، فإنه لا يكون له رجوع على المؤجر إلا بدعى الإثراء بلا سبب، وفى حدود ما وفره على المؤجر من نفقات كان الأخير ملتزماً بها لإجراء الإعادة المذكورة، ولا يكون له خصم هذه النفقات من الأجرة المستحقة إلا بعد أن يحكم له بها أو يتم الاتفاق على مقدارها، فتصبح المقاصة جائزة بينها وبين الأجرة.

295- قيام الجهة الإدارية بإعادة الحق أو الميزة :

يجوز للمستأجر اللجوء إلى الجهة الإدارية التى تحدد بقرار من المحافظ المختص لتنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة التى ألزم بها المالك بموجب الحكم الصادر فى هذا الشأن. وهذه الجهة قد تكون فروع وزارة الإسكان والمرافق المختصة، فهى أقدر على القيام بالمسائل الهندسية المتعلقة بالمبنى بوجه عام، وقد تكون غيرها فى المسائل الأخرى.

وتقوم الجهة الإدارية بالتنفيذ على نفقة المالك على أن تقتضى التكاليف منه بالطريق الإدارى. ومدلول العبارة الأخيرة يشمل التنفيذ عن طريق جهة الإدارة "الشرطة"، والتنفيذ عن طريق الحجز الإدارى، ولا نعتقد أن المشرع قد قصد اتباع الطريق الأول لما يؤدى إليه من تعسف وإرهاق للمؤجر فى بعض الأحيان.

296- هل يجوز للجهة الإدارية تنفيذ حكم القاضى المستعجل من

تلقاء نفسها؟

ذهب رأى إلى أنه يجوز للجهة الإدارية المشار إليها بالبند السابق أن تقوم من تلقاء نفسها بتنفيذ الحكم الصادر من القاضى المستعجل أو بناء على طلب مستأجر آخر فى العقار ذاته يكون له مصلحة فى تنفيذه، دون أن يعترض على

ذلك بنسبية الأحكام القضائية، وسند هذا الرأي أن تفويض المشرع الجهة المذكورة في تنفيذ الأحكام لم يقصد به مصلحة المستأجر رافع الدعوى فحسب، وإنما قصد به مصلحة عامة هي تيسير تحقيق الانتفاع الكامل بمرافق الأعيان المؤجرة محافظة على الثروة القومية من جهة وصيانة لحقوق المستأجرين من أقرب سبيل من جهة أخرى، فهي بمثابة جهة تنفيذ عامة، وليست مجرد ممثلة للخصم المحكوم لصالحه، هذا فضلا عن أن الجهة المذكورة إذ تتدخل في ذلك فإنها تقوم بإجراء لازم ضروري، عرض أمره على القضاء فليس للمؤجر أن يشكو من تنفيذ ما أمر به القضاء لأنه بتنفيذه يحقق نفعاً عاماً وقضى به ضده، فعليه أن يتحملة وليس له أن يتضرر من قيام الجهة الإدارية به طالما أنه لا يبدى استعداده لتنفيذه بنفسه⁽¹⁾.
 وذهب رأى آخر إلى أنه ليس لهذه الجهة أن تقوم بالأعمال المذكورة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب مستأجر آخر غير المحكوم له أو بناء على طلب المؤجر المحكوم عليه لأن مهمتها كما يتضح من سياق المادة هي تنفيذ الحكم الصادر في هذا الشأن. ومادام الأمر متعلقاً بتنفيذ حكم فلا يتأتى ذلك إلا بطلب من المحكوم له⁽²⁾.

وعندنا أن الرأى الثانى هو الذى يتفق مع تفسير نص الفقرة الثالثة من المادة

28.

(1) الدكتور سليمان مرقس شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ج2 الطبعة الثامنة ص453.

(2) راتب وكامل ج1 الطبعة السابعة ص621 هامش (1). وقد ذهب بعض أنصار هذا الرأى إلى أن العلة في منع الجهة الإدارية من تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها هي احتمال أن يكون للمؤجر أو المستأجر مصلحة في أن تقوم جهة أخرى بهذه الأعمال تكون أرخص سعراً أو أقل نفقات (الدكتور عبد الناصر العطار شرح أحكام الإيجار في التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن الطبعة الثانية ص343 الهامش).

297- توزيع تكلفة الإعادة على كل من المالك والمستأجر:

إذا رأى القاضى المستعجل أن تكاليف إعادة الحق أو الميزة إلى ما كانت عليه باهظة أى مرهقة للمؤجر أو غير متناسبة مع ما يغله العقار من أجرة، كأن تجاوز تكاليف إصلاح ماكينة رفع المياه فى العقار مثلاً ما يغله العقار فى شهر واحد، فقد أجاز النص للقاضى أن يوزع تكلفة إعادة الحق أو الميزة على كل من المؤجر والمستأجر. فإذا كان الحق أو الميزة المعطلة مشتركة بين جميع مستأجرى العقار أو فريق منهم، وطلب بعضهم فقط إعادة الحق أو الميزة المعطلة، فتكون العبء بإرادة أغلبية المستأجرين الذى يشتركون فى الحق أو الميزة فإن طلبت أغليبتهم الإعادة، كان للقاضى المستعجل توزيع التكلفة بين المؤجرين وجميع المستأجرين ولو أدى الأمر إلى إدخالهم فى الدعوى ليسمعوا الحكم بإلزامهم بنصيبهم من التكاليف⁽¹⁾. وإن كان طالبو الإعادة أقلية لم يجز للقاضى أن يحكم بها إذا كان حكمه سيضيف أى التزام جديد على عاتق المستأجرين الذين يكونون الأغلبية⁽²⁾.

والحكم الذى أتى به النص بتوزيع تكلفة الإعادة، تمليه أصول العدالة خاصة بالنسبة إلى الأماكن التى أصبحت بعد العديد من التخفيضات زهيدة الأجرة، لا تغل عائداً يسمح بمواجهة أعباء إعادة ما كان ينتفع به المستأجر من حقوق ومزايا⁽³⁾. كما يعتبر تطبيقاً لفكرة التوازن بين التزامات المتعاقدين ورفع الإرهاق عن المدين.

(1) مرقس ج2 الطبعة الثامنة ص451 وما بعدها، خميس خضر عقد الإيجار فى التقنين

المدنى والتشريعات الخاصة الطبعة الأولى 1973.

(2) مرقس ج2 الطبعة الثامنة ص452.

(3) تقرير لجنة الإسكان والمرافق العامة والتعمير بمجلس الشعب عن مشروع القانون رقم 49

لسنة 1977.

298- حالة عدم إمكان إعادة الحق أو الميزة:

التنظيم الذي أوردناه فيما تقدم يفترض إمكان إعادة الحق أو الميزة، أما حيث يصبح ذلك غير ممكن، كان للمستأجر أن يطلب من المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها العقار إنقاص الأجرة بما يقابل الحق أو الميزة، ومما لا شك فيه أن المحكمة وهي تتصدى لذلك الإنقاص لا بد وأن تأخذ في اعتبارها ما يغله العقار، ومدى تناسب ذلك مع التزام المؤجر المراد إنقاص الأجرة في مقابله.

وقد ناط النص إعادة الحق أو الميزة بقاضى الأمور المستعجلة بينما جعل إنقاص الأجرة من اختصاص محكمة الموضوع لأن الفرض في الحالة الأولى أن الأمر يتطلب الإسراع في إعادة الحق أو الميزة لتجنب ما يقع على المستأجر من أضرار في المال أو النفس. أما الفرض الثانى الذى يتعلق بإنقاص الأجرة، فهو فى حقيقة الأمر يمثل منازعة موضوعية بكل معنى الكلمة. وفى الأغلب الأعم يحتاج إلى الاستعانة بأهل الخبرة، وتختلف وجوه النظر بين أطراف المنازعة مما يجعل قاضيتها الطبيعى هو قاضى الموضوع⁽¹⁾.

299- متى يجوز فرض الحراسة القضائية لإعادة الحق أو الميزة فى

ظل أحكام القانون رقم 49 لسنة 1977؟

إذا كان أحد المستأجرين هو الذى قضى له من قاضى الأمور المستعجلة بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصماً من الأجرة المستحقة، فإنه لا محل فى هذه الحالة لفرض الحراسة القضائية على العقار لإعادة الحق أو الميزة حتى لو تقاعست الجهة التى تحدد بقرار من المحافظ المختص عن تنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة، لأن المستأجر يستطيع القيام بهذه الأعمال إما

(1) تقرير لجنة الإسكان والمرافق العامة والتعمير بمجلس الشعب عن مشروع القانون رقم

بنفسه أو بواسطة من يعهد إليه بذلك.

ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة التي تكون فيها نفقات إعادة الحق أو الميزة تجاوز بكثير الأجرة المستحقة على المستأجر لفترة معقولة، إذ يجوز فرض الحراسة القضائية حتى يقوم الحارس بتحصيل الأجرة من باقى المستأجرين وإعادة الحق أو الميزة، وتسليم باقى الأجرة إلى المؤجر.

أما إذا كان قد قضى لأكثر من مستأجر من قاضى الأمور المستعجلة بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة، وتقاعت الجهة الإدارية عن تنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة، فإنه لا يوجد ما يحول دون فرض الحراسة القضائية على العين وأن يعهد إلى الحارس بتحصيل الأجرة من المستأجرين المحكوم لهم أو المستأجرين جميعا وإعادة الحق أو الميزة على أن يسلم باقى الأجرة إلى المؤجر.

وقد جرى القضاء قبل ورود نص المادة 20 من القانون رقم 52 لسنة 1969 المقابل لنص المادة 28 من القانون رقم 49 لسنة 1977- على فرض الحراسة القضائية فى هذه الحالات.

فقد قضى بفرض الحراسة القضائية فى الحالات الآتية :

1- إذا وضع المؤجر ثمة قيود جديدة على انتفاع المستأجرين بالمصعد الكهربائى تكون مهمة الحارس تحقق حصول المستأجرين على الانتفاع باستعمال المصعد الكهربائى الذى كانوا يستعملونه من غير قيد من وقت التأجير حتى الوقت الذى بدأ فيه المؤجر فى وضع قيود جديدة على هذا الاستعمال لم تكن موجودة من قبل⁽¹⁾.

2- إذا أخل المؤجر بانتفاع المستأجرين فى استعمال المصعد، وتكون مهمة

(1) قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية فى 31 مارس سنة 1942.

الحارس القضائي إدارة المصعد والإشراف على تسييره فى الصعود والنزول بما يكفل حقوقهم من ناحية، ولا يخل بحالة المصعد من الناحية الأخرى⁽¹⁾.

3- إذا أخل المؤجر بانتفاع المستأجرين بجهاز تسخين المياه، إذ يكون للمستأجرين طلب تعيين حارس على الجهاز لإدارته وتحقيق انتفاعهم بالمياه الساخنة⁽²⁾.

4- إذا قطع المؤجر المياه عن العين المؤجرة⁽³⁾، أو نقل عداد إنارة بغير إرادة المستأجر من مكان معين فى العين المؤجر إلى مكان آخر ليحرم المستأجر من الانتفاع به⁽⁴⁾. فتكون مهمة الحارس القضائي إعادة المياه والعداد ليكفل انتفاعه بالمياه والإنارة.

5- إذا امتنع المؤجر عن القيام بالإصلاحات الضرورية للعين المؤجرة، وتكون مهمة الحارس القضائي قبض الأجرة وتخصيص جزء منها للقيام بهذه الإصلاحات⁽⁵⁾.

300- الوضع بالنسبة للأماكن التى تخضع لأحكام التقنين المدنى :

تنص المادة 567 مدنى على أن: "على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها وأن يقوم فى أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية.

وعليه أن يجرى الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو بياض وأن يقوم بنزح الآبار والمراحيض ومصارف المياه.

(1) محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة الدائرة الثالثة الدعوى رقم 1101 لسنة 1950 بتاريخ 1950/4/16.

(2) مستعجل مصر فى القضية رقم 1055 لسنة 1951 فى 8 أبريل سنة 1951.

(3) مستعجل مصر فى القضية رقم 2194 لسنة 1948 فى 13 سبتمبر سنة 1948.

(4) مستعجل مصر فى القضية رقم 2194 لسنة 1948 فى 13 سبتمبر سنة 1948،

(5) نقض فرنسى فى 1934/2/23.

ويتحمل المؤجر..... إلخ".

كما تنص المادة 568 على أنه: "إذا تأخر المؤجر بعد إعداره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إجراء ذلك بنفسه وباستيفاء ما أنفقه خصما من الأجرة، وهذا دون إخلال بحقه فى طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

ويجوز للمستأجر دون حاجة إلى ترخيص من القضاء أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة أو الترميمات البسيطة مما يلتزم به المؤجر، سواء كان العيب موجودا وقت بدء الانتفاع أو طرأ بعد ذلك إذا لم يقم المؤجر بعد إعداره بتنفيذ هذا الالتزام فى ميعاد مناسب، على أن يستوفى المستأجر ما أنفقه خصما من الأجرة".

وعلى ذلك فإن المادة 1/567 مدنى تكون قد نصت على الحكم الوارد بالفقرة الأولى من المادة 28 من القانون رقم 49 لسنة 1977، فهى تلزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة وملحقاتها بما فى ذلك المرافق اللازمة للانتفاع بها على الوجه القانونى، وإن لم تصرح المادة بصيانة الملحقات لأن الملحقات تتبع العين المؤجرة، ولأن الهدف من الصيانة أن يستوفى المستأجر المنفعة المؤجرة وفقا للاتفاق طوال مدة الإيجار، ولا يتحقق هذا إذا لم يقم بصيانة الملحقات⁽¹⁾. وقد ورد جزاء مخالفة هذه المادة بالمادة 568 مدنى.

وتجيز هذه المادة للمستأجر إذا لم يقم المؤجر بالتزامه بالصيانة أن يلجأ بعد إعداره إلى القضاء المستعجل بطلب الإذن له فى إعادة الحق أو الميزة المعطلة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة. وللمستأجر فى حالة الاستعجال

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى أحكام عقد الإيجار فى التقنين المدنى الجديد سنة

التي لا تحتل الانتظار حتى الفصل فى الدعوى المستعجلة أن يقوم بإجراء الترميمات المستعجلة دون حاجة إلى ترخيص من القضاء إذا لم يقر المؤجر بعد إعداره بتنفيذ هذا الالتزام فى ميعاد مناسب على أن يستوفى المستأجر ما أنفقه خصما من الأجرة، كما يجوز له ذلك أيضا إذا كانت الترميمات بسيطة.

فإذا كان أحد المستأجرين هو الذى قضى له من قاضى الأمور المستعجلة بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة فإنه لا محل فى هذه الحالة إلى فرض الحراسة القضائية على العقار لإعادة الحق أو الميزة لأن المستأجر يستطيع القيام بهذه الأعمال إما بنفسه أو بواسطة من يعهد إليه بذلك.

ويستثنى من ذلك الحالة التى ذكرناها بالنسبة للأماكن التى تسرى عليها المادة 28 من القانون رقم 49 لسنة 1977.

أما إذا كان قد قضى لأكثر من مستأجر بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة المستحقة فإنه يجوز فرض الحراسة القضائية على العقار بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا. مع ملاحظة أنه لا اختصاص للجهة الإدارية هنا بتنفيذ الأعمال اللازمة لإعادة الحق أو الميزة.

ولا يوجد ما يمنع فى الفرضين السابقين إذا كان المستأجر أو المستأجرون قد أعذروا المؤجر بإعادة الحق والميزة دون أن يمثل من رفع دعوى الحراسة مباشرة فيأذن القاضى المستعجل بإعادة الحق أو الميزة على حساب المؤجر خصما من الأجرة وفرض الحراسة وتعيين حارس للقيام بالمهمة سالفة الذكر.

301- حكم خاص بالأماكن المخصصة لإيواء السيارات وتركيب

المساعد وتوفير اشتراطات تأمين المبنى وشاغليه ضد أخطار الحريق :

تنص المادة (63) من القانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار قانون البناء على أن: "فى حالة امتناع المالك أو من يمثله قانونا عن إدارة المكان المخصص

لإيواء سيارات شاغلي العقار، أو عدم استخدام هذا المكان في الغرض المخصص له، أو استخدامه في غير هذا الغرض، أو في حالة امتناعه عن تشغيل المصعد أو الإخلال باشتراطات تأمين المبنى وشاغليه ضد أخطار الحريق، وذلك بالمخالفة لشهادة صلاحية المبنى للإشغال، تتولى الجهة الإدارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم توجيه إنذار للمالك أو من يمثله قانونا بكتاب موصى عليه مصحوبا بعلم الوصول للقيام بتنفيذ ما امتنع عنه- حسب الأحوال- خلال مدة لا تتجاوز شهرا. فإذا انقضت المدة دون التنفيذ يصدر المحافظ المختص قرارا بتنفيذ ما امتنع عنه المالك وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون من إجراءات، ويتحمل المالك النفقات، بالإضافة إلى 10% (عشرة في المائة) مصروفات إدارية، وتحصل النفقات والمصروفات الإدارية بطريق الحجز الإداري.

وذلك كله وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ونرى أنه إذا لم يرق المالك أو من يمثله قانونا بتنفيذ ما امتنع عنه أو تراخى فيه من الأعمال المذكورة بعد إنذاره من الجهة الإدارية بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول وذلك في المهلة المحددة بالمادة، ولم يصدر قرار من المحافظ المختص بتنفيذ هذه الأعمال أو صدر هذا القرار ولكنه لم ينفذ، جاز لشاغلي المبنى كلهم أو بعضهم الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب فرض الحراسة القضائية على العقار وتعيين حارس تكون مهمته تحصيل الإيجار المستحق من المستأجرين والقيام بهذه الأعمال خصما من هذا الإيجار، وتسليم المالك الباقي منه.

302- خامسا: النزاع على التركات:

تجب التفرقة في فرض الحراسة على التركة بين حالتين:

الحالة الأولى: هي التي يعين فيها مصف للتركة.

الحالة الثانية: هي التي لا يعين فيها مصف للتركة. ونعرض لهاتين الحاليتين

فيما يلي:

(أ) - حالة تعيين مصف للتركة:

نصت المادة 875 مدنى فى فقرتها الأولى على أن: "تعيين الورثة وتحديد أنصباؤهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

ثم نصت الفقرة الثانية من المادة على أن: "وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية" ثم نص بعد ذلك فى المواد من 876 حتى 914 على أحكام تفصيلية فى تصفية التركة وجردها وتسوية ديونها وتسليم أموالها وقسمتها، ونورد هذه الأحكام فيما يأتى:

1- إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها عينت المحكمة، إذا رأت موجبا لذلك⁽¹⁾، من تجمع الورثة على اختياره فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصطفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء (م876).

2- لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة أو أن يتحى عنها بعد توليها وذلك طبقا لأحكام الوكالة.

وللقاضى أيضا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصطفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك (م877).

3- إذا عين المورث وصيا للتركة، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين. ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصطفى من أحكام (م878).

(1) فللقاضى أن يرفض تعيين المصطفى إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منتظمة، إما لانعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة ذاتها (عبد الحكيم فراج ص180).

4- على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفيين وبتثبيت أوصياء التركة، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل. ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة 914 (م879).

5- يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه ويتولى تصفيها برقابة المحكمة. وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته. ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية (م880).

6- على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة (م881).

7- على المصفي أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مآتمه بما يناسب حالته، وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية، على أن تخصص النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه من الإرث. وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية (م882).

8- لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفي. وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفه

- حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن (م883).
- 9- لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة 901 أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة (م884).
- 10- على المصطفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضاً أن ينبذ عن التركة فى الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت. ويكون المصطفى، ولو لم يكن مأجوراً، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور، وللقاضى أن يطالب بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية (م885).
- 11- على المصطفى أن يوجه تكليفاً علنياً لدائى التركة ومدىنيها يدعوهن فيه لأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.
- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسى لمركز الشرطة فى المدة التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار (م886).
- 12- على المصطفى أن يودع قلم كتاب المحكمة، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضاً أن يخطر بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع.
- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك (م887).
- 13- للمصطفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو

بمن يكون له في ذلك دراية خاصة. ويجب على المصفي أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان وعلى الورثة أن يبلغوا المصفي عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها (م888).

14- يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ولو كان وارثا (م889).

15- كل منازعة في صحة الجرد، وبخاصة ما كان متعلقا بإغفال أعيان أو بإثباتها، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن خلال الثلاثين يوما التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد. وتجرى المحكمة تحقيقا، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمرا بقبولها وبصح التظلم من هذا الأمر وفقا لأحكام قانون المرافعات.

وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلا يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال (م890).

16- بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع، أما الديون التي نوزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائيا (م891).

17- على المصفي في حالة إفسار التركة أو في حالة احتمال إفسارها، أن يقف تسوية أى دين، ولو لم يقم في شأنه نزاع، حتى يفصل نهائيا في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م892).

18- يقوم المصفي بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية، ومن ثمن ما في التركة من منقول.

فإن لم يكن ذلك كافياً فمن ثمن ما فى التركة من عقار . وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلنى وفقاً للأوضاع وفى المواعيد المنصوص عليها فى البيع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة. فإذا كانت التركة معسرة لزمّت أيضاً موافقة جميع الدائنين. وللورثة فى جميع الأحوال الحق فى أن يدخلوا فى المزاد (م893).

19- للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلّ الدين المؤجل وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة 544 (م894).

20- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلّ الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلاً لصادى حصته فى الإرث. وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها. وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص (م895).

21- يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحلّ الأجل طبقاً للمادة 894 (م896).

22- دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقا عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرانهم (م897).

23- يتولى المصطفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من

التكاليف (م898).

24- بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب

نصيبه الشرعى (م899).

25- يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة. ويجوز للورثة،

بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا، بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضا منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها (م900).

26- تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاما شرعيا بالوراثة أو ما يقوم مقام

هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعيين ما آل إليه من أموال التركة (م901).

27- لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزا،

إلا إذا كان هذا الوارث ملزما بالبقاء في الشيوع بناء على اتفاق أو نص في القانون (م902).

وقد نظم التقنين المدني في المواد من 903 حتى 913 الطريقة التي يتولى

بها المصفي فرز وقسمة أنصباء الورثة في حالة اتفاقهم وفي حالة اختلافهم.

ثم نصت المادة 914 على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام

النصوص السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون.

وواضح مما سلف، أن تعيين مصف للتركة أمر اختياري. وأنه إذا عين

مصف للتركة فإن ذلك يغنى في معظم الأحيان عن وضع التركة تحت الحراسة القضائية، لأن مهمة المصفي أوسع عادة من مهمة الحارس القضائي على التركة فالمصفي يقوم بما يقوم به الحارس القضائي ويزيد عليه في أنه لا يقتصر على

إدارة الشركة إدارة مؤقتة، بل هو يصفها ويستوفى مالها من الحقوق ويوفى ما عليها من الديون ويسلم لكل وارث بعد ذلك حصته فى الشركة⁽¹⁾. ولذلك إذا كان قد عين على الشركة حارسا ثم عين لها مصفيا بعد ذلك.

فإن تعيين المصفي ينهى الحراسة⁽²⁾. ومع ذلك قد تقوم الحاجة إلى إقامة حارس قضائى قبل تعيين المصفي وبعد تعيينه.

فإقامة حارس قضائى قبل تعيين المصفي يمكن تصوره إذا رجعنا إلى المادة 881 مدنى وهى تنص على أن: "على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء، ذات القيمة".

(1) السنهورى ص 844 - راتب وآخرين ص 565 - الدناصورى وعكاز ص 480 - وقارن المستشار محمد عبد اللطيف ص 298 إذ يرى أنه إذا قضت محكمة الموضوع بتعيين مصف على الشركة أو أدعى أحد الورثة ملكيته لبعض أعيان الشركة، أو ادعى الغير أن المورث قد باع أو وهب أو أوصى له بعض أعيان الشركة، وكان هذا الادعاء محل نزاع جدى فإن تعيين المصفي لا يحول دون اختصاص قاضى الأمور المستعجلة =
= بالحكم بفرض الحراسة على الأعيان المتنازع على ملكيتها لإدارتها والمحافظة على غلتها إلى أن يفصل نهائيا فى هذا النزاع، لأن مهمة المصفي تختلف تماما عن مهمة الحارس، فالأول يقوم بأداء الديون المستحقة على الشركة من ثمن ما فى الشركة من منقول أو عقار إن اقتضى الأمر ذلك وتسليم ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى، أما الحارس القضائى فهو يباشر إجراء وقتيا إذ يتولى المحافظة على الأموال المتنازع عليها طيلة قيام النزاع ثم يسلمها إلى من يثبت له الحق فيها (أيضا ذات الرأى حسن عكوش ص 40 وما بعدها) - وقد قضى فى ظل التقنين المدنى القديم بأنه إذا كان المصفي قد عينه بعض الورثة دون بعض، فإن تعيينه لا يمنع من إقامة حارس قضائى يمثل جميع الورثة (استئناف مختلط 18 نوفمبر سنة 1931).

(2) محمد على رشدى ص 311 - مستعجل مصر 27 فبراير سنة 1951.

فيمكن أن يقوم نزاع بين الورثة في شأن أنصبتهم أو في إدارة الشركة أو في وفاء الديون ويقوم خطر عاجل يستدعى تعيين حارس قضائي على الشركة إلى أن تنتهي المحكمة من تعيين المصفي. ويعتبر تعيين الحارس القضائي في هذه الحالة من "الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على الشركة" وهي الاحتياطات التي تشير إليها المادة 881.

وأما إقامة حارس قضائي بعد تعيين المصفي فذلك يمكن تصوره إذا رجعنا إلى المادة 2/877 مدني وهي تنص على أن: "وللقاضي أيضا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفي واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك".

فإذا وجدت أسباب تبرر عزل المصفي فقد يطول الوقت الذي يتمكن فيه القاضي من تعيين مصف جديد وقد يكون هناك خطر عاجل إذا تركت أموال الشركة وشأنها دون أن يكون هناك من عهد إليه بالمحافظة عليها وحينئذ يجوز لكل من له مصلحة أن يطلب تعيين حارس قضائي يتولى إدارة الشركة مؤقتا واتخاذ ما يلزم من الإجراءات للمحافظة عليها حتى يتم تعيين المصفي الجديد، وليس هناك ما يمنع من أن تعين المحكمة نفس الحارس القضائي مصفيا جديدا وفي هذه الحالة تتقلب صفته إلى مصف بسلطات أوسع من سلطات الحارس القضائي على النحو الذي أوضحناه سلفا⁽¹⁾.

(ب) حالة عدم تعيين مصف للشركة:

إذا لم يعين مصف للشركة، فقد تقوم الحاجة لفرض الحراسة القضائية، ويمكن رد الأسباب التي تدعو لوضع أموال الشركة تحت الحراسة إلى ثلاثة أسباب هي:

1- النزاع على أيلولة الشركة.

(1) السنهوري ص 844 وما بعدها - الدناصوري وعكاز ص 480 وما بعدها.

2- النزاع على إدارة التركة أو استغلالها.

3- النزاع على الوفاء بديون التركة.

ونعرض لهذه الأسباب تفصيلا على النحو الآتى:

السبب الأول: النزاع على أيلولة التركة:

استقرت أحكام المحاكم على جواز وضع أموال التركة تحت الحراسة القضائية إذا وجد نزاع على أيلولة التركة وكان إجراء الحراسة ضروريا لحفظ مصالح أصحاب الشأن فيها⁽¹⁾.

ويجوز طلب الحراسة بسبب النزاع على أيلولة التركة، إما من الموصى له أو من أحد الورثة أو ممن يدعى الورثة.

وتوضع الحراسة إما على التركة بأكملها أو على جزء منها أو على المال المعين الموصى به، كل ذلك تبعا لظروف كل حالة.

وترتبا على ذلك قضى:

1- بوضع التركة تحت الحراسة إذا ادعى بعض الورثة أحقيته وحده فى التركة وأنكر حق الآخرين فى الميراث⁽²⁾.

2- بفرض الحراسة على أموال التركة إذا حاول أحد الورثة أن يحو عناصر الثروة التى تركها المورث بظهوره بمظهر المالك لها وادعائه أن المورث لم يترك شيئا خاصا بها⁽³⁾.

3- بفرض الحراسة على أموال التركة إذا وضع أجنبى يده عليها أو على بعض أموالها منكرا حقوق الورثة، وقاضى الموضوع هو الذى يحسم النزاع فيما

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 296 - عبد الحكيم فراج ص 174.

(2) استئناف مختلط 22 يونيه سنة 1932.

(3) استئناف مختلط 22 يونيه سنة 1932 - مستعجل مصر 9 ديسمبر سنة 1954.

- يدخل من الأعيان فى التركة وفيما يخرج منها مما يتعلق بها حق الغير⁽¹⁾.
- 4- بأن وضع الحكومة يدها على التركة طبقا لأحكام بيت المال، لا يمنع من إقامة حارس عليها إذا ادعى شخص استحقاقه للتركة، ونازع الحكومة فى وضع يدها⁽²⁾.
- 5- بأنه إذا قام نزاع بين الورثة والموصى له حول صحة الوصية من المورث جاز الحكم بوضع المال موضوع الوصية تحت الحراسة حتى يفصل فى النزاع القائم بشأنها⁽³⁾.
- 6- بأنه يجوز فرض الحراسة على التركة إذا وقع نزاع على القانون الواجب تطبيقه على التركة⁽⁴⁾.
- 7- بأنه يجوز فرض الحراسة على التركة إذا وقع نزاع جدى فى شأن أنصبة الورثة وترتب على ذلك تأخير فى إجراءات القسمة⁽⁵⁾.
- وفى الحالات السابقة تستمر الحراسة مفروضة حتى ينتهى النزاع أو حتى يعين مصف على التركة، ولا يؤذن للحارس بتسليم الربع المقابل للقدر المتنازع عليه إلى أى من الخصوم، بل يجب الاحتفاظ به بإيداعه خزينة المحكمة مثلا حيث ينتهى النزاع قضاء أو رضاء أما الربع الذى يقابل القدر المتبقى من الأنصبة الخالية من أى نزاع فإنه يسلم لأربابه⁽⁶⁾.

السبب الثانى: النزاع على إدارة التركة واستغلالها:

(1) استئناف مختلط 22 يونيه سنة 1932،

(2) مصر الكلية الأهلية فى 15 أغسطس سنة 1927.

(3) استئناف مختلط 11 مايو سنة 1937.

(4) استئناف مختلط 10 أبريل سنة 1918.

(5) استئناف مختلط 16/6/1937.

(6) راتب وآخرين ص 567.

يكفى لفرض الحراسة القضائية قيام خلاف بين الورثة على الإدارة والاستغلال وما يترتب على ذلك من اضطراب وتعطيل للإدارة والاستغلال وتعريض حقوق التركة ومصالحها للضياع⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى:

- 1- بفرض الحراسة على التركة إذا كانت شاغرة من المصطفى أو المدير ولم يتفق الورثة على من يتولى إدارتها أو على طريقة الإدارة وقام الخلاف بينهم فى هذا بحيث أصبح من الخطر بقاء الحال على ما هو عليه⁽²⁾.
- 2- إذا اتفق الورثة على شخص يقوم بإدارة التركة وأساء الإدارة بأن امتنع عن تأجير أعيان التركة فى المزداد حيث يكون ذلك واجبا حتى لا يظلم أحدا من الشركاء⁽³⁾.
- 3- أن يستولى فريق من الورثة على أموال التركة مستأثرا بالريع دون الآخرين⁽⁴⁾.
- 4- حالة عدم وجود مدير ليس لديه وكالة من جميع الورثة خصوصا إذا كان هؤلاء الورثة لم يتمكنوا من الاتفاق فيما بينهم على تعيين وكيل مشترك لإدارة عقارات التركة⁽⁵⁾.
- 5- تنازع أحد الورثة مع مدير التركة أو عزله من وكالته عنه⁽⁶⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص175.

(2) راتب وآخرين 567 وما بعدها.

(3) بنى سويف الجزئية 1950/1/7.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف ص297- حسن عكوش ص40 - استئناف مصر 19 أكتوبر 1935.

(5) عبد الحكيم فراج ص175 - استئناف مختلط 1933/4/19.

(6) محمد على رشدى ص307 - استئناف مختلط 1931/12/23.

- 6- إذا أناب بعض الورثة عنهم مديرا مؤقتا يتولى شئون التركة وكانت هناك خصومة بين هذا المدير وبين فريق آخر من الورثة تبعث على عدم الثقة به⁽¹⁾.
- 7- إذا كان الوارث الذى يدير التركة سيء السمعة وقد صدرت ضده أحكام بالتزوير أو اقترض عن طيش وعدم تجربة بالريا الفاحش⁽²⁾.
- 8- إذا امتنع من يدير التركة عن إعطاء كل وارث حقه أو كل حقه من ريعها⁽³⁾.
- 9- إذا كان ضمن أموال التركة أطيان أهملت وهى فى حاجة إلى عمل سريع⁽⁴⁾.

ولكن لا يجب طلب الوارث الذى يطلب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس على أعيان التركة إذا تبين للقاضى أن الورثة قد وكلوا أحدهم فى إدارة التركة وأنه لم يسند لهذا الوكيل خطأ فاحش أو تقصير صارخ يدعو إلى المبادرة باتخاذ إجراء وقتى خشية فوات الوقت⁽⁵⁾.

السبب الثالث: النزاع على الوفاء بديون التركة:

لم يستقر القضاء - قبل صدور التقنين المدنى الجديد- على مبدأ معين فى جواز فرض الحراسة القضائية على التركة كلها وفاء لديونها، فذهبت بعض الأحكام إلى عدم جواز ذلك، بحجة أن الحراسة القضائية تتصل بتنظيم الحقوق العينية وحمايتها، فلا يؤمر بها لمجرد ضمان وفاء الديون، فهى لم تشرع وسيلة

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 297 - استئناف مختلط 14 مارس سنة 1923.

(2) الدناصورى وعكاز ص 464 - استئناف مختلط 1933/11/22.

(3) مستعجل مصر 1935/10/19.

(4) استئناف مختلط 1924/3/19.

(5) محمد كامل مرسى ص 654- استئناف مختلط 9 يناير سنة 1935.

لاستيفاء الديون⁽¹⁾، خصوصا إذا كانت أموال الشركة يديرها وارث لم ينسب إليه أى إهمال فى إدارتها ولم يحاول الدائن الحصول على دينه بالطرق العادية للتنفيذ التى قررها القانون للدائن⁽²⁾.

بينما ذهبت أحكام أخرى إلى جواز فرض الحراسة القضائية على التركة بناء على طلب الدائنين وفاء لديونهم إذا أساء الورثة إدارتها وبددوا غلتها بدلا من تخصيصها لوفاء الديون⁽³⁾.

أما بعد صدور التقنين المدنى الجديد فقد اتجه الرأى إلى أن المشرع إذ نص فى المادة 875 مدنى على أن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فى ميراث المصريين حتى ولو كانوا غير مسلمين، فإن ذلك يستتبع حتما تطبيق القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون، وأن من نتائج تطبيق هذه القاعدة أن يكون لدائنى التركة حق امتياز عليها بمقدار ديونهم مما يخول لهم تتبع أعيانها لاستيفاء حقوقهم بطريق الأفضلية على الوارث ومن يتعامل معه متى شهرها ديونهم طبقا للأوضاع المقررة فى المادة 14 من القانون رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر العقارى، وبذلك يصبح لدائنى التركة مصلحة فى طلب فرض الحراسة على أعيان التركة- إذا لم يكن قد عين مصف عليها- لا كوسيلة لسداد ديون التركة، بل كإجراء تحظى يراود منه المحافظة على حقوق هؤلاء الدائنين، بمعنى أن تكون مأمورية الحارس مقصورة على إدارة أعيان التركة واستغلالها وإيداع صافى المتحصل خزانة المحكمة إلى أن تعين المحكمة المختصة مصف على التركة⁽⁴⁾.

(1) محكمة الاستئناف المختلطة 27 فبراير سنة 1929 - 4 يناير سنة 1931.

(2) محكمة الاستئناف المختلطة 14 يناير سنة 1931.

(3) استئناف مختلط 31 مايو سنة 1939 - 3 يناير سنة 1939 - 19 نوفمبر سنة 1941.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف ص300 - محمد على رشدى ص309 وما بعدها - حسن

ويشترط للحكم بالحراسة فى هذه الحالة ما يأتى (□) :

- 1- ألا يكون قد عين مصف على التركة لأن نظام التصفية - كما ذكرنا سلفا - يقضى باستقلال المصفى بإدارة التركة وتحصيل مالها من حقوق وبيع أعيانها كلها أو بعضها للوفاء بديونها.
- 2- أن يكون الدائن قد شهر دينه طبقا للمادة 14 من قانون الشهر العقارى.
- 3- أن يكون هناك خطر على حقوق الدائنين من بقاء التركة تحت يد أحد الورثة، كما لو أساء إدارتها أو بدد غلتها أو أهمل تعميمها مما يضعف من الضمانات العامة المقررة للدائنين.

303- هل يجوز امتداد الحراسة إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد

أجنبى؟

ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة إلى أن تعيين حارس قضائى على أموال تركة يعد من قبيل الإجراءات التحفظية المستعجلة التى لها طابع إقليمى بحت ولا يمكن أن تمتد إلى الأموال الكائنة خارج البلاد المصرية. وقضت طبقا لهذه النظرية باختصاصها بتعيين حارس قضائى على ما يوجد بمصر من أموال تركة (عقار ومنقول)، واستبعدت ما يوجد منها فى الخارج⁽²⁾.

غير أن الفقه ذهب إلى عكس ذلك تأسيسا على أن المشرع المصرى إذ اشترط فى المادة 296 مرافعات لإمكان تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر أن يتحقق شرط التبادل، بمعنى أن الأحكام الصادرة من بلد أجنبى تكون لها فى

عكوش ص42 - السنهورى ص842 وما بعدها.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص300- المستشار مجدى هرجه أحكام وآراء فى القضاء المستعجل ومنازعات التنفيذ الوقتية 1992/1991 ص326.

(2) استئناف مختلط 29 نوفمبر سنة 1933 - 4 يناير سنة 1939 - 26 فبراير سنة 1941.

مصر القيمة التي تعطيها السلطات القضائية في تلك البلاد لأحكام المحاكم المصرية، ومن ثم فليس هناك ما يحول قانونا من أن يختص القضاء المصري بوضع الأموال الموجودة في بلد أجنبي تحت الحراسة متى كان في الإمكان تنفيذ حكم الحراسة في البلد الأجنبي الذي يشترط التبادل مثلنا⁽¹⁾. وقد أيد الفقه اتجاهه في القضاء⁽²⁾.

304- سادسا : النزاع المتعلق بالمال الشائع :

يتحدد حق الشريك المشتاع بقدر الحصة التي له في المال الشائع، ولكن حقه يرد على الشيء الشائع كله، فلا يتركز في جزء معين من هذا الشيء. وللشركاء الآخرين مثل هذا الحق أيضا، إذ يرد حق كل منهم في نفس الوقت على الشيء الشائع كله، فإذا كان للشريك المشتاع بمقتضى ما له من حق في ملكية الشيء الشائع أن يستعمل هذا الشيء وأن يستغله، فإن سلطته في هذا الاستعمال والاستغلال تكون مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين، بحيث يتعين ألا يترتب على ممارسته لهذه السلطة المساس بحقوق غيره من الشركاء. وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 826 مدنى بقولها: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

وقد يقع النزاع بين الشركاء في شأن المال الشائع ويتخذ هذا النزاع إحدى

صور ثلاث هي:

(أ) النزاع على الملكية.

(ب) النزاع على الإدارة.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 301 - عبد الحكيم فراج ص 309.

(2) مستعجل مصر المحاماة السنة 34 ص 165 رقم 70.

(ج) النزاع على الديون التى يتحملها المال الشائع.

ونعرض لهذه الصور الثلاث بالتفصيل على النحو الآتى:

305- النزاع على الملكية :

قد يقع النزاع على أنصبة الشركاء فى المال الشائع، فيدعى أحد الشركاء ملكيته وحده للمال الشائع، أو ينازع الشركاء واحدا منهم ويدعون أنه ليس له نصيب فى المال الشائع، أو يدعى أحد الشركاء أن له نصيبا أكبر أو يدعى الشركاء أن واحدا منهم له نصيب أصغر⁽¹⁾.

وقد يستأثر أحد الشركاء أو بعضهم بالريع بزعم أنهم وحدهم أصحاب النصيب فيه وينازعهم الباقيون فى ذلك.

فإذا استبان للقاضى المستعجل جدية هذه المنازعات فإنه يقضى بفرض الحراسة القضائية على المال الشائع متى توافرت بقية أركان الحراسة الأخرى. وتستمر الحراسة حتى ينتهى النزاع فى الملك قضاء أو رضاء. ويتعين على القاضى المستعجل فى هذه الحالة أن يأمر الحارس بعدم تسليم الريع المقابل للنصيب المتنازع عليه إلى الشركاء، بل يتعين الاحتفاظ به بإيداعه فى خزانة المحكمة مثلا حتى يفصل فى النزاع على الملكية لأنه إذا قضى بغير ذلك يكون قد مس أصل الحق المحرم عليه. أما الريع المقابل للقدر المتيقن من النصيب الخالى من أى نزاع فإنه يسلم بمعرفة الحارس لأربابه⁽²⁾.

306- (ب) النزاع على الإدارة :

النزاع على إدارة المال الشائع من أهم المنازعات التى تعرض للشركاء فى

(1) السنهورى ص 835 وما بعدها.

(2) راتب وآخرين ص 555 - استئناف مختلط 17 نوفمبر سنة 1909 - 6 أبريل سنة

المال الشائع، ولذلك عنى التقنين المدنى بتنظيم إدارة المال الشائع فى المواد 827 وما بعدها.

وتخلص أحكام الإدارة المعتادة للمال الشائع فيما يلى :

1- تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك (م827).

2- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع (م1/828).

3- للأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا (م2/828).

4- إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم (م3/828).

وبالترتيب على ذلك إذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع والتي تحسب على أساس قيمة الأنصباء، ولم يتول الإدارة أحد الشركاء أو تولها واعترض عليه أحدهم، قامت الحاجة إلى تعيين مدير للمال الشائع، ويجوز فى هذه الحالة بناء على طلب أحد الشركاء أن يعين القاضى هذا المدير من بين الشركاء أو من غيرهم فتكون نيابته عنهم نيابة إجبارية.

ويكون المدير المعين مديرا دائما وليس مديرا مؤقتا. ويكون تعيينه بدعوى عادية أمام محكمة الموضوع طبقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

فهذه الدعوى لا تعد من دعاوى الحراسة القضائية لذلك لا يشترط أن يتوافر

فيها أركان الحراسة القضائية.

وهذا المدير قد لا يغنى عن تعيين حارس قضائي على المال الشائع، إذ قد تدعو الحاجة إلى فرض الحراسة كإجراء مستعجل على المال الشائع في بعض الحالات.

ومن هذه الحالات ما يأتي:

1- أن يقوم نزاع بين الشركاء على الإدارة ولم يتفقوا على تعيين مدير طبقاً لأحكام التقنين المدني، وكأن يخشى من بقاء المال الشائع دون مدير حتى يتم تعيينه من محكمة الموضوع، إذ يجوز لأى من الشركاء رفع دعوى مستعجلة بفرض الحراسة سواء أمام القاضى المستعجل أو أمام قاضى الموضوع الذى ينظر دعوى تعيين المدير .

2- أن يجمع الشركاء على اختيار مدير معين أو تتعقد الأغلبية على اختياره، غير أن إدارة هذا المدير تصبح محل طعن جدى سواء من أحد الشركاء أو من بعضهم⁽¹⁾، كأن يكون قد حابى البعض على حساب البعض الآخر، أو أهمل صيانة المال الشائع حتى حاق الضرر بأربابه أو كاد، أو أهمل وفاء الديون المكلف بوفائها حتى أصبح المال معرضاً لخطر نزع الملكية، أو امتنع عن وفاء الربيع لأصحاب النصيب فيه، أو ما إلى ذلك من صور المطاعن الجدية والتي تجعل من الخطر استمراره فى أداء مهمته ولو كان هذا الخطر منصبا على نصيب الأقلية دون الأكثرية وتمسك الآخرون ببقاء المدير⁽²⁾.

3- إذا اختلفت الشركاء اختلافاً جدياً على طريقة الإدارة. كأن يختار أصحاب أغلبية الأنصباة طريقة لاستغلال العين تؤدى إلى نفعهم وحدهم والإضرار بأصحاب النصيب الأقل. أو كأن يتولى أصحاب أغلبية الأنصباة

(1) قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية الأهلية فى 19 أكتوبر سنة 1935.

(2) عبد الحكيم فراج ص33 - راتب وآخرون ص555.

إدخال تعديلات على العين تخرج من نطاق الإدارة العادية (أو يقوم بذلك المدير الذى اختاروه) ويقع ذلك بالمخالفة لنص المادة 829 مدنى ويتضح أنه من الخطر استمرار المال على ما هو عليه.

4- أن ينتهى عقد إيجار المال الشائع ولا يتفق الشركاء على طريقة استغلال هذا المال⁽¹⁾.

307- رفع دعوى القسمة لا يكفى بذاته لفرض الحراسة القضائية :

رفع دعوى القسمة لا يستلزم بذاته فرض الحراسة القضائية على المال الشائع⁽²⁾.

أما إذا طالت إجراءات القسمة وتنازع الشركاء فى ملكية أو إدارة المال الشائع المدة التى تتوهم فيها هذه الإجراءات، وكانت هناك أسباب جدية للخشية من ضياع الربح أو نقصه لسوء الإدارة، جاز لصاحب المصلحة من الشركاء طلب فرض الحراسة القضائية على المال الشائع.

أما إذا كان كل من الشركاء منتفعا بما يوازى قيمة نصيبه فى الأموال المشاعة بطريق قسمة المهايأة أو بحكم من القضاء فإن طلب الحراسة يضحى فى غير محله⁽³⁾.

308- الحراسة على حصة شائعة :

(1) استئناف مختلط 11 يناير سنة 1933 - والإدارة غير المعتادة قد تفتح الباب للحراسة القضائية، كأن يطلب أحد الشركاء وضع المال الشائع تحت الحراسة لأن قرارا يخرج عن حدود الإدارة المعتادة يوشك أن ينفذ مع أنه قد اتخذ بأغلبية أقل ما يوجب القانون أو اتخذ بهذه الأغلبية ولكن قام اعتراض عليه.

(2) راتب وآخين ص 558 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 284 - محكمة الاستئناف المختلطة 1923/6/27.

(3) محمد كامل مرسى ص 652 - استئناف مختلط 1906/12/11 - 1923/6/27.

ليس ثمة ما يمنع من الناحية العملية من وضع حصة شائعة فقط تحت الحراسة دون باقى المال الشائع، فيكون الحارس فى علاقته مع باقى الشركاء فى نفس الوضع الذى كان فيه المالك للحصة لموضوع الحراسة، فيستطيع الاتفاق معهم على استغلالها إما بتأجيرها للغير أو بقسمة انتفاع. فإذا تعذر الاتفاق بين الحارس وباقى الشركاء، كان ذلك مبرراً لطلب فرض الحراسة على المال الشائع كله لإمكان إدارته واستغلاله لمصلحة جميع الشركاء⁽¹⁾.

309- لا يجوز تعيين كل شريك حارساً على نصيبه فى المال الشائع :

إذا قضى بفرض الحراسة القضائية على المال الشائع، فلا يجوز تعيين كل من الشركاء حارساً على حصته من المال الشائع، لأن العلة من الحراسة وهى قيام حالة الشيوع وعدم الاتفاق على الإدارة، لا يخفف منها أو يزيلها تخويل كل من الشركاء إدارة نصيبه شائعاً بصفته حارساً لا مالكا⁽²⁾.

غير أنه إذا أمكن تقسيم المال الشائع قسمة مهايأة، جاز تعيين كل شريك حارساً على حصته⁽³⁾، لأنه سينتفى وجود ثمة نزاع بين الشركاء على كيفية إدارة المال الشائع، ولا ينال من ذلك أن الحراسة قد تستمر مدة طويلة، لأنه لا يوجد ما يحول دون بقاء الإجراء التحفظى مدة طويلة حتى ينتهى النزاع اتفاقاً أو قضاءً.

310- وجوب توافر النزاع لفرض الحراسة على المال الشائع :

ذهب بعض الشراح إلى أنه لا يشترط للحكم بالحراسة فى حالة الشيوع توافر

(1) محمد على رشدى ص 322 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 285 - راتب وآخرين ص 562 - محكمة الاستئناف المختلطة 1931/1/14 - 1931/12/24 - 1934/6/30 - 1936/4/8.

(2) راتب وآخرين ص 558 - استئناف مختلط 14 ديسمبر سنة 1932.

(3) راتب وآخرين ص 558 وما بعدها - السنهورى ص 834 - مستعجل مصر 23 مايو سنة 1935.

النزاع الواجب توافره فى دعاوى الحراسة الأخرى، بل يكفى قيام الشيوخ وعدم الاتفاق على الإدارة⁽¹⁾.

غير أن الراجح فى الفقه ذهب إلى أن دعوى الحراسة على المال الشائع يتعين أن يتوافر فيها كافة الأركان اللازم تحققها فى كافة دعاوى الحراسة الأخرى حتى يحكم القضاء بفرضاها، ومنها ركن النزاع إذ لا داعى لتخصيصها بوضع منفرد بغير مخصص من القانون حتى ولو رفعت من صاحب النصيب الأكبر⁽²⁾.

وبهذا الرأى قضت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن :

"مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة 828 وما بعدها من القانون المدنى يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام فى شأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه - فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد 729 وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ويكون تعيين الحارس سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية باتفاق ذوى الشأن جميعا فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه وذلك وفقا للمادة 732 من ذلك القانون، وإذن فمتى كانت واقعة الدعوى هى قيام نزاع بين ورثة بائع وورثة مشتر على إدارة أعيان وأطيان التركة التى وقع البيع على جزء شائع فيها وذلك بسبب منازعة البائع فى صحة هذا البيع ومنازعة المشتري فى قسمة هذه الأطيان مما اقتضى تعيين البائع حارسا قضائيا على كافة عقارات التركة ثم ضم حارس فى الحراسة إليه، وكانت المحكمة الاستئنافية قد طبقت - أحكام الحراسة فى شأن هذا

(1) راتب وآخرين الطبعة الثالثة ص 445.

(2) راتب وآخرين الطبعة السابعة 1985 ص 560 - محمد على رشدى ص 320 وما بعدها-

النزاع - فإن النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة 828 من القانون المدنى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 165 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/29)

311- (ج) - النزاع على الديون التى يتحملها المال الشائع :

قد يقع النزاع فى ديون يكون المال الشائع مثقلا بها، كأن يكون مرهونا فى دين أو مترتبا عليه حق اختصاص أو حق امتياز.

فإذا تأخر بعض الشركاء فى الوفاء بما يخصهم فى هذه الديون ونازعوا فيها، وخشى البعض الآخر من جراء هذه المنازعة أن تنزع ملكية المال الشائع جاز لأى منهم طلب وضع المال تحت الحراسة فيقبض الحارس ريع المال ويسدد منه الديون غير المتنازع فيها ويودع خزانة المحكمة قيمة الديون المتنازع فيها حتى يفصل فى النزاع⁽¹⁾.

ومن هذا القبيل امتناع بعض الشركاء عن أداء نفقات الإصلاح المستحقة على المال الشائع أو سداد الأموال الأميرية المستحقة عليها⁽²⁾.

وليس الغرض من الحراسة فى الأحوال المذكورة هو قهر المدين على الوفاء بحصته فى هذه الديون، بل يراد بها دفع الضرر عن حقوق الشركاء وإنقاذ المال الشائع من خطر إجراءات نزع الملكية التى يباشرها الدائنون أو مصلحة الضرائب.

312- هل يجوز فرض الحراسة القضائية على المال الشائع استيفاء

لدين على أحد الشركاء؟

الأصل أن الحراسة ليست وسيلة للتنفيذ أو لإكراه المدين على الوفاء، ذلك أن

(1) استئناف مختلط 4 مايو سنة 1910 - 1 مارس سنة 1911 - 5 ديسمبر سنة 1917 -

17 فبراير سنة 1932 - 15 يناير سنة 1936 - مصر مستعجل 22 فبراير سنة 1939.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 284 عبد الحكيم فراج ص 197.

طرق التنفيذ أوردتها قانون المرافعات وليس من بينها الحراسة القضائية، وإنما الحراسة إجراء ترمى الفكرة فيه إلى قصد أسمى من ذلك يتعلق بالنظام الاجتماعى والاقتصادى.

إلا أن الضرورات العملية اضطرت المحاكم إلى عدم التزام هذا الأصل فأجازت الحراسة ضمانا لوفاء الدائن دينه، إذا كانت هي الطريقة الوحيدة أمام الدائن للحصول عليه، فقصت بوجوب الأمر بالحراسة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة المنتجة لتنفيذ حكم واجب النفاذ لأنه ليس من العدل فى شيء أن يمكن المدين من استعمال القانون استعمالا سيئا ليحول دون حصول الدائن على دينه⁽¹⁾. وقد أيد الفقه هذا القضاء⁽²⁾.

ولفرض الحراسة على المال الشائع استيفاء للدين تجب التفرقة بين

حالتين:

الحالة الأولى: حالة قسمة المال الشائع قسمة مهايأة:

إذا كان المال الشائع مقسوما قسمة زراعية أو قسمة مهايأة، يكون هناك مجال لطلب قصر الحراسة على نصيب الشريك المدين⁽³⁾، ولا يكون هناك محل فى هذه الحالة للبحث عما إذا أن النصيب الذى أصاب المدين من المال الشائع أقل عددا أو مساحة، إذا كانت جودته تكفى لتعويض النقص فى العدد أو فى المساحة⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: عدم وجود قسمة مهايأة:

إذا لم يكن المال الشائع مقسوما قسمة زراعية أو مهايأة فليس هناك ما يمنع

(1) محكمة استئناف مصر الأهلية 22 أبريل سنة 1936 - 8 ديسمبر سنة 1922.

(2) محمد على رشدى ص316- راتب وآخرين ص557.

(3) محكمة الاستئناف المختلطة 8 أبريل سنة 1936 ، 21 يناير سنة 1931 - عبد الحكيم

فراج ص167.

(4) محكمة الاستئناف المختلطة 4 مايو سنة 1932.

عملا من وضع حصة الشريك المدين شائعة تحت الحراسة، وفى هذه الحالة يكون للحارس ما للشريك المدين فى إدارة المال الشائع مع باقى الشركاء، وعليه أن يتفق معهم على إدارته سواء بالتأجير أو بقسمته قسمة مهايأة، وإذا لم يتفق الشركاء مع الحارس على إدارة المال الشائع يجوز فى هذه الحالة طلب وضع المال الشائع كله تحت الحراسة⁽¹⁾.

313- سابعا: الحراسة القضائية على الطبقات والشقق:

(أ) الأساس القانونى للحراسة القضائية على الطبقات والشقق:

تتصل بالحراسة على المال الشائع إدارة ملكية الطبقات والشقق. والمقصود بملكية الطبقات والشقق، هى ملكية العقارات المقسمة إلى طبقات أو شقق إذا تعدد الملاك وكان لكل منهم طابق أو أكثر أو شقة أو أكثر يملكها ملكية خاصة.

فنكون بصدد نوعان من الملكية.

1- ملكية مفرزة، وهى ملكية الطبقات والشقق التى يملكها مفرزة ملاك متعددون.

2- ملكية شائعة شيوخا جبريا، وهى أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع مثل الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والسلم والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع أنابيب المياه والغاز والنور وغيرها.

ويجرى على الأجزاء المشتركة حكم الشيوخ الإجارى فلا تقبل القسمة. ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء المفرز الذى له فى الدار، وليس للمالك أن

(1) عبد الحكيم فراج ص168 - محكمة الاستئناف المختلطة 31 ديسمبر سنة 1942 ، 20 يونية سنة 1934.

يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء المفرز الذى يملكه، لما بين الشئيين من علاقة التبعية.

(ب) تنظيم القانون المدنى والقانون رقم 119 لسنة 2008 للانتفاع

بملكية الطبقات والشقق وإدارتها :

وضع التقنين المدنى نظاما للانتفاع بملكية الطبقات والشقق وإدارتها فى المواد (862 - 869)، وتخلص أحكام هذه المواد فيما يلى:

1- حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم.

ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها (862).

2- للاتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته (م863).

3- إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع نوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبا (م864).

4- للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم، وله أن يأذن فى إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك على نفقة من يطلبه من الملاك وبما يضعه الاتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء (م865).

5- يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها فى

المادة 864، فإن لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم. وعلى المأمور إذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات. كل هذا ما لم يوجد نص فى نظام الاتحاد يخالفه. ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر (م866).

6- أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه.

ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها فى المادة 864 أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل (م867).

7- إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة 864 ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

فإذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة (م868).

8- كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفروز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار.

وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده (م869).

ولما صدر القانون رقم 49 لسنة 1977 فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ونظم فى المواد (73- 75) الواردة بالفصل الثانى

من الباب الرابع اتحاد ملاك العقار المقسم إلى طبقات أو شقق. و صدر نفاذا للمادة (74) قرار وزير الإسكان رقم 109 لسنة 1979 بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك.

ولما صدر القانون رقم 119 لسنة 2008 بإصدار قانون البناء نص فى المادة الثالثة من قانون إصداره على إلغاء الفصل الثانى من الباب الرابع من القانون رقم 49 لسنة 1977 وهو الذى كان ينظم اتحاد ملاك العقار المقسم إلى طبقات أو شقق. ثم أورد فى الباب الرابع - الفصل الأول (تنظيم اتحاد الشاغلين) الذى حل محل اتحاد الملاك فى المواد (69-89) والمواد (155 - 174) من اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بالقرار الوزارى رقم 144 لسنة 2009 والنظام النموذجى لاتحاد الشاغلين الصادر بالقرار الوزارى رقم 200 لسنة 2009.

وقد نص القانون فى المادة (69) منه على أن:

"تسرى أحكام هذا الفصل على المبانى والمنشآت فى وحدات الإدارة المحلية والمجتمعات العمرانية الجديدة والمبانى التى يصدر بتحديددها قرار من الوزير المختص، ولا تسرى أحكام هذا الفصل على المبانى التالية:

- المبانى المستغلة إداريا بالكامل لجهات حكومية.
- المنشآت الخاضعة لأحكام القانون رقم (1) لسنة 1973 فى شأن المنشآت الفندقية والسياحية.
- المساكن المملوكة لشخص اعتبارى والمخصصة بأكملها لسكنى العاملين بها.
- المساكن التى تشغل بتصاريح إشغال مؤقتة لمواجهة حالات الطوارئ والضرورة.
- العقارات الخاضعة بكامل وحداتها للقانون رقم (4) لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها والأماكن التى انتهت أو تنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها".

وقد أصدرنا مؤلفا عن نظام اتحاد الشاغلين فنحيل إليه فى تفصيلات هذا الموضوع.

(ج) هل يجوز فرض الحراسة القضائية على العقارات المقسمة إلى طبقات أو شقق؟

مأمور الاتحاد الذى نصت عليه المادة 866 مدنى شبيهه بالحارس القضائى، ولو أنه يختلف عنه فى بعض الوجوه. فتعيين المأمور يصدر بقرار من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم وذلك فى حالة عدم تحقق الأغلبية المشار إليها فى المادة 864 مدنى واللازمة لتعيينه، كما أنه يجوز عزل المأمور بقرار تتوافر فيه هذه الأغلبية. أما الحارس القضائى فيعين بحكم من قاضى الأمور المستعجلة أو من قاضى الموضوع ويعزل بحكم قضائى ولا يجوز عزله من ذوى الشأن، ولو اتفقوا على ذلك، بل لا بد أن يصدر حكم بالعزل من المحكمة المختصة فهذه الحالة ليست من أحوال الحراسة القضائية ولو أنها تشبهها من بعض الوجوه.

على أن هذا النظام لا يقوم إلا فى حالة اتفاق جميع الملاك على تكوين اتحاد فيما بينهم وهو أمر جوازى - فى ظل أحكام التقنين المدنى - فإذا لم يوجد اتحاد للملاك، طبقت القواعد العامة للحراسة القضائية. ويكون هناك مجال لتطبيق نظام الحراسة على الأجزاء المشتركة شيوعا كلما توافرت شروط دعوى الحراسة⁽¹⁾.

وأىضا مأمور الاتحاد طبقا لأحكام القانون رقم 49 لسنة 1977 سالف الذكر

(1) عبد الحكيم فراج ص 170 - وقارن الدكتور عبد الحميد الشواربى ص 122 فيذهب إلى أنه لا يجوز إعمال نظام الحراسة على حالات ملكية الطبقات لاختلاف التنظيم القانونى لكل منهما.

شبيهه بإجراء الحراسة القضائية، ولو أنه يختلف عنه فى بعض الوجوه، ذلك أن المأمور المؤقت إما أن يعينه أعضاء الاتحاد أو الوحدة المحلية المختصة، أما المأمور (الدائم) فيعين بقرار من الجمعية العمومية، كما يعزل بقرار من هذه الجمعية.

وعلى ذلك يمكن فرض الحراسة القضائية إذا توافرت شروطها بالتفصيل المذكور آنفاً، إذا لم يعين مأمور مؤقت أو مأمور (دائم) للاتحاد.

314- ثامناً: النزاع المتعلق بالشركات والجمعيات والنقابات:

الأصل أن مدير الشركة أو الشريك المنتدب للإدارة أو مدير الجمعية أو المؤسسة أو النقابة هم الذين يقومون بأعمال الإدارة أو التصرف التى تدخل فى أغراضها، إلا أنه قد تطرأ ظروف خاصة تعطل أعمال الإدارة فيها بسبب اختلاف الشركاء أو الأعضاء أو مديرى الشركة أو المؤسسة أو الجمعية أو النقابة فى شئون الإدارة، فتكون هناك حاجة ماسة إلى إقامة حارس يتولى المحافظة على شئون الشركة أو الجمعية أو النقابة أو المؤسسة ليتولى إدارتها إلى أن ينتهى النزاع القائم بين ذوى الشأن فيها، أو إلى أن يعين عليها مصف من الجهة المختصة⁽¹⁾.

وقد قضى بشأن النوادى الخاضعة لأحكام القانون رقم 32 لسنة 1964

بأن:

"وحيث إنه لما كان لا خلاف بين طرفى الخصومة فى أن نادى القضاة من النوادى الخاصة الذى يخضع لأحكام القانون 32 لسنة 1964 والم شهر برقم 4 لسنة 1964 ومن ثم يكون من الأموال القابلة للتعامل القابل لإدارتها بواسطة الغير والتي يجوز وضعها تحت الحراسة القضائية وقد أجمع الفقه والقضاء على جواز

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 291.

وضع الحراسة القضائية على النوادى والجمعيات النقابية (يراجع الوسيط للسنهورى الجزء السابع صفحة 298 - 800 والمستشار محمد عبد اللطيف صفحة 277 بند 293) كما قضى بتعيين حارس قضائى على نادى التجديف الدولى بناء على طلب أعضائه لضمان استمرار العمل به مؤقتا عندما أغلقه رئيس لجنة النادى ورفض عقد الجمعية العمومية طبقا لقانون النادى (استئناف مختلط 1949/11/6 السنهورى المرجع السابق هامش صفحة 800).

(محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة بتاريخ 1975/5/26 فى الدعوى رقم 7426 لسنة 1975 مستعجل).

وبالنسبة للشركات فإنه يجب التفرقة بين شركات الأشخاص وشركات المساهمة بالتفصيل الآتى:

(أ) - شركات الأشخاص:

شركات الأشخاص هى شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة⁽¹⁾.

(1) أما شركات التوصية بالأسهم، وهى الشركات التى يتكون رأس مالها من حصة أو أكثر يملكها شريك متضامن أو أكثر، وأسهم متساوية القيمة يكتب فيها مساهم أو أكثر ويمكن تداولها على الوجه المبين بالقانون رقم 159 لسنة 1981 (بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة) ويسأل الشريك أو الشركاء المتضامنون فيها عن التزامات الشركة مسئولية غير محدودة، أما الشريك المساهم فلا يكون مسئولا إلا فى حدود قيمة الأسهم التى اكتتب فيها (م3 من القانون) فإنها = تعتبر من شركات الأشخاص بالنسبة إلى الشركاء المتضامين، ومن شركات الأموال بالنظر إلى الشركاء المساهمين.

أما الشركات ذات المسئولية المحدودة، وهى الشركات التى لا يزيد عدد الشركاء فى كل شركة منها على خمسين شريكا ولا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته، ولا يجوز تأسيسها أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، ولا يجوز لها

وهذه الشركات يجوز فرض الحراسة القضائية عليها كلما توافر النزاع

الجدى - مع باقى أركان الحراسة - ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى:

1- أن يستأثر أحد الشركاء بالإدارة والأرباح بحيث يصبح من الخطر بقاء الأموال تحت يده⁽¹⁾.

2- أن يقوم نزاع بين أحد الشركاء وبين الشريك المتولى إدارتها فى شأن ملكية بعض أموال الشركة، فيدعى الشريك أنها ملكه ويدعى المدير أنها ملك الشركة، ويصبح من الخطر بقاء تلك الأموال فى يد المدير.

3- أن يهمل المدير الإدارة ويهمل مصالح الشركة التى يديرها.

4- أن يخلو منصب المدير لوفاة أو لعزله أو لاستقالته أو لغير ذلك من الأسباب⁽²⁾.

5- أن يفلس الشريك المسئول فى شركة التوصية⁽³⁾.

6- أن يقيم أحد الأعضاء دعوى فسخ، فيحتمد النزاع بين المديرين والأعضاء، ويقوم خطر عاجل يستوجب حارسا قضائيا يتولى الإدارة مؤقتا يفصل

إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول (م4 من القانون) فهى بدورها فى مركز وسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال، فهى تشبه شركات الأشخاص لأن للاعتبار الشخصى دورا ملحوظا فيها، وتختلف عنها فى تحديد مسئولية جميع الشركاء بقدر حصصهم، وهى تشبه شركات الأموال من حيث أحكام تأسيسها وكيفية إدارتها، وإذا كان من الضرورى الميل بالشركة نحو أحد النوعين فإن جوهرها أقرب إلى شركات الأشخاص منه إلى شركات الأموال (الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى طبعة ثانية ج1 ص193).

(1) راتب وآخرين ص570.

(2) استئناف مختلط 3 ديسمبر 1930 - 30 يونية سنة 1947.

(3) السنهورى ص846 - استئناف مختلط 26 مايو سنة 1948.

فى دعوى الفسخ⁽¹⁾.

أما إذا أقام كل من طرفى التداعى دعوى موضوعية يستند فيها إلى بطلان عقد الشركة سند الدعوى فإنه لا يكون هناك ثمة نزاع جدى على شركة أقر طرفاها ببطلان عقدها، ويكون لذلك فى القضاء بفرض الحراسة مساس بأصل الحق⁽²⁾.

7- أن يخل المدير المعين فى عقد الشركة بالتزاماته إخلالا جسيما يقتضى استبدال غيره به حتى ولو كان متفقا فى عقد الشركة على تعيينه مصفيا⁽³⁾.

8- أن يقوم نزاع بين الشركاء فى قيمة أموال الشركة، أو فيما إذا كانت الشركة قد صفت فعلا أم لا⁽⁴⁾.

9- أن يكون المدير المسئول فى شركة التوصية قد أفلس، ويرى السنديك لكفالة حسن إدارة الشركة وضعها تحت الحراسة⁽⁵⁾.

10- أن يتولى بعض الشركاء إدارة الشركة خلافا لنصوص العقد ويستأثرون بالإدارة ويقوم الخلف بينهم وبين بقية الشركاء بما يتضح معه وجود خطر من استمرار الوضع على ما هو عليه⁽⁶⁾.

11- أن يقوم نزاع فى طبيعة العلاقة التى تربط بين الطرفين هل هى شركة توصية أو إيجارة أشخاص⁽⁷⁾.

12- إذا توفى أحد الشركاء المتضامنين ولم يوافق ورثته على الاستمرار فى

(1) السنهورى ص 847 - استئناف مختلط 3 ديسمبر سنة 1930 - مصر مستعجل 9 ديسمبر سنة 1940.

(2) المستشار مجدى هرجه ص 450.

(3) محمد على رشدى ص 325 - محكمة الاستئناف المختلطة 1934/6/13.

(4) محكمة الاستئناف المختلطة 1930/12/23 - نقض فرنسى 1929/4/17.

(5) محمد على رشدى ص 322 - محكمة الاستئناف المختلطة 1948/5/26.

(6) راتب وآخرين ص 570.

(7) محمد على رشدى ص 325.

الشركة ولم يكن منصوصا فى عقد الشركة على جواز استمرارها بعد وفاة أحد الشركاء، جاز للورثة أن يطلبوا وضع الشركة تحت الحراسة إلى أن يبيت فى أمر حلها وتصفيتها⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"موت أحد الشركاء المتضامنين فى شركة التضامن واستمرار باقى الشركاء فيها دون موافقة ورثة الشريك المتوفى ودون أن يكون منقفا فى عقد الشركة على استمرارها بعد الوفاة يجيز لهؤلاء الورثة طلب وضع أموالها تحت الحراسة القضائية حتى تبت محكمة الموضوع فى تعيين مصف لها وتصفيتها متى تجمعت لديهم من الأسباب المعقولة ما يخشى معها وجود خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزيه إذ أن شخصية الشركة لا تنتهى بوفاة الشريك المتضامن بل تبقى بالقدر اللازم للتصفية وحتى انتهائها".

(طعن رقم 1053 لسنة 58 جلسة 1990/5/28)

13- إذا ادعى بعض الشركاء أن الشركة قد حلت وأنكر البعض ذلك، ونجم عن هذا النزاع قيام خطر عاجل من بقاء الحالة على ما هى عليه، فإنه يجوز طلب تعيين حارس قضائى يتولى الإدارة مؤقتا إلى أن يفصل فى النزاع⁽²⁾. ويعتبر تعيين حارس قضائى على أموال الشركة مجرد إجراء تحفظى محض تقتضيه ظروف الشركة وليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(1) الدناصورى وعكاز ص 488 - السنهورى ص 848 - استئناف مختلط 3 ديسمبر سنة 1930.

(2) الدناصورى وعكاز ص 488.

"إن تعيين حارس قضائي على أموال الشركة هو إجراء وقتي قد تقتضيه ظروف الدعوى وليس فيه معنى العزل للشريك المنتدب للإدارة باتفاق الشركاء ولا مخالفة فيه لنص المادة 516 من القانون المدني".

طعن رقم 303 لسنة 20 ق جلسة 1952/6/5

ولا يجوز للقاضي المستعجل أن يحكم بتصفية الشركة أو تعيين مصف لها لأن التصفية هي قضاء بإنهاء الشركة وتسوية مركزها واستخلاص الباقي من رأسمالها لقسمته بين الشركاء وهي بهذه المثابة لا تعتبر كإجراء تحفظي، وإنما هو فصل في أصل الحق الأمر الذي يخرج عن اختصاص القاضي المستعجل. ومأمورية المصفي تختلف عن مأمورية الحارس القضائي الذي يقتصر عمله كقاعدة عامة، على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف.

إلا أنه يلاحظ أن القضاء المستعجل له أن يحور طلبات الخصوم، ومن ثم فإنه يستطيع بما له من سلطة تحويل الطلبات أن يقضى في مثل هذا الطلب في حدود اختصاصه المستعجل بتعيين حارس قضائي يسند إليه مهمة الحراس القضائيين لا مهمة المصفين، ووجود الشركة في مرحلة التصفية لا تمنع من إمكان فرض الحراسة القضائية عليها عند توافر أركان الحراسة المعروفة⁽¹⁾.

وتكون مهمة الحارس إثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس من ذلك بأى طريق ممكن، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التي تصلح عنصراً للتصفية، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون، ذلك أن مهمة الحارس في هذه الحالة تختلف عن مهمة المصفي ولا تتعارض معها، فلا تتنافى الحراسة مع قيام

(1) راتب وآخرين ص 575.

التصفية⁽¹⁾.

ويجب فى جميع الأحوال أن يكون الغرض من الحراسة مؤقتاً. أما إذا كان تعيين حارس قضائى، يخفى شيئاً آخر كأن يكون الغرض منه تغيير فى عقد الشركة أو تعديل فى الاتفاق الذى تم بين الشركاء، فلا يجوز إذا كان الغرض من الحراسة هو تغيير الشركة وتحويلها إلى شركة أخرى⁽²⁾. أو الحد من سلطة المدير المخولة له بمقتضى عقد الشركة، فلا يجوز الحكم بالحراسة فى هذه الحالات، ولو اقتضت مهمة الحارس على مجرد الإشراف على أعمال المدير أو الانضمام إليه فى العمل⁽³⁾. لأن مثل هذا الإجراء ينبئ عليه الإخلال بنصوص عقد الشركة⁽⁴⁾. ومهمة الحارس فى شركات الأشخاص إدارة أعمال الشركة وفقاً للغرض الذى قامت من أجله، وليس هناك ما يمنع من إقامة نفس مدير الشركة حارساً ينضم إليه حارس آخر يشرف على أعماله ويراقبها إذا كانت طبيعة أعمال الشركة تقتضى ذلك⁽⁵⁾.

(ب) شركات المساهمة:

الشركات المساهمة لها فى هذا المجال وضع مميز عن وضع شركات الأشخاص، ذلك أن الشريك فى الشركات المساهمة (المساهم) لا يتولى إدارة الشركة بصفته مساهماً ولا يتولاها بصفته الشخصية وإنما الذى يباشر هذه المهمة هو مجلس الإدارة تحت إشراف الجمعية العمومية للشركة ولهذا فإن الخلاف بين المساهمين حول ملكية الأسهم لا يؤدى بذاته - كقاعدة عامة لفرض الحراسة على

(1) الدناصورى وعكاز ص 488.

(2) عبد الحكيم فراج ص 189.

(3) استئناف مختلط 1929/1/20.

(4) استئناف مختلط 24 يناير سنة 1934.

(5) الدناصورى وعكاز ص 489.

أموال الشركة المساهمة⁽¹⁾، لأنه خلافا للوضع بالنسبة لشركات الأشخاص لا يؤدي عادة إلى تعطيل أعمال الشركة المساهمة إذ أن الذى يتولى إدارتها هو مجلس الإدارة تحت إشراف الجمعية العمومية للشركة حسبما تسفر عنه آراء الأغلبية فى حدود النصاب الأساسى للشركة⁽²⁾.

فإذا حدث نزاع بين المساهمين حول ملكية الأسهم، فإن ذلك فى ذاته لا يؤدي فى الأصل لإقامة حارس على أموال الشركة إذ لا خطر من هذا النزاع على إدارة الشركة وكل ما يترتب عليه من الأثر هو عدم تمكن الشخص الذى يدعى ملكية الأسهم دون أن يحوزها من حضور الجمعية العمومية للشركة لما يتطلبه الحضور من إيداع الأسهم بمركز الشركة أو بأحد المصارف ومثل هذا الأمر يمكن دفعه بالالتجاء إلى القضاء المستعجل بطلب تخويله حضور الجمعية العمومية دون خصمه الذى يحوز الأسهم وينازعه فى ملكيتها غير أنه يجوز وضع الشركات المساهمة تحت الحراسة القضائية إذا قام نزاع بين أعضاء مجلس إدارة الشركة يؤدي إلى عرقلة نشاطها أو إذا استقال أو توفى أحد الأعضاء مما يتعذر معه انعقاد المجلس، وفى هذه الأحوال ومثيلاتها تتوقف أعمال الشركة ويتحقق بذلك الخطر المسوغ لفرض الحراسة عليها لإدارتها وضمان سير العمل فيها. ومهمة الحارس فى هذه الحالة هى مجرد دعوة الجمعية العمومية للانعقاد لاتخاذ الإجراءات اللازمة لانتخاب مجلس الإدارة على أن يتولى الحارس القيام بأعمال الإدارة إلى حين انتخاب مجلس الإدارة الجديد وعندئذ تنتهى مهمة الحارس ويتولى المجلس الجديد تصريف شئون الشركة⁽³⁾.

ولا ينال من سلطة الحارس فى هذا الخصوص أن يكون عقد تأسيس الشركة

(1) راتب وآخرين ص 572 - مستعجل إسكندرية 26 مايو 1950.

(2) راتب وآخرين ص 572.

(3) الدناصورى وعكاز ص 489.

ينص على أن لمجلس الإدارة وحده حق دعوة الجمعية العمومية⁽¹⁾.
 أما إذا كانت الأسهم مرهونة رهنا حيازيا فإنه يجوز تعيين حارس قضائي لتسلم هذه الأسهم من الدائن المرتهن وإيداعها مركز الشركة حتى يمكن المساهم من حضور الجمعية العامة ثم ترد بعد ذلك إلى الدائن⁽²⁾ المرتهن.
 وقد تحل الشركة وتدخل في دور التصفية، ومع ذلك تفرض الحراسة عليها، وتكون مهمة الحارس إثبات ما تكشف عنه أوراق الشركة وسجلاتها من حقوق وديون وما يصل إلى علم الحارس عن ذلك بأى طريق ممكن، حتى يتمكن من حصر الحقوق المالية التي تصلح عنصرا للتصفية، وبخاصة إذا تبين أن عقد تصفية الشركة لم ترد به جميع الديون ذلك أن مهمة الحارس في هذه الحالة تختلف عن مهمة المصفي ولا تتعارض معها، فلا تتنافى الحراسة مع قيام التصفية.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان يبين مما جاء في الحكم أن المحكمة أقامت قضاءها بالحراسة على أموال الشركة استنادا إلى ما تجمع لديها من أسباب معقولة تحسنت معها الخطر العاجل من بقاء المال تحت يد حائزه. وكان تقدير الجد في النزاع وتوافر الخطر الموجب للحراسة من المسائل الموضوعية التي تقدرها محكمة الموضوع، متى كانت الأسباب التي جعلتها قواما لقضائها بهذا الإجراء الوقتي تؤدي إلى النتيجة التي رتبها عليها، وكان يبين منها أنها لم تتناول عقد تصفية الشركة المبرم بين الشركاء بالتأويل والتفسير كما ذهب إليه الطاعن إنما اقتصر على استعراض وجهتي نظر الطرفين لتبئين مبلغ الجد في النزاع وكان ما يدعيه الطاعن من أن

(1) محمد على رشدي ص 326 - راتب وآخرين ص 574 هامش (3).

(2) باريس أول يونية سنة 1935.

الشركة قد حلت وأصبحت لا وجود لها إعمالاً لأحكام العقد الآنف ذكره مردود بأن شخصية الشركة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية وحتى تنتهى هذه التصفية فإن ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من الخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 215 لسنة 21 ق جلسة 1952/10/30)

وقد يتفق الشركاء على تصفية الشركة، ثم يختلفون فى تفسير عقد التصفية المبرم فيما بينهم، ويقوم من وراء ذلك خطر عاجل من بقاء المال تحت يد الإدارة المالية فيقتضى الأمر إقامة حارس قضائى يتولى إدارة الشركة مؤقتاً حتى يفصل فى هذا النزاع.

وتنص المادة 16 من القانون رقم 161 لسنة 1957 باللائحة العامة لبورصات الأوراق المالية على أنه: "يجوز للقضاء عند الحكم بالحراسة على إحدى الشركات أن يأمر على وجه الاستعجال بوقف التعامل فى الأوراق المالية المتعلقة بهذه الشركة حتى يفصل فى أمرها إذا اقتضت الضرورة ذلك".

وليس من شك أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بوقف التعامل فى تلك الأوراق وفقاً لهذا النص إلا إذا توافر وجه الاستعجال الموجب لذلك كما لو كانت الظروف المالية للشركة مرتبكة ففى هذه الحالة يصح اتخاذ هذا الإجراء للمحافظة على مصالح المساهمين.

(الحالة الثانية)

أن يكون الحق فى المال غير ثابت

315- المقصود بهذه الحالة :

تنص المادة 729 مدنى التى تناولت الحراسة الاتفاقيه، والتى أحالت إليها المادة. 730⁽¹⁾ الخاصة بالحراسة القضائية على أن: "الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت.... إلخ".

وإذا رجعنا بنص الشطر الثانى من الفقرة الأولى من المادة 730 التى تجيز فرض الحراسة إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته إلى الأصل الفرنسى الذى استمدت منه، نجد أنه يشير إلى الحقوق التى لم تستقر ولم تثبت وهذه الحقوق إما أن تكون محل نزاع فتدخل فى مدلول لفظ "نزاع" المنصوص عليه فى الشطر الأول من الفقرة الأولى من المادة 730 سالفه الذكر، أو يكون لشخص مصلحة فى منقول أو عقار أو مجموع من المال ويخشى عليه خطراً عاجلاً من بقاءه تحت يد حائزته. ففى هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 730،

(1) رأينا أن هذه المادة تنص على أن:

"يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة:

- 1- فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة.
- 2- إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته.
- 3- فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون".

ولذلك لم يكن هناك محل للنص على هذه الحالة استقلالا⁽¹⁾.
 ومعنى هذا أنه لا يشترط لفرض الحراسة وجود نزاع بين الطرفين، إذا كان الحق في المنقول أو العقار أو مجموع المال غير ثابت⁽²⁾.
 فإذا اشترى شخص دارا في بلد لا يسكنها، وعلق الشراء على شرط واقف هو أن يسكن البلد الذي فيه الدار، فالمشترى له حق ملكية في الدار معلق على شرط واقف، والبائع له حق ملكية في نفس الدار معلق على شرط فاسخ.
 فإذا كانت الدار في يد البائع، ولتوقعه أن الشرط الواقف سيتحقق أخذ يسيء استعمال الدار ويخربها فيهدد بذلك حق المشتري المعلق على شرط واقف، جاز للمشتري أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظارا لتحقيق الشرط. والحق هنا غير متنازع فيه، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط واقف. ولو فرض العكس وكانت الدار في يد المشتري استأجرها مثلا قبل أن ينتقل إلى البلد نهائيا، وتوقعا منه أن هذا الانتقال النهائي لن يتم فيتخلف الشرط أخذ يسيء استعمال

(1) عبد الحكيم فراج ص 93.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 277 - السنهوري ص 823 - المستشار مصطفى هرجه الجديد في القضاء المستعجل طبعة ثانية مايو 1982 ص 407 - الدناصوري وعكاز ص 428 - وفي هذا المعنى محمد على رشدي ص 302 - عبد الحكيم فراج ص 93 - وعكس ذلك راتب وآخرين ص 476 هامش (1) إذا يذهب إلى أنه بالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني قد أشارت إلى أن النزاع على المال ليس شرطا لازما لفرض الحراسة القضائية إلا أن يؤثر الاتجاه الذي ذهب إليه في متن مؤلفه من اشتراط (النزاع) كركن للحراسة بعد التوسع في معنى النزاع بحيث لا يقتصر على ذلك المنصب على المال بل يشمل صوراً أخرى أوضحها في المتن، خصوصا إذا روعى أن الحالات التي تضرب كأمثلة على الحراسة التي تفرض عد عدم وجود نزاع، وهي حالات تنطوي في الواقع على (النزاع) بمعناه الواسع الذي ذهب إليه بالمتن ويستطردون أن الأحكام تجرى على الإشارة إلى (النزاع) كركن من الأركان اللازمة لفرض الحراسة القضائية.

الدار، فإنه يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب وضع الدار تحت الحراسة انتظاراً لتخلف الشرط. والحق هنا غير متنازع عليه، ولكنه حق غير ثابت لأنه معلق على شرط فاسخ. وقد ضربت مذكرة المشروع التمهيدى مثالا للحق غير الثابت بأن يكون الحق مقترنا بشرط موقف أو فاسخ⁽¹⁾.

والحق يكون غير ثابت أيضا إذا رسا مزاد العقار المنزوع ملكيته على شخص وضع يده عليه، ثم قرر شخص آخر زيادة العشر، فهنا يكون حق الراسى عليه المزاد غير ثابت، إذ لا تعرف نتيجة التقرير بزيادة العشر وما يترتب عليه من إعادة البيع بالمزاد، فقد يرسو المزاد مرة ثانية على من رسا عليه أول مرة وقد لا يرسو فإذا خيف على العقار وهو فى يد الراسى عليه المزاد، وحقه غير ثابت كما رأينا - جاز للدائنين وللمدين أن يطلبوا وضع العقار تحت الحراسة حتى يفصل فى موضوع المزاد الثانى. وسواء اعتبر الشرط الفاسخ الذى تعلق عليه ملكية الراسى عليه المزاد الأول هو مجرد التقرير بزيادة العشر أو رسو المزاد الثانى، ففى الحالتين يعتبر حق الراسى عليه المزاد الأول غير ثابت، وهذا وحده يكفى - ولو لم يكن هناك نزاع - لتبرير فرض الحراسة القضائية إذا ثبت أن هناك خطرا عاجلا يهدد مصلحة الدائنين أو مصلحة المدين⁽²⁾.

ويجوز أيضا وضع العين التى بيعت بالمزاد سدادا للدين تحت الحراسة القضائية، إذا تخلف الراسى عليه المزاد عن دفع الثمن واتخذت الإجراءات لبيعها على ذمته، وخشى من بقاء العين تحت يده لإهماله فى إدارتها أو لإحداثه تخريبات فيها، وبخاصة إذا كان معسرا يتعذر الرجوع عليه بالتعويض. وحق الراسى عليه المزاد هنا حق قد فسخ بتخلفه عن دفع الثمن، فهو ليس بحق غير

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 277.

(2) السنهورى ص 823 وما بعدها.

ثابت، بل هو حق قد زال⁽¹⁾.

316- ضرورة توافر الخطر العاجل:

يشترط لفرض الحراسة القضائية فى الحالتين السابقتين، وفى الحالة الأخرى المنصوص عليها بالمادة 730 توافر الخطر العاجل، لأن الخطر العاجل ركن من أركان الحراسة القضائية، لأن الحراسة إجراء استثنائى لا تبرره إلا ضرورة ملحة.
(أنظر فى التفصيل شرح المادة 730)



مادة (730)

يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة:

- 1- فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة.
- 2- إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه.
- 3- فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون.

الشرح

- 317- فرض الحراسة القضائية إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه.
- 318- مضمون هذه الحالة:

أجازت المادة 730 مدنى فى فقرتها الثانية للقضاء أن يأمر بالحراسة "إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه".

ففى هذه الحالة لا يشترط وجود نزاعى جدي⁽¹⁾، أو أن يكون الحق غير ثابت، بل يكفى أن يكون صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه، أى

(1) المستشار مصطفى هرجه ص407.

يكفى فى هذه الحالة قيام الخطر العاجل نفسه.

وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى أنه لا يشترط فى هذه الحالة وجود نزاع جدى أو حق غير ثابت بقولها: "3- وأخيرا وضع المشروع نصا عاما يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين وبناء على هذا النص لم يعد ضروريا أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة، ولا أن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع، أو يكون الحق فيه غير ثابت، بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيها وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة يخشى معها أن يختلس هذا المال حائزه، أو أن يتلفه أو أن يغير فيه" أنظر المادة 663 ثانيا من المشروع الفرنسى الإيطالى". ويتترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة، وما يبرر خشية هذا الخطر بأسباب معقولة⁽¹⁾.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا النظر فقضت بأن:

1- "لما كان تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها هو على ما جرى به قضاء هذه المحكمة من المسائل الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وكانت الأسباب التى أقامت عليها المحكمة قضاءها بفرض الحراسة لا مخالفة فيها للمادتين 729، 730 فقرة ثانية من القانون المدنى اللتين

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 279 وما بعدها- وكانت الفقرة الثالثة من المادة 730 كما وردت بالمشروع التمهيدى (وكانت المادة برقم 1016) تنص على أن: "إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه أن يختلس الحائز هذا الشيء، أو أن يتلفه، أو أن يغير فيه"، فاقترح فى لجنة المراجعة تقديم هذه الفقرة على الفقرة الثانية وتعديل العبارة الأخيرة فيها ليكون حكمها عاما دون أن تشمل على صفة يستفاد منها الحصر فوافقت اللجنة على ذلك ووردت المادة بصورتها الراهنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص 280).

أجازتنا للمحكمة القضاء بهذا الإجراء إذا ما تجمع لدى صاحب المصلحة فى منقول أو عقار من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه، لما كان ذلك، وكانت الأسباب التى استندت إليها المحكمة فى رفض طلب الحراسة مبررة لقضائها فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون أو القصور فى التسبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم 91 لسنة 21 ق جلسة 1953/6/30)

2- "تقدير المحكمة للخطر المبرر للحراسة من ظاهر مستندات الدعوى هو تقدير موضوعى لا معقب عليه وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استعرض وقائع النزاع ومستندات الطرفين وتبين منها جدية ادعاء المطعون عليها بأن تجمع لديها من الأسباب ما تخشى منه خطرا عاجلا من بقاء الأتيان موضوع النزاع تحت يد الطاعن فإنه إذ قضى بوضع هذه الأتيان تحت الحراسة لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 210 لسنة 22 ق جلسة 1954/2/25)

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة فى حكمها الصادر بتاريخ 1975/5/26 فى الدعوى رقم 7426 لسنة 1975⁽¹⁾ إذ ذهبت إلى أن:

"وحيث إن أحكام الحراسة قد نظمتها المواد 729 مدنى وما بعدها فنصت المادة 729 على أن الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت فيتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه وتنص المادة 730 على أنه يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة:

(1) هذا الحكم قد قضى بفرض الحراسة على نادى القضاة بالقاهرة.

(1) فى الأحوال المشار إليها فى المادة السابقة إذا لم يتفق ذوو الشأن على الحراسة.

(2) إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه.

(3) فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون.

كما نصت المادة 731 على أن تجوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة فى الأحوال الآتية.. ومؤدى هذه النصوص حسبما جرى عليه الفقه والقضاء أن هناك فروضا ثلاثة تجوز فيها الحراسة القضائية.

الفرض الأول: ويشتمل على حالات وردت فى نصوص معينة على سبيل الحصر.

الفرض الثانى: ويتناول الحالات المشار إليها فى المادة 729 والتي يشترط لجوازها فى كل شيء يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ومن ثم يلزم لتوافر مقومات الحراسة أن يكون هناك خطر عاجل ونزاع جدى.

الفرض الثالث: وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 730 مدنى وفيه لا ترد حالات خاصة معينة بذواتها كما فى الفرض الأول. بل ولا يرد فيه قيام النزاع أو عدم ثبوت الحق كما فى الفرض الثانى فيكفى أن يقوم خطر عاجل أو كما يقول النص أن يتجمع لدى صاحب المصلحة من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه حتى يجوز للقاضى أن يفرض الحراسة القضائية. فلا يشترط إذن فى هذا الفرض الثالث إلا أن يتوافر الشرط العام فى كل الحراسة القضائية وهو قيام الخطر العاجل.

ومن ثم كان هذا الفرض هو أعلى مراتب التدرج من التخصيص إلى التعميم - وإذ يدخل فيه جميع أحوال الحراسة التى لا تدخل فى الفروض الأخرى فلا يشترط نص خاص ولا قيام نزاع جدى أو حق غير ثابت بل يكفى قيام الخطر

العاجل وحده لفرض الحراسة (يراجع فى هذا الشأن الوسيط للدكتور السنهورى الجزء السابع صفحة 807 ، 808 وما بعدها).

وتؤكد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى هذا المعنى فتقول وأخيرا وضع المشروع نصا عاما يجيز الحكم بالحراسة فى غير الحالتين السابقتين. وبناء على هذا النص لم يعد ضروريا أن يكون هناك نص خاص فى القانون يجيز الحراسة فى كل حالة على حدة ولا أن يقوم بشأن المال المراد وضعه تحت الحراسة نزاع أو أن يكون الحق فيه غير ثابت بل يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيه وأن تتجمع لدى هذا الشخص أسباب معقولة يخشى معها أن يختلس هذا المال حائزه أو أن يتلقه أو أن يغير فيه ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة (يراجع مجموعة الأعمال التحضيرية العدد الخامس صفحة 279 ، 280).

وحيث إنه متى كان ذلك وكان البادى من ظاهر الأوراق والمستندات أن المدعى والمتدخلين أعضاء فى نادى القضاة ومن ثم فإن لهم مصلحة ظاهرة فيه. وإذ البادى من استقراء وقائع النزاع ودفاع طرفى الخصومة أن ثمة خلاف يتسم بالجد حول شرعية أعضاء مجلس الإدارة الحالى الذى يتولى إدارة النادى وأن هذا الشرط ليس بلازم حسبما سلف البيان فإنه وإذ انتهت المحكمة إلى أن القرار رقم 84 لسنة 1969 بتعيين مجلس إدارة النادى ظاهر الانعدام. فإن مؤدى ذلك أن إدارة النادى أصبحت شاغرة من الناحية القانونية الأمر الذى يهدد أموال النادى ومصالحه بالخطر العاجل من بقاءه بلا مجلس إدارة شرعى يتولى شئونه ويخضع لرقابة أعضائه".

والمادة 730 اشترطت أن يكون لرافع الدعوى مصلحة فى عقار أو منقول، ولم تشترط أن يكون له حق فى عقار أو منقول.

وقد جاء لفظ "مصلحة" عاما ومن ثم فإن الأصل أن العام على عمومه، فتشمل هذه المصلحة، المصلحة المادية والأدبية على السواء، أى تكفى أيهما لتوافر المصلحة فى دعوى الحراسة⁽¹⁾.

ولا يشترط أن تكون هذه المصلحة قائمة، وإنما يعمل بنص المادة الثالثة مرافعات التى تنص على أنه يكفى المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه⁽²⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص 121 وما بعدها - السنهورى ص 853- حسن عكوش ص 26- الدناصورى وعكاز ص 435 - مستعجل دمنهور الدعوى رقم 77 لسنة 1995 والدعوى رقم 109 لسنة 1994 جلسة 1955/11/20 - وقارن المستشار محمد عبد اللطيف ص 266 إذ يذهب إلى أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني = تقرر بأن المقصود بالمصلحة هى المصلحة المالية دون سواها، فقد ورد بها أنه يكفى أن يكون لشخص مصلحة فى مال لا نزاع فيه.

ويفند الدكتور عبد الحليم فراج هذا الرأى فى صحيفة 122 من مؤلفه سالف الذكر قائلا: "إلا أن من يتتبع عبارة نص المادة ويتقصى ما يقابلها فى المذكرة الإيضاحية، يبين له بجلاء أن عبارة "المال" التى تناولتها هذه المذكرة، إنما جاءت ترديدا لعبارة المال التى وردت فى عجز الفقرة الثانية التى نحن بصددنا، لتتصرف وتدل إلى لفظ المنقول والعقار الواردين فى صدرها فالمصلحة إذن واقعة على منقول أو عقار وهى بهذا الوضع لا يلزم أن تكون مصلحة مادية وإنما يجوز أن تكون مصلحة أدبية فى منقول أو فى عقار. فالمذكرة الإيضاحية، والحالة هذه، لم تسبغ على المصلحة ما يحدد نوعها، ولم تحصرها فى المصلحة المالية دون سواها ولذلك فإن المصلحة التى تبرر الحكم بالحراسة وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 730 من القانون المدني الجديد، إنما جاءت عامة ومطلقة لأنه لم يرد عليها صفة تفيد الحصر أو التخصيص كما تقدم القول تتصرف إلى أية مصلحة مادية كانت أو أدبية".

(2) الدناصورى وعكاز ص 436 وما بعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص 266 حسن عكوش ص 26 - عبد الحكيم فراج ص 122 وما بعدها.

فيجوز الحكم بالحراسة إذا كان الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محقق. ويلاحظ أن المادة 729 مدنى التى تناولت الحراسة الاتفاقيه نصت على أن تشمل الحراسة منقولاً أو عقاراً أو مجموعاً من المال، غير أن الفقرة الثانية من المادة 730 التى نصت على فرض الحراسة إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً. قد أغفلت عبارة "مجموع من المال"، وهذا سهو غير مقصود من المشرع، لأنه ليس معقولاً أن يكون فى الفرض الذى أراد فيه إطلاق الحراسة القضائية من هذه القيود، قد قصد بإغفاله عبارة "مجموع من المال" أن يعود إلى تقييد هذه الحراسة وقد جرت أحكام القضاء فى ظل التقنين المدنى الملغى على فرض الحراسة القضائية على مجموع من المال.

ومن ثم فإنه يجوز فرض الحراسة فى هذه الحالة على مجموع من المال⁽¹⁾. ويجب أن تتجمع لدى طالب الحراسة أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال تحت يد حائزه، وليس فى هذا إلا ترديدا للشرط العام المطلوب فى جميع دعاوى الحراسة كما سنرى.

وتقدير قيام الأسباب المعقولة والخطر العاجل مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضى الموضوع وهذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها: "ويترك للقاضى تقدير درجة الخطر الذى يهدد مصلحة طالب الحراسة، وما يبرر خشية هذا الخطر من أسباب معقولة"⁽²⁾.

(راجع نقض طعن رقم 91 لسنة 21 ق جلسة 1953/6/30 - طعن رقم 210

لسنة 22 ق جلسة 1954/2/25 منشورين سلفاً فى هذا البند).

(1) السنهورى ص 854 - عبد الحكيم فراج ص 126.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ص 280.

319- تطبيقات عملية لهذه الصورة:

نشير فى البداية إلى أن كثيرا من التطبيقات العملية التى أوردناها فى الصورة الأولى وهى التى يوجد فيها نزاع جدى فى شأن المال، يمكن تصورها متحققة دون أن يقوم أى نزاع فى شأن المال، فتكون هى بذاتها تطبيقات عملية لهذا الصورة العامة التى نعالجها الآن، فقد لا يقوم نزاع فى شأن المال المبيع أو العين المؤجرة أو المال الشائع أو التركات أو الشركات، ومع ذلك توضع هذه الأموال تحت الحراسة القضائية مادامت هناك أسباب معقولة للخشية من خطر عاجل من بقاء المال فى يد حائزه.

ونورد فيما يلى بعض التطبيقات الأخرى لهذه الصورة:

1- فرض الحراسة بناء على طلب المؤجر على الأرض المؤجرة إذا أهمل المستأجر زراعتها، أو تركها بورا، أو كانت الضرورة تقتضى تهيئتها للزراعة فورا ولم يقم المستأجر بذلك.

2- فرض الحراسة لمصلحة الدائنين على عقار حكم برسو مزاده إذا كان الراسى عليه المزاد فى حالة إفلاس ولم يضع يده على العقار بسبب عدم استخراج الصورة التنفيذية لحكم مرسى المزاد لعدم دفعه الثمن وكان المدين ظل واضعا اليد على العقار ولا يقدم حسابا عما يحصله من ريع إضرارا بدائنيه، ويحاول الإنقاذ من قيمته معرضا بذلك حقوق الدائنين للخطر⁽¹⁾.

3- فرض الحراسة لمصلحة الدائنين على عقار بالرغم من أن هذا العقار لم يتم بناؤه، وبالتالي لا يمكن تأجيله ولا يغل ريعا، إذا كان المدين مالك العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة، يحاول الإنقاذ من قيمته معرضا بذلك حقوق

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 267 - استئناف مختلط 4 مايو سنة 1938.

الدائنين للخطر (1).

4- فرض الحراسة على العقار المؤجر بناء على طلب المستأجرين إذا أخل مالكة بالتزاماته قبل المستأجرين خصوصا ما تعلق منها بالصيانة أو بالإضاءة أو بالتدفئة.

5- فرض الحراسة على العين المبيعة بناء على طلب الموعود له بالبيع إذا خشى خطرا عاجلا من بقاء العين تحت يد صاحبها طوال المدة التي تسبق رغبته في الشراء، كأن يشرع الواعد في التصرف فيها لاسيما إذا كانت منقولا حيث يسهل عليه أن يتصرف فيها لحائز حسن النية فيضيع على الموعود له حقه.

6- فرض الحراسة على أموال الغائب حتى ولو لم تنقض سنة كاملة على غيابه لضمان المحافظة على أمواله وحسن إدارتها واستغلالها وحفظا لمصلحة أصحاب الشأن ممن يحتمل أن تؤول إليهم هذه الأموال بطريق الميراث إذا تحققت وفاة الغائب فعلا أو حكما (2).

7- فرض الحراسة على بعض أموال المدعى عليهم المحتملين في دعوى مسئولية مدنية لم ترفع بعد (3)، وقد قضى في هذا الخصوص، في حالة الجنحة التي يرتكبها القاصر الذي اتخذت ضده إجراءات جنائية بأنه يجوز للمجنى عليه أن يطلب وضع أموال والد هذا القاصر المسئول عنه مدنيا أو على أموال والدته المسئولة عن القاصر مدنيا في حالة وفاة والده وفاء لما قد يستحق له من تعويض.

8- فرض الحراسة على جريدة سياسية وإبدال مديرها بغيره عند اختلاف هذا الأخير في الرأي مع ممثلى حزبه المعتمدين لضمان ظهور الجريدة فى مواعيدها

(1) عبد الحكيم فراج ص 123.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 268 - مستعجل مصر 29 سبتمبر سنة 1953.

(3) عبد الحكيم فراج ص 122.

المعتادة طبقاً لمبادئ الحزب، ولا يؤثر في ذلك أن يكون المدير المذكور هو صاحب الجريدة ومدير إدارتها⁽¹⁾.

ومن الواضح أن الحراسة قد فرضت على الجريدة التي تتحدث باسم الحزب لمجرد المحافظة على مصلحة الحزب على الرغم من كون الحزب ليس مالكا للجريدة.

9- طلب الدائن الراهن رهن حيازة وضع الشيء المرهون تحت الحراسة، إذا أداره الدائن المرتهن إدارة سيئة أو ارتكب إهمالا جسيما أو أساء استعمال حقه، ويحدث ذلك ولو لم يقع ثمة نزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن في شيء من ذلك.

320- هل يجوز وضع الحراسة على أموال المدين المعسر؟

رسم القانون التجارى بالنسبة للتاجر المفلس نظاما لتصفية جماعية على يد السنديك بحيث تغل يد المدين عن الإدارة أو التصرف فى أمواله كما توقف الإجراءات الفردية التى يتخذها الدائنون ضده، ويتعين عليهم الانخراط فى التصفية الجماعية. وقد رأت اللجنة التى وضعت المشروع التمهيدي أن تعرض مشروعا لتنظيم الإعسار المدنى تنظيما شاملا يصل إلى تصفية أملاك المدين تصفية جماعية وذلك فى المواد من 354 إلى 362، إلا أن لجنة المراجعة رأت مع استبقاء بعض هذه الأحكام أن تحذف الأحكام الخاصة بنظام التصفية الجماعية، لأنه من غير المرغوب فيه إجراء هذه التصفية باعتبارها أمرا بالغ الحرج فى نطاق المعاملات المدنية على عكس الحال فى المعاملات التجارية⁽²⁾.

على أن نظام الإعسار فى حد ذاته مستقلا عن النصوص الخاصة بالتصفية

(1) استئناف مختلط 31 مايو سنة 1944.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص658 هامش (1).

الجماعية التي حذفت من التقنين المدنى لا تخلو من مزايا للمدين وللدائنين. فقد قضت المادة 2/256 مدنى على أنه: "لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذى يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل"، وقضت المادة 257 بأنه: "متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته. كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين". وقضت المادة 258 على أنه: "1- يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بئس المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع. 2- فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل".

كما قضت المادة 260 على أن: "يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحاليتين الآتيتين:

(أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار، بقصد الإضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

(ب) إن كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه. ويتضح مما تقدم أن نظام الإعسار وفقاً للقانون المدنى الجديد قد وفر للمدين والدائنين المزايا سالفه الذكر ولكنه مع ذلك لا ينهض بتوفير المزايا التى كان يضعها نظام التصفية الجماعية عن طريق الحارس المصطفى، لأن نظام الإعسار كما جاء فى القانون الجديد لا يقضى بتخلى المدين عن إدارة أمواله، كما لا يقضى باعتبار أمواله وما يؤول إليها حجراً تحفظياً، وأخيراً لا يجعل التنفيذ

جماعيا، بل إن التنفيذ فى كنف نظام الإعسار تنفيذ فردى⁽¹⁾. ومع ذلك ذهب رأى إلى أنه لا يجوز فرض الحراسة القضائية على ذمة المدين المعسر لتصفيتها تصفية جماعية⁽²⁾. إذ المشرع قد أبدى إرادته فى ذلك فعلا بالعدول عن المواد التى كانت قد وردت فى مشروع القانون المدنى مستحدثة نظام التصفية لأموال المدين المعسر، فلا يجوز للقضاء أن يخرج على هذه الإرادة. ولأن تعيين حارس على أموال المدين كافة فى حالة الإعسار معناه الحجر عليه الأمر الذى لا يجوز اجتهادا من غير نص فى القانون فضلا عما فيه من حرمان الدائنين من التنفيذ الفردى على أموال المدين، كما أنه يترتب على ذلك أن يصبح الغرض الأساسى من الحراسة هو إدارة ممتلكات المدين واستغلالها لتسليم ريعها للدائنين وفاء لحقوقهم فى حين أن الحراسة لم تشرع أصلا لكى تكون وسيلة لإجبار المدين المقصر على الوفاء بديونه، لأن المشرع قد رسم لذلك طريقا للتنفيذ على أموال المدين مما يتعين على الدائنين ألا يسلكوا طريقا آخر سواه إلا أن رأيا آخر ذهب إلى أنه يجوز للدائن أن يطلب وضع مجموع أموال مدينه المعسر تحت الحراسة القضائية إذا أثبت أن هناك خطرا عاجلا من بقاء هذه الأموال تحت يد المدين، بل يجوز له طلب فرض الحراسة على أموال المدين فى أثناء نظر دعوى شهر الإعسار حتى لا يسارع المدين توقعا لصدور الحكم بشهر الإعسار إلى إخفاء أمواله⁽³⁾.

ويستطرد بعض أنصار هذا الرأي⁽⁴⁾ قائلا إن أهم الحجج التى يستند إليها

-
- (1) عبد الحكيم فراج ص 223 وما بعدها.
 - (2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 275 وما بعدها - راتب وآخرين ص 576 وما بعدها - محمد على رشدى ص 315.
 - (3) السنهورى ص 863 - عبد الحكيم فراج ص 226 - الدناصورى وعكاز 459 وما بعدها.
 - (4) عبد الحكيم فراج ص 226 وما بعدها.

أصحاب الرأي الأول تتحصل فيما يأتي:

(أولاً): أن الحراسة ليست وسيلة من وسائل التنفيذ الغرض منها الحصول على دين الدائن. فإن هذه الوسائل منصوص عليها في القانون على سبيل الحصر.

(ثانياً): أن الحراسة على أموال المدين جملة إهدار للحرية وتقرير لقواعد الإفلاس بالنسبة إلى غير التجار دون نص في القانون.

وأنه يرد على الحجج المتقدمة الذكر بما يأتي:

(أولاً): أن المشرع قد أجاز الحراسة من أجل الدين في القانون المدني الجديد في أكثر من موضع، أجازها في الفقرة الثانية من المادة 730 من القانون المدني الجديد وأجازها على الوقف في المادة 731 من القانون المدني الجديد من أجل دين على الوقف أو من أجل دين على أحد المستحقين إذا كان هذا المستحق مديناً معسراً، وأجازها أيضاً على التركة المعسرة في المادة 876 من القانون المدني الجديد.

(ثانياً): أن القانون المدني الجديد أطلق في محل الحراسة فأجاز أن توضع الحراسة على مجموع من الأموال.

(ثالثاً): أن القانون المدني الجديد أجاز الحكم بشهر إعسار المدين. وهذا الحكم قد استحدثه المشرع ولم يكن موجوداً في ظل القانون المدني القديم فليس في الحكم بتعيين حارس قضائي لإدارة أموال المدين المعسر وحفظها بعد الحكم بشهر إعساره، إهدار لحرية المدين أو تقرير لأحكام الإفلاس بالنسبة إلى غير التجار دون نص. فالنص قائم ولأن مهمة الحارس القضائي تقتصر على إدارة أموال المدين المعسر وحفظها، وأن أقصى ما يخوله الحارس من سلطة هي أعمال التصرف العاجلة التي هي من مستلزمات أعمال الإدارة.

(رابعاً): أن أحوال الحراسة فى الفقرة الثانية من المادة 730 من القانون المدنى الجديد، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر. فلا يجوز بعد تقرير ذلك جواز الحكم بالحراسة فى حالة دون أخرى طالما قد توافرت فى دعوى الحراسة شروطها واستكملت أركانها ودعت إليها ظروف الدعوى وملاساتها.

(خامساً): وأخيراً فإن المدين الذى يحكم بشهر إعساره قد لا يكون فى حالة تمكنه من إدارة أمواله إدارة حازمة. فقد تنقصه الكفاية أو تفوته العناية أو تعوزه حسن النية فى وفاء ديونه، فىكون والحالة هذه أحوج إلى من يقوم على حسن إدارة أمواله واستغلالها وتحصيل ريعها وثمرتها لصالح الدائنين خصوصاً أن أموال المدين الذى يشهر إعساره لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء. وهذا رأى الأخير هو الذى نرى الأخذ به.

(الحراسة القانونية)

321- المقصود بالحراسة القانونية:

تنص المادة في فقرتها الثالثة على أنه يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة "في الأحوال الأخرى المنصوص عليها في القانون". والمقصود بذلك الحراسة التي ينص القانون على فرضها على المال في الحالة التي يحددها، سواء ورد النص على ذلك في القانون المدني أو في قانون المرافعات أو في أى قانون آخر. ولذا سنعرض هنا بعض الأمثلة للحراسة القانونية.

322- أولاً: الحراسة على الأشياء محل الوفاء:

نصت المادة 336 مدنى على أنه: "إذا كان محل الوفاء شيئاً معيناً بالذات، وكان الواجب أن يسلم في المكان الذى يوجد فيه، جاز للمدين بعد أن ينذر الدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه، فإذا كان هذا الشيء عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

ونصت المادة 488 مرافعات على أنه: "إذا رفض العرض، وكان المعروض نقوداً قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الأكثر، وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه.

وإذا كان المعروض شيئاً غير النقود جاز للمدين الذى رفض عرضه أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشيء مما يمكن نقله أما إذا كان الشيء معداً للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

ونصت المادة 489 مرافعات على أنه: "يجوز العرض الحقيقى فى الجلسة

أمام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضرا وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ويثبت في محضر الإيداع ما أثبت في محضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه. وإذا كان المعروض في الجلسة من غير النقود تعين على المعارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حارس عليه، ولا يقبل الطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس.

وللمعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض".
ويبين مما سلف أن المشرع رسم طريقين لعرض الدين من غير النقود وهو محل دراستنا هنا - أولهما خارج الجلسة وثانيهما أثناء نظر الدعوى.

فإذا كان عرض الدين من غير النقود خارج الجلسة سواء كان منقولاً أو عقاراً، وسواء كان المنقول مثلياً أو قيمياً، ذلك أنه لا يستفاد من عدم ذكر نص المادة 336 مدنى الحالة التي يكون فيها محل الوفاء شيئاً مثلياً أن حكمه لا يطبق عليها، إذ أنها داخلة في عموم نص المادة 489 مرافعات فإنه يجب على المدين إذا أراد تبرئة ذمته أن يعرض هذا الشيء عرضاً فعلياً على دائنه على يد محضر، فإذا رفض الدائن العرض دون مبرر وكان العرض صحيحاً، وكان الشيء المعروض مما يمكن نقله وإيداعه كمجوهرات وعروض يسيرة النقل، جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة وفقاً للمادة 488 مرافعات، أو أن يطلب بعريضة من قاضى الأمور الوقتية وفقاً للمادة 336 مدنى، أمراً بإيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى، وقد يكون هذا المكان هو خزانة المحكمة.

أما إذا كان الشيء المعروض مما لا يتيسر نقله بل كان معداً للبقاء حيث وجد كالعقارات والمنقولات العسيرة النقل والتي هى معدة لتبقى حيث هى كالألات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة ونحو ذلك فإنه يجوز للمدين أن يطلب

وضعه تحت الحراسة، وذلك بالطريقة سالفة الذكر⁽¹⁾. وتقوم هذه الحراسة مقام الإيداع.

وقد جعلت الفقرة الثانية من المادة 488 مرافعات قاضى الأمور المستعجلة هو المختص بالحكم فى طلب وضع الأشياء المعروضة تحت الحراسة أو الترخيص بإيداعها فى المكان الذى يعينه فيما لو رفض الدائن قبول العرض ولم يجعل الشارع هذا الاختصاص لقاضى التنفيذ، لأن إجراءات العرض أو الإيداع - كما جاء بتقرير اللجنة التشريعية - لا تعتبر من إجراءات التنفيذ وإنما يتعلق الأمر فيها بوفاء اختياري، ولذلك رؤى أن يكون الاختصاص المشار إليه فى هذه المادة لقاضى الأمور المستعجلة لا لقاضى التنفيذ الذى لا يختص إلا فيما يتعلق بالتنفيذ الجبري⁽²⁾.

أما إذا كان عرض الدين من غير النقود أثناء نظر الدعوى، أى أثناء نظر الدعوى التى يرفعها الدائن على المدين للمطالبة بالدين، فللمدين أن يعرضه على دائنه أثناء المرافعة فى أية جلسة أمام المحكمة إذا كان من وجه إليه العرض حاضرا، ويجوز ذلك فى أية حالة تكون عليها الدعوى سواء أمام محكمة أول درجة أو أمام المحكمة الاستئنافية⁽³⁾.

وإذا كان الشيء مما لا يتيسر نقله أو كان معدا للبقاء حيث وجد، فيكفى فى عرضه أن يقرر المدين فى محضر الجلسة بأن الشيء تحت تصرف الدائن وعليه الحضور لاستلامه فى المكان الذى يحدده إذا شاء.

ويبين من ذلك أن القانون قد فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن الشيء المعروض، إذا كان مما لا يتيسر نقله، وقد عرضه المدين لإبراء ذمته، يكون فى

(1) السنهورى ص 811.

(2) الدناصورى وعكاز ص 509 وما بعدها.

(3) السنهورى ص 811.

خطر عاجل إذا اقتصر المدين على تركه تحت تصرف الدائن دون أن يتسلمه هذا الأخير فعلا، فأوجب وضعه تحت الحراسة. وتكون الحراسة هنا قد توافر شرطها العام وهو قيام الخطر العاجل.

إلا أن هذا الشرط قد فرض القانون توافره فرضا لا يقبل إثبات العكس كما قدمنا نظرا للظروف المحيطة بالشيء المعروض.

323- ثانيا : الحراسة على الشيء الذي ترتب عليه حق انتفاع بعد

نزعه من تحت يد المنتفع :

نصت المادة 988 من التقنين المدني على أن: "1- على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعدله وأن يديره إدارة حسنة. 2- وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها، بل له تبعا لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير".

ويبين من هذا النص أنه يجوز للمالك نزع الشيء من المنتفع وفرض الحراسة القضائية عليه إذا توافرت الشروط الثلاثة الآتية:

1- أن يستعمل المنتفع الشيء استعمالا غير مشروع، أو يستعمله استعمالا لا يتفق مع طبيعته، أى فى غير ما أعد له، بحيث تصبح الرقبة فى خطر نتيجة لهذا الاستعمال.

ومثال الاستعمال الذى لا يتفق مع طبيعة الشيء أن يكون الشيء دارا أعدت للسكنى، فحولها المنتفع إلى فندق أو إلى "بنسيون" أو إلى مخزن لحفظ البضائع

أو نحو ذلك، أو يكون الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور، فقام المنتفع بتحويلها إلى أرض زراعية للمحصولات الحقلية (العادية) كالقطن والقمح والقطن، وباقتلاع الأشجار المغروسة في الأرض. ويجب على المالك إثبات الخطر، ولا يعتبر الخطر مفروضاً توافره كما في الحالة السابقة.

ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة في سبيل التحقق من توافر ركن الخطر، أن يندب خبيراً لمعاينة الشيء موضوع حق الانتفاع لبيان طريقة الانتفاع والأضرار التي أصابت المالك إذا كان المنتفع يظل يستعمل الشيء استعمالاً غير مشروع أو لا يتفق مع طبيعته⁽¹⁾.

ويجوز للمالك إذا كان سوء الاستعمال خطيراً إلى حد يستوجب إجراء أشد، أن يطلب من قاضي الموضوع الحكم بإنهاء حق الانتفاع أي بإسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع. ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير. فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً، احتفظ الدائن المرتهن بحقه.

2- أن ينذر المالك المنتفع بالكف عن الاستعمال غير المشروع أو الاستعمال الذي لا يتفق مع طبيعة الشيء، وأن يكفله بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ما عسى أن ينجم عن الأضرار عن هذا الاستعمال.

3- ألا يقدم المنتفع تأمينات للمالك أو قدمها ولكنه استمر في استعمال العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها.

ودعوى الحراسة ترفع أمام القضاء المستعجل كسائر دعاوى الحراسة، كما يجوز أن ترفع تبعاً لدعوى إسقاط حق الانتفاع أمام محكمة الموضوع، أو تبعاً للدعوى التي يرفعها صاحب حق الانتفاع للمطالبة بحقه.

(1) الدناصورى وعكاز ص 507.

وهذا النص ليس إلا تطبيقاً واضحاً لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة، فالمنتفع يستعمل الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعته، وقد عرضه بهذا الاستعمال خطر عاجل يصيب حقوق المالك⁽¹⁾.

324- ثالثاً : الحراسة على الشيء المرهون رهناً حيازياً :

نصت المادة 1106 مدنى على أن :

"1- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله.

2- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب فى ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه. وفى الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين".

وعلى ذلك يجوز للمدين الراهن رهناً حيازياً أن يطلب فرض الحراسة على الشيء المرهون وإذا أساء الدائن استعمال حق الإدارة، أو أدار الشيء إدارة سيئة، أو ارتكب فى ذلك إهمالاً جسيماً، فينزع الشيء المرهون من إدارة الدائن المرتهن السيئة، ويوضع فى يد حارس يعنى به العناية اللائقة، وقد يستمر ذلك إلى أن ينقضى الرهن⁽²⁾. كما يجوز له بدلاً من فرض الحراسة استرداد الشيء ودفع ما

(1) السنهورى ص 812.

(2) الدكتورة نبيلة رسلان سلطات الدائن المرتهن حيازياً بين الشريعة والقانون مقال بمجلة روح

عليه حتى ولو لم يكن أجله قد حل وحيث يطلب الاسترداد يفرق بين ما إذا كان الدين بفائدة أو ليس كذلك. فإن كانت الأولى أجبر الدائن على قبول الوفاء المبكر ويقف سريان الفوائد منذ الدفع.

وإن كانت الثانية أجبر أيضا على قبول الوفاء ولكن بعد أن يستتزل من مبلغ الدين قيمة الفوائد المستحقة من يوم الدفع حتى الأجل الأصلي محسوبة بالسعر القانوني، فلقد افترض المشرع أن الطرفين قد أضافاها إلى أصل الدين.

أما حيث لا يبلغ إهمال الدائن المرتهن هذه الدرجة فإن إهماله وإن لم يسوغ للراهن أن يطلب وضع المال تحت الحراسة إلا أنه لا ينفى عنه صفة الخطأ الذي يلزمه بتعويض الأضرار التي نتجت عنه، فمثلا إذا كان قد أجره بأقل من المثل دون أن يكون مضطرا إلى ذلك فإن التعويض يتمثل في تحميله فرق الأجرة⁽¹⁾.

وهذا الحكم ليس إلا تطبيقا واضحا لدعوى الحراسة، فهناك خطر عاجل من إساءة الدائن المرتهن استعمال حق الإدارة أو إدارته الشيء إدارة سيئة أو من إهماله الجسيم فيها، فجاز للمدين الراهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، بل جاز له طلب إسقاط حق الرهن أمام محكمة الموضوع واسترداد الشيء المرهون مقابل دفع ما عليه بالتفصيل السالف الذكر⁽²⁾.

325- رابعا: تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ في مواجهته

إجراءات نزع الملكية:

نصت المادة 1071 مدنى على أن: "1- تكون تخلية العقار المرهون بتقرير

القوانين التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة طنطا العدد الثالث ديسمبر سنة 1990 ص108.

(1) الدكتور أحمد سلامة دروس فى التأمينات المدنية ص382.

(2) السنهورى ص813 (1).

يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التتبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها.

2- ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك".

فإذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير، بقى أمامه أن يخلى العقار أى يترك العقار حتى يكفى نفسه المؤونة فى مواجهة إجراءات التنفيذ، وحتى يتقى الظهور فى هذه الإجراءات شخصا تنزع ملكيته، بما ينطوى على ذلك من مساس بسمعته⁽¹⁾، وتكون الإجراءات سببا فى أن يشتهر بالإعسار، وحتى يتخلص من مسئولية إدارة العقار بعد أن ألحقت ثماره به من وقت الإنذار.

فإذا أخلى الحائز العقار، لم يعد من الممكن الاستمرار فى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهته، ولو أنه يبقى مالكا للعقار، ويجوز لكل ذى مصلحة كالدائن أو الراهن أو الحائز نفسه، أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ الإجراءات فى مواجهته. ويجب تعيين الحائز حارسا إذا طلب ذلك لا باعتباره حائزا، فيتوقى المساس بالسمعة، وإن كان لا يتفادى مواجهة إجراءات التنفيذ⁽²⁾.

وواضح أننا هنا أمام حالة من حالات الحراسة، يفرض فيها القانون، فرضا غير قابل لإثبات العكس، أن هناك خطرا عاجلا إذا لم يوضع العقار المرهون الذى تخلى عنه الحارس تحت الحراسة.

326- خامسا : وضع الدائن المنقول المثقل بحق امتياز لمصاحته تحت

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص122.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السابع ص122.

الحراسة:

تنص الفقرة الثالثة من المادة 1133 مدنى على أنه: "وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

ويتضح من هذا النص أن الدائن الذى له حق امتياز على المنقول، كالدائن بمبالغ منصرفة فى البذر والسماذ وأعمال الزراعة والحصاد وله حق امتياز على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه، وكالمؤجر وله حق امتياز على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة وكبائع المنقول وله حق امتياز على المبيع، يجوز له أن يطلب وضع المحصولات الموجودة بالأرض، أو وضع المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، أو وضع المنقول المبيع تحت الحراسة⁽¹⁾.

ذلك أن حقوق الامتياز هذه عرضة للضياع إذ كثيرا ما تنتضى ويحرم بذلك أصحابها من نفعها متى حازها شخص آخر بسبب صحيح وبحسن نية أى كان جاهلا بوجود هذا الامتياز فقد نصت المادة 1133 مدنى فى فقرتها الأولى بأنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية، ولذا أحاط الشارع صاحب حق الامتياز بحماية عاجلة عن طريق فرض الحراسة⁽²⁾.

ويشترط لفرض الحراسة أن يخشى الدائن لأسباب معقولة أن يبدد المدين المنقول المثقل بحق الامتياز.

وهذا النص ليس إلا تطبيقا لدعوى الحراسة فى صورتها المألوفة، إذ على الدائن أن يثبت أنه تجمعت لديه أسباب معقولة يخشى معها من خطر عاجل على حق امتيازه.

(1) السنهورى ص 814.

(2) الدناصورى وعكاز ص 507.

وترفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل، أو أمام محكمة الموضوع تبعا للدعوى الموضوعية إذا كان الدائن قد أقام دعوى موضوعية يطالب فيها المدين بحقه.

327-سادسا : تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها :

تنص المادة 364 مرافعات على أن: "يعين المحضر حارسا على الأشياء المحجوزة ويختار هو هذا الحارس إذا لم يأت الحاجز أو المحجوز عليه بشخص مقتدر يجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبديد وكان لذلك أسباب معقولة تذكر فى المحضر .

ولا يجوز أن يكون الحارس ممن يعملون فى خدمة الحاجز أو المحضر ولا أن يكون زوجا أو قريبا أو صهرا لأيهما إلى الدرجة الرابعة".

وتنص المادة 365 على أنه: "إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضرا كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها، أما إذا لم يكن حاضرا وجب على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة، الحراسة مؤقتا".

ويبين مما سلف، أن الخطر العاجل الذى فرضه القانون فرضا لا يقبل إثبات العكس هو الخطر الذى تتعرض له مصلحة الدائن الحاجز فيما إذا بددت المنقولات المحجوز عليها أو ضاعت، ومن أجل ذلك أوجب القانون تعيين حارس عليها يقوم بحفظها وصيانتها وتقديمها فى اليوم المحدد للبيع⁽¹⁾.

والحراسة هنا مقررة بحكم القانون، فلا يستصدر بها حكم أو أمر على

عريضة.

والمحضر - وليس القاضي - هو الذى يقوم بتعيين الحارس.

غير أن الحراسة ليست إجراء لازماً لتام الحجز أو صحته ومن ثم فإن الحجز يكون صحيحاً إذا تمت إجراءاته على النحو الذى فصله القانون، فالحراسة ليست سوى أثر من آثار الحجز، وهى ليست أثراً متمماً فالحجز يقع تماماً بصرف النظر عن تعيين الحارس أو عدم تعيينه.

وإذا اتفق طرفا الحجز على تعيين شخص حارساً على المحجوزات، وجب على المحضر تعيينه ولو كان غير مقتدر، وهنا تنتفى مسئولية المحضر. أما إذا لم يتفق الطرفان على شخص معين، وأتى أحدهما بشخص مقتدر التزم المحضر بتعيينه حارساً.

وإذا لم يأت أى من الطرفين بشخص ما، قام المحضر بتعيين الحارس. وإذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين غائباً فقد أوجبت المادة 365 مرافعات على المحضر أن يتخذ جميع التدابير الممكنة للمحافظة على الأشياء المحجوزة وأن يرفع الأمر على الفور لقاضى التنفيذ ليأمر إما بنقلها وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة يختاره الحاجز أو المحضر وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة الحراسة مؤقتاً.

ويلتزم المحضر بتعيين المدين حارساً فى حالتين:

الأولى: إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة، أو وجد ولا تتوافر فيه شروط الحراسة، وكان المدين حاضراً، فإن المحضر يكلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها. وفى هذا تنص المادة 365 مرافعات (معدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1974) على أنه:

"إذا لم يجد المحضر فى مكان الحجز من يقبل الحراسة وكان المدين حاضراً

كلفه الحراسة ولا يعتد برفضه إياها... الخ". وكانت المادة قبل تعديلها لا تنص على تكليف المحضر للمدين بحراسة الأشياء المحجوزة بغير رضائه، وقد أظهر التطبيق العملي - على ما كشفت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1974 - أنه في بعض الأحوال لا يمكن أن يتصور إلا أن يعين ذات المدين حارسا على منقولاته المحجوزة، كما لو كانت في مسكن يستقل به أو في متجر ينفرد بالعمل به. فرؤى لذلك العودة إلى الأخذ بما كان ينص عليه قانون المرافعات الملغى من وجوب تعيين المدين الحاضر حارسا ولو بغير رضائه إذا لم يجد المحضر في مكان الحجز أحدا سواه يقبل الحراسة. ومن مزايا هذا الحكم أنه لا يعطل إجراءات التنفيذ ولا يوجب على المحضر أن يتخذ تدابير أخرى للمحافظة على المحجوزات ولا يعطى للمدين الذى رفض الحراسة فرصة لتهريب الأشياء المحجوزة.

وليس فى تحميل المدين واجب المحافظة على ملكه إعانات له، فضلا عما يؤولى إليه من اقتصاد فى المصروفات التى تستلزمها الحراسة.

والثانية: إذا كان المدين حاضرا وقت الحجز، وطلب تعيينه حارسا فإنه يجب إلى طلبه إلا إذا خيف التبيد وكان لذلك أسباب مقبولة تذكر فى المحضر⁽¹⁾.

وفى هذا تنص المادة 364 مرافعات على أن: "يجب تعيين المحجوز عليه إذا طلب ذلك إلا إذا خيف التبيد وكان لذلك أسباب معقولة تذكر فى المحضر". ويجوز تعيين أكثر من حارس على الأشياء المحجوزة، إذا اقتضت الضرورة ذلك، كأن تكون المحجوزات كثيرة، أو كأن يخشى تهريبها بتعيين حارس أو أكثر بحسب اللازم⁽²⁾.

(1) راجع مؤلفنا الحجز القضائى على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء الطبعة الأولى 1995 ص وما بعدها.

(2) عبد الحميد أبو هيف طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية فى مصر سنة

وإذا كان الحارس غير المدين وجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

- 1- ألا يكون الحارس هو الحاجز، أو ممن يعملون في خدمته، أو المحضر ولا أن يكون زوجا أو قريبا أو صهرا لأيهما إلى الدرجة الرابعة. وقد اشترط عدم وجود الصلة المذكورة بين الحاجز والحارس لمنع ما قد يحدث من صدام بين الحارس والمحجوز عليه.
 - ويلاحظ أن القانون لم يشترط هذه الصفة في المدين الحارس.
 - 2- أن يكون كامل الأهلية، أى بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة (م44 مدني)، وألا يكون قد حجز عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه. إنما لا يشترط أن يكون الحارس رجلا فالأنثى تصلح حارسا.
 - 3- أن يكون أمينا مقتدرا، فإذا عين المحضر شخصا غير مقتدر أو غير أمين، وكان سيء النية أى عالما وقت تعيينه بهذه الصفات فإنه يكون مسئولا قبل الخصوم بتعويضهم عن الأضرار التى تنتج عن هذا التعيين، وكذلك الحال إذا قام بتعيين من منع المشرع تعيينهم، هذا فضلا عن بطلان الحراسة فى ذاتها. إنما هذا البطلان لا يؤثر بطبيعة الحال فى كيان الحجز وصحته كما يجوز للمدين أن يطلب من قاضى التنفيذ عزل الحارس⁽¹⁾.
- ويعتبر الحارس من أعوان القضاء، فهو ليس وكيلًا عن الحاجز أو المحجوز عليه، ويؤدى الحارس خدمة عامة ويأخذ حكم الحارس القضائى (م730 مدنى وما بعدها).

1933 ص228 ويذهب فى هامش (3) إلى أن ذلك يكثر فى الحجز على المزروعات حيث تقتضى المساحات الكبيرة حراسا عديدين، وفى هذه الحالة يعين المحضر حارسا مقتدرا ويعين العدد الذى يمكن هذا الحارس أن يستعين به أو يعين المحضر نفسه العدد اللازم بحسب ما يرى - راجع أيضا مؤلفنا المشار إليه ص195.

(1) راجع مؤلفنا المشار إليه ص197 وما بعدها.

وإذا كان المحجوز عليه هو الحارس فإنه فى هذه الحالة يحوز المحجوزات بصفة جديدة أى باعتباره من أعوان القضاء، ولذلك يلتزم بالواجبات التى يفرضها القانون على الحارس بصرف النظر عن كونه محجوزا عليه.

والواجب الأساسى للحارس هو المحافظة على الأشياء المحجوزة إلى أن ينتهى الحجز بالبيع أو بأى سبب آخر.

وتجرى على الحراسة أحكام الوديعة، فإذا كانت الحراسة بغير أجر ووجب على الحارس أن يبذل من العناية فى حفظ الشيء ما يبذله فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

أما إذا كانت الحراسة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد (م750 مدني)، وإذا كانت الحراسة بأجر، كان الحارس مسئولا عن هلاك الشيء المحجوز اللهم إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة.

وإذا كان الحارس غير المالك فلا يجوز أن يستعمل الأشياء المحجوز عليها ولا أن يستغلها أو يغيرها وإلا حرم من أجرة الحراسة فضلا عن إلزامه بالتعويض. إنما يجوز إذا كان مالكا لها أو صاحب حق فى الانتفاع بها أن يستعملها فيما خصصت له (م1/368 مرافعات).

غير أنه إذا كان الشيء المحجوز بطبيعته معدا للاستغلال بإيجاره للغير، كما لو حجز على سيارة أجرة، فإنه يمكن للحارس تأجيره للغير ويمتد الحجز إلى ثمار الشيء المحجوز.

غير أن الفقرة الثانية من المادة 368 مرافعات نصت على أنه: "وإذا كان الحجز على ماشية أو عروض أو أدوات أو آلات لازمة لإدارة أو استغلال أرض أو مصنع أو مشغل أو مؤسسة جاز لقاضى التنفيذ بناء على طلب أحد ذوى الشأن أن يكلف الحارس الإدارة أو الاستغلال أو يستبدل به حارسا آخر يقوم به"- ومعنى ذلك أن الاستغلال المحظور هو الذى يتم دون إذن من القضاء، فيجوز

للمدين أو للحاجز أن يطلب من قاضى التنفيذ تكليف الحارس بالإدارة أو الاستغلال فى الحالات المذكورة بالنص أو يستبدل به حارسا آخر إذا كان لا يمكنه الإدارة أو الاستغلال وقد أكدت ذلك المادة 370 مرافعات بنصها على أنه "يجوز طلب الإذن بالجنى أو الحصاد من قاضى التنفيذ بعريضة تقدم إليه من الحارس أو أحد من ذوى الشأن".

كما يلتزم الحارس بتقديم الأشياء المحجوزة يوم البيع أو تسليمها لصاحب الشأن إذا كان الحجز قد رفع بناء على طلبه أو إذا كان رافع دعوى استرداد الأشياء المحجوزة قد أفلح فى دعواه.

ولا يجوز للحارس أن يطلب إعفاءه من الحراسة قبل اليوم المحدد للبيع إلا لأسباب توجب ذلك ويرفع هذا الطلب بتكليف المحجوز عليه والحاجز الحضور أمام قاضى التنفيذ بميعاد يوم واحد ولا يجوز الطعن فى الحكم الذى يصدر. ويجرد المحضر الأشياء المحجوزة عند تسليم الحارس الجديد مهمته ويثبت هذا الجرد فى محضر يوقع عليه هذا الحارس ويسلم صورة منه (م 369 مرافعات)⁽¹⁾.

328- سابعا: وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة:

تنص المادة 406 مرافعات على أن: "تلق بال عقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه، وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة.

ولكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمرا بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وبنى الثمار وبيعها. وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى

(1) راجع فى التفصيل وفى أجر الحارس فى انتهاء الحراسة والمسئولية الجنائية للحارس مؤلفنا المشار إليه ص 200 وما بعدها.

وبإذن بها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة".

وتنص المادة 407 على أن: "إذا لم يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع ما لم يحكم قاضى التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته، وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى.

وللمدين الساكن فى العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون أجره إلى أن يتم البيع. وإذا كان العقار مؤجرا اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التتبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين.

وإذا أوفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفة حارسا".

وتنص المادة 1037 مدنى على أن: "يترتب على تسجيل تتبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل. وتجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار".

ومعنى إلحاق الثمار بالعقار أنها تصبح كأنها جزء منه فتوزع - أى يوزع ثمنها - كما يوزع ثمنه، وتكون الأولوية فيه للدائنين المرتهنين (أو أصحاب حقوق الاختصاص والامتياز)، بحسب درجاتهم وإذا بقى شيء بعد اقتضاء ديون هؤلاء قسم بالمحاصة بين الدائنين العادين ولو كان الحاجز أحدهم⁽¹⁾.

ويبين من النصوص سالفة الذكر أن القانون رتب على تسجيل تتبيه نزع الملكية اعتبار العقار محجوزا، ومن هنا أوجب القانون إقامة حارس على العقار حتى يكون مسئولا عن ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل تتبيه نزع الملكية، فالحراسة

(1) الدكتور أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية الطبعة التاسعة 1986

هنا مقررة بموجب القانون فرضا غير قابل لإثبات العكس، وهذا الخطر يهدد مصلحة الدائنين فيما يتعلق بثمار العقار وإيراداته والخشية من أن تبدد أو تضيع⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بتعيين الحارس فقد فرق القانون بين فرضين:

الفرض الأول:

أن يكون العقار المحجوز غير مؤجر:

اعتبر القانون - في هذا الفرض - المدين المحجوز عليه حارسا عليه بقوة القانون. وله أن يستمر في استعماله بسكناه أو زراعته وهو لا يسكن العقار باعتباره مستأجرا بل لأنه يملكه، ويسكنه بغير أجره بدافع الشفقة به. ولنفس العلة له إذا كان العقار المحجوز أرضا زراعية الحصول على الثمار اللازمة لمعيشته هو وعائلته قياسا على ما هو منصوص عليه في المادة 305 مرافعات من عدم جواز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه في معيشة واحدة على ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر. وعلى المدين أن يبذل في إدارته عناية الرجل المعتاد، وأن يتمتع عن إتلاف المال أو ثماره، وإلا التزام بالتعويض.

وتخضع سلطاته في هذا الشأن بصفة عامة لسلطات الحارس⁽²⁾.

ووفقا للمادة 1/406 مرافعات للمدين أن يبيع ثمرات العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة أى بثمان المثل، وهو ما كانت تقضى به المادة 619 من قانون المرافعات الملغى، وهذا القيد كان مفهوما في القانون الملغى إذ

(1) السنهورى ص 817- الدكتور أحمد مليجى التنفيذ وفقا لقانون المرافعات معلقا عليه بآراء الفقه وأحكام النقض ص 796- أحمد أبو الوفا ص 660.

(2) الدكتور فتحى والى التنفيذ الجبرى القضائى والإدارى طبعة سنة 1980 ص 383.

كان للمدين بيع الثمار بالممارسة دون إذن القاضى. أما القانون الجديد، فقد أورد نصا جديدا (م3/406) لم يكن له مقابل فى القانون السابق بموجبه يكون بيع المدين للثمار "بالمزاد أو بأية طريقة يأذن بها القاضى"⁽¹⁾. وعلى هذا إذا قام المدين ببيع الثمار دون إذن القاضى فيجب أن يكون هذا البيع بالمزاد العلنى. وبالنسبة لمثل هذا البيع، لا يمكن الكلام عن بيع بثمن المثل إذ تحديد ثمن البيع يتم فى المزاد. وأما إذا لم يشأ المدين بيع الثمار بالمزاد فعندئذ يجب عليه أن يستأذن القاضى فى طريقة البيع⁽²⁾.

وإذا اختلس المدين الثمرات أو الإيرادات التى تلحق بالعقار المحجوز، أو أتلّف هذا العقار أو أتلّف الثمار، فإنه يعاقب طبقا لنصوص المواد 341، 342، 361 من قانون العقوبات (م410 مرافعات).

وقد أجاز المشرع لكل دائن بيده سند تنفيذى أن يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمرا بتكليف أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم بالقيام بحصاد المحصولات وبنى الثمرات وبيعها، وتباع المحصولات والثمرات بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن بها قاضى التنفيذ، ويكون البيع لحساب الدائنين فيودع الثمن خزانة المحكمة، مع تقديم حساب عنه للدائنين الحاجزين.

ويظل المدين حارسا على العقار إلى أن يتم البيع، ما لم يحكم قاضى التنفيذ

(1) فتحى والى ص383 وما بعدها.

(2) فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد ما يأتى:

"استحدث القانون الجديد فى المادة 406 منه المقابلة للمادتين 619، 620 من القانون القديم حكما جديدا فلم يجز للمدين أن يبيع ثمار العقار وحاصلاته إلا بالمزاد أو بالطريقة التى يأذن بها القاضى من جهة وأوجب عليه أن يودع ثمن المبيع خزانة المحكمة من جهة أخرى وبهذا يكون تصرف المدين فى الثمار والحاصلات تحت إشراف القاضى أسوة بالبيع الذى يجريه المحضر أو أحد الدائنين أو غيرهم ممن يكلفهم القاضى بالبيع".

بوصفه قاضيا للأمر المستعجلة بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته وذلك بناء على طلب الدائن الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى.

ويشترط لعزل المحجوز عليه وتعيين حارس بدله أن يقوم ما يبرر هذا التغيير، كما إذا قام المحجوز عليه بتخريب معظم الثمار، أو امتنع عن إيداع ثمنها خزانة المحكمة أو لم يقم بالإصلاحات الضرورية اللازمة للعقار حتى صدر حكم بهدمه، أو إذا كان سيء الإدارة لا يستغل العقار الاستغلال المألوف. على أنه لا يشترط توافر شروط الحراسة القضائية كما تنظمها المجموعة المدنية.

ويحل الحارس الجديد محل المدين فى إدارة العقار ويمكن أن يكون هذا الحارس هو الدائن الحاجز نفسه أو أحد أقربائه أو أصهاره أو خدمه، فلا ينطبق ما ينص عليه القانون من شروط بالنسبة لحراسة المنقولات. وتكون أعماله التى يقوم بها فى حدود مهمته نافذة فى مواجهة المدين، بعد انتهاء الحجز. ويستحق أجرا عن حراسته على أنه يلتزم بتقديم حساب عن أعماله.

وإذا عين حارس بدلا من المدين، فليس للحاجز أو غيره أن يلجأ إلى القاضى وفقا للمادة 2/406 بطلب تكليف أحد المحضرين أو غيرهم ممن ذكرتهم المادة بالحصاد أو الجنى إذ هذه المادة خاصة بحالة ما إذا كان الحارس هو المدين⁽¹⁾.

الفرض الثانى :

أن يكون العقار المحجوز مؤجرا :

إذا كان العقار المحجوز مؤجرا اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى بعدم دفعها للمدين. وإذا وفى المستأجر الأجرة قبل هذا التكليف صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا (م 2/407، 3 مرافعات)، ويعاقب بعقوبة التبديد إن هو بدد الأجرة بعد قبضها.

وتحسب الأجرة يوما بيوم، فمثلا إذا حجز على العقار فى منتصف الشهر، كانت الأجرة عن الأيام حتى يوم تسجيل التنبيه من حق المدين ويمكن الحجز على هذه الأجرة قبل قبضها بإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير. أما الأجرة عن الأيام التالية لهذا اليوم فتعتبر محجوزا عليها تبعا لحجز العقار، وضمانا لحق الدائن الحاجز، فإنه يستطيع أن يطلب تعيين حارس لقبض الأجرة من المستأجر وحفظها ويقدم طلب تعيين الحارس إلى قاضى التنفيذ⁽²⁾.

ومجرد التكليف من الحاجز أو أى دائن بيده سند تنفيذى لمستأجر العقار بعدم دفع ما يستحق من الأجرة بعد تسجيل التنبيه يقوم مقام الحجز تحت يده دون حاجة إلى إجراء آخر ذلك أن مجرد تكليف المستأجر بعدم الدفع يكون بمثابة حجز ما للمدين تحت يده، ولو لم تشتمل ورقة التكليف على كل البيانات الواجب

(1) فتحى والى ص 385.

(2) فتحى والى ص 394 - أحمد مليجى ص 796.

توافرها فى إعلان حجز ما للمدين لدى الغير، وبدون حاجة إلى أن يتبعه إبلاغ المدين بالحجز⁽¹⁾.

وإذا لم يكلف المستأجر بعدم الدفع فإن وفاءه يصح، ولو كان عالماً بالشرع فى التنفيذ على العقار فى مواجهة المؤجر وتسجيل التنبيه بنزع الملكية.



(1) الدكتور رمزى سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد الطبعة الخامسة ص 1959 - 433 - أحمد أبو الوفا ص 662 - فتحى والى ص 395.

مادة (731)

تجاوز الحراسة القضائية على الأموال الموقوفة في الأحوال الآتية :

- 1- إذا كان الوقف شاغرا أو قام نزاع بين نظاره أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه أو كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر، وكل هذا إذا تبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق. وتنتهى الحراسة فى هذه الأحوال إذا عين ناظر على الوقف سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية.
- 2- إذا كان الوقف مدينا.
- 3- إذا كان أحد المستحقين مدينا معسرا، وتكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة، وإلا فعلى الوقف كله. ويشترط أن تكون الحراسة فى الحالين هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته.

الشرح

329- عدم ورود أسباب الحراسة على الوقف على سبيل الحصر :

كثرت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة قبل إلغاء الوقف الأهلى. فاقتضى الأمر وضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى :

"بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عددا لا يحصى، فاقتضى الأمر وضع نص خاص بها حتى ينتظم شأنها. ولا يقع فى أمرها تردد، وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه من ناظر أو لقيام نزاع بشأن نظارته، وإما

لمديونية الوقف أو لمديونية أحد المستحقين فيه⁽¹⁾.

وأحوال فرض الحراسة الواردة بالمادة 731 مدنى ليست واردة على سبيل الحصر فهى لا تحيط بجميع الأحوال التى تقتضى أسبابها الحكم بالحراسة، إنما تشير إلى الكثرة الغالبة منها وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يدل على ذلك، إذ قالت- كما أوضحنا سلفا- "بلغت قضايا الحراسة على الأموال الموقوفة عددا لا يحصى، فاقتضى الأمر وضع نص خاص بها حتى تنتظم شأنها و لا يقع فى أمرها تردد، وأكثر ما يكون طلب الحراسة على الوقف إما لخلوه..... إلخ".

وقد تجدر الإشارة إلى أن الشارع لم يقصد فى أحكام الحراسة التى نص عليها القانون المدنى إلى استحداث جديد فيما اضطرر عليه قضاء المحاكم فى شأنها بل إلى مجرد تقنينها، وهذه الأحكام لم تقصر الحراسة على الحالات الواردة بالمادة. والقول بالعكس يؤدى إلى قصر حماية القانون العاجلة على فريق دون آخر من أصحاب الحقوق دون أن تستند التفرقة بينهم إلى سبب ظاهر، فيمتنع على الدائن- مثلا- طلب الحراسة على الوقف الذى صدر إضرارا به، ويجوز له ذلك على مال موهوب أو موصى به، وغير ذلك من الأمثلة.

وعلى ذلك فأحوال الحراسة الواردة بالمادة 731 ليست إلا تطبيقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 730 مدنى والتى تقتضى بفرض الحراسة "إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه"، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من فرض الحراسة على الوقف فى غير الحالات الواردة بالمادة إذا توافرت الشروط المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 730 مدنى، كما لو وقع نزاع فى صحة الوقف أو نفاذه فى

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص283.

حق الورثة أو فى حق الدائنين، أو فى دخول أعيان مملوكة ضمن الأعيان الموقوفة، أو فى أعيان الوقف كلها، أو غير ذلك من الأمور⁽¹⁾."

(1) السنهاورى ص 869 محمد على رشى ص 343 هامش (2) - راتب وآخرين الجزء الأول الطبعة الخامسة 1968 ص 1158 الهامش - وعكس ذلك حسن عكوش ص 68، = عبد الحكيم فراج ص 149 وما بعدها، فيريان أن حالات فرض الحراسة على الوقف وردت على سبيل الحصر، ويقول الدكتور عبد الحكيم فراج فى ذلك: "لقد ذكر المشرع أحوال الحراسة على الوقف فى المادة 731 من القانون المدني الجديد بعد أن بين أحوال الحراسة على الأموال عموما فى المادة 730 من القانون المدني الجديد. وقد رأينا كيف أنه ذكر أحوال الحراسة على الأموال عموما على سبيل المثال لا الحصر فلم يكن هناك حاجة إلى النص على الحراسة على الأموال الموقوفة بصفة خاصة، لأن أحوالها كانت تدخل بطبيعة الحال، فى مدلول النص العام الذى ورد على سبيل المثال. ولكن المشرع أراد، والحالة هذه، أن يفرد للحراسة على الأموال الموقوفة نصا خاصا. وهو بهذا الإفراد، وبهذا الإخراج من النص العام، لا يريد أن يخضع الحراسة على الأموال الموقوفة لما تخضع له الحراسة على الأموال عموما من حيث الشروط والقيود وورودها على سبيل المثال.

فالمشرع فى المادة 731 من القانون المدني الجديد كان حريصا على المحافظة على القواعد الأساسية لنظام الوقف، فنص صراحة فى أحوال الفقرة الأولى منها على أن تنتهى الحراسة فيها إذا عين ناظر على الوقف سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية. ولم يتشدد المشرع فى ضرورة إنهاء الحراسة على الوقف بمجرد حلول الأصيل وهو ناظر الوقف، مكان الحارس القضائي فحسب، بل تشدد أيضا فى تقييد الحراسة على الوقف بقيود وشروط لم ينص على وجود توافرها فى أحوال الحراسة على الأموال عموما. فاشتراط فى أحوال النزاع على إدارة الوقف، أن تكون الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لدى نوى الشأن من حقوق.

وضيق المشرع فى أحوال الحراسة على الوقف من أجل الدين نظرا إلى استقلال شخصية الوقف عن شخصية ناظره والمستحقين فيه. ونظرا إلى طبيعة حق المستحقين فى غلته، وأخيرا نظرا لأن الإجراءات التى يتخذها الدائنون لا يقتصر أثرها على المدين وحده وإنما يمتد أثرها إلى الوقف وإلى سائر المستحقين فيه.

لذلك لم يجز المشرع الحراسة على الوقف من أجل الدين إلا إذا كان الوقف ذاته مدينا كما أنه لم يجزها لدين على أحد المستحقين إلا إذا كان هذا المستحق مدينا معسرا. =
 واشترط في هذه الحالة الأخيرة أن تكون الحراسة على حصته وحدها إن أمكن فرزها ولو بقسمة مؤقتة، وإلا فعلى الوقف كله.

واشترط أن تكون الحراسة في الحالين هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته.

فالمشرع في تقييده للحراسة على الأموال الموقوفة، وتضييقه في أحوالها، وتشدده في وجوب توافر شروط خاصة لم ينص على ضرورة توافرها في الحراسة على الأموال عموما، وفي وضعه نصا خاصا أفردته لتعداد وبيان أحوال وشروط، وقيود الحراسة على الأموال الموقوفة، جاء ترتيبه بعد النص العام للحراسة على الأموال عموما، كل ذلك يفصح، بما لا يدع مجالا للشك، على أن المشرع المصري قصد إلى حصر أحوال الحراسة على الوقف فيما ذكره منها في نص المادة 731 من القانون المدني الجديد.

فأحوال الحراسة على الوقف وردت في هذا النص إذن على سبيل الحصر ولم ترد فيه على سبيل المثال. لذلك كان على القاضى أن يلتزم في تطبيقه لنظام الحراسة على الوقف حدود النص، وما ورد فيه من أحوال وما استلزم المشرع منه من شروط وقيود ومن غير توسع في النص أو قياس عليه - ومع هذا فقد سلم سيادته بأنه تجوز الحراسة على أموال الوقف في حالات لم ترد بالمادة 731 مدنى، ويضرب أمثلة لذلك بقيام نزاع في صحة الوقف بين الورثة الذين حرّمهم الواقف من وقفه وبين المستحقين فيه، أو بين بعض هؤلاء المستحقين والبعض الآخر إذا كان الرجوع إلى قواعد الميراث خيرا لهم، وكذلك في حالة النزاع الذى قد يقوم بين الغير والواقف على ملكية عين من أعيانه - ويستطرد تبريرا لذلك أنه "لا محل للقول بورود أحوال الحراسة على الوقف على سبيل الحصر لأن محل ذلك أن يكون الوقف غير متنازع فى ملكية أعيانه. أما إذا قام نزاع على ملكية الوقف أمكن تطبيق النص العام للحراسة الذى يقضى بجواز الحراسة إذا قام نزاع فى شأن منقول أو عقار أو مجموع من المال. لذلك قضت المحاكم بتعيين حارس على عين متنازع على ملكيتها بين جهة الوقف والغير إذا توافرت شروط دعوى الحراسة" (ص 151 وما بعدها).

حالات الحراسة القضائية على الوقف المنصوص عليها فى المادة

(أولاً)

حالات الحراسة التى ترجع إلى نظارة الوقف

330- (أ) - إذا كان الوقف شاغراً :

يشعر الوقف إذا عزل الواقف الناظر الذى ولاه، أو إذا قضى بعزله، أو بضم ناظر إليه قبل تعيين الناظر المضموم، أو خرج الناظر عن أهليته أو استقال، أو لم يكن هناك ناظر على الوقف أصلاً منذ البداية.

ففى جميع هذه الصور يصبح الوقف خالياً من ناظر يدير شئونه إذا لم يعين ناظر جديد أو ناظر آخر فى حالة الحكم بالضم. ويكون من الضرورى حفظاً لمصالح الوقف والمستحقين تعيين حارس يدير الوقف حتى يعين له ناظر يرمى شئونه. وتقضى المحاكم بوضع أعيان الوقف تحت الحراسة فى أحوال شغوره حين يعين ناظر للوقف من الجهة المختصة سواء أكان تعيينه بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية⁽¹⁾.

331- (ب) - إذا قام نزاع بين نظار الوقف أو نزاع من أشخاص يدعون

حق النظر عليه :

النزاع بين نظار الوقف، يفترض أن للوقف نظاراً متعددين، فيقوم النزاع بينهم، فى شأن إدارته أو على تنفيذ شرط من شروط الواقف المدونة بحجة الوقف، أو على غير ذلك من الأمور التى يعهد بها إليهم مجتمعين.

(1) السنهورى ص 871 - عبد الحكيم فراج 152 وما بعدها - قاضى الأمور المستعجلة

بمحكمة مصر الكلية الوطنية فى 25 أكتوبر سنة 1939.

أما النزاع من مدعى حق النظر على الوقف فيغلب أن يكون على حق النظر ذاته، فينازع الناظر القائم شخص آخر يدعى حق النظر. وقد يؤدي النزاع السابق بصورتيه إلى تعرض مصالح الوقف وحقوق المستحقين فيه للخطر، فيقضى بفرض الحراسة على الوقف حتى يفصل نهائيا في النزاع القائم.

332- (ج) - إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر:

تقضى المادة 53 من قانون أحكام الوقف بتعيين ناظر مؤقت يقوم بإدارة الوقف إلى أن يفصل في أمر عزل الناظر نهائيا، أو يحكم بضم ناظر آخر إلى الناظر القائم على الوقف إذ تجرى المادة على أن: "لمحكمة التصرفات عند إحالة الناظر عليها أو أثناء النظر في موضوع العزل - بعد تمكين الناظر من إبداء دفاعه - أن تقيم على الوقف ناظرا مؤقتا يقوم بإدارته إلى أن يفصل في العزل نهائيا"، وهذا الإجراء أشبه بإجراء الحراسة القضائية. إلا أن المشرع أجاز طلب فرض الحراسة القضائية في هذه الحالة باعتباره إجراء أسرع من تعيين الناظر المؤقت الذي قد يستغرق مدة طويلة، وقد يخشى خطر عاجل من بقاء الوقف في يده. غير أن دعوى عزل الناظر في ذاتها لا تنهض مبررا لفرض الحراسة القضائية، وإنما يجب على المحكمة أن تثبت قبل الحكم بالحراسة من جدية النزاع الذي بنيت عليه دعوى الحراسة ذاتها، وهذه الجدية تتضح من وقائع دعوى الحراسة وظروفها، فقد تكون دعوى عزل الناظر غير جدية أو رفعت خدمة لدعوى الحراسة.

ويرى البعض - بحق - أنه إذا كان يخشى من بقاء الوقف تحت يد الناظر قبل رفع الدعوى بعزله، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الالتجاء إلى القضاء المستعجل لتعيين حارس على الوقف يتولى إدارته مؤقتا حتى ترفع دعوى العزل

ويفصل فيها⁽¹⁾.

333- يشترط لفرض الحراسة في الحالات الثلاث السالفة الذكر أن يتبين أن الحراسة إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق؛

اشترط المشرع لجواز الحكم بالحراسة في الحالات الثلاث السالفة الذكر أن: "يتبين القاضى أنها إجراء لا بد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق"، وبمعنى آخر يشترط المشرع لفرض الحراسة في هذه الحالات أن يثبت وجود خطر عاجل من بقاء الوقف شاغرا، أو من قيام النزاع بين نظاره المتعديين، وهذا شرط عام يلزم توافره للحكم بالحراسة عموما. سواء أكانت على أموال موقوفة أم على أموال غير موقوفة، إلا أن النص على هذا الشرط صراحة، يدل على قصد المشرع في تقييد حالات الحراسة على الوقف حتى لا يقضى بالحراسة على أعيان الوقف إلا لضرورة قصوى وبالقدر الذى تقتضيه هذه الضرورة بحيث تنتهى الحراسة في الحالات الثلاث المتقدمة بمجرد تعيين ناظر على الوقف سواء أكان بصفة مؤقتة أم كان بصفة نهائية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

"فى الحالة الأولى يتقدم كل ذى شأن فى الوقف أو فى نظارته بطلب وضع الوقف تحت الحراسة إلى أن يتم تعيين ناظر له. أو يفصل فى الخلاف بين

(1) السنهورى ص 873 محمد على رشدى ص 344 هامش (1) - وعكس ذلك عبد الحكيم فراج ص 154 إذ يرى أن النص يشترط لفرض الحراسة رفع دعوى عزل الناظر فما لم ترفع هذه الدعوى بالفعل، لا يجوز الحكم بفرض الحراسة حتى ولو توافرت الشروط = المبررة للحكم بها، ذلك لأن نص المادة 731 مدنى ذكر أحوال الحراسة على الوقف على سبيل الحصر.

النظار أو مدعى النظر على الوقف، أو يستبدل بالناظر المطلوب فيه غيره ويشترط فى طلب الحراسة أن يكون الإجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون للطالب من حقوق⁽¹⁾."

وعلى ذلك لا يجوز فرض الحراسة إذا تبين أن الحراسة إجراء غير ضرورى، كما إذا كان الوقف شاغرا ولكن أعيانه أراض زراعية مؤجرة لمدة طويلة وتعيين ناظر دائم أو ناظر مؤقت أمر وشيك، أو كان الناظر القائم يؤمن على الأعيان الموقوفة إلى أن يفصل فى أمر النزاع فى شأن نظارته. وللقاضى بحث مستندات الطرفين وتحقيق دفاعهما، والإطلاع على عقود الإيجار وكشوف الحساب ومستندات المصروفات وتقرير الخبراء وأوراق الدعاوى التى رفعها الناظر للمطالبة بحقوق الوقف وأوراق التنفيذ الخاصة بالأحكام الصادرة فيها، وذلك لمعرفة، إذا كانت هناك ضرورة تقضى بالتحفظ على أعيان الوقف بإقامة حارس عليها⁽²⁾.

334- وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 :

بتاريخ 14/9/1952 صدر المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات والذى عمل به من تاريخ نشره بالوقائع المصرية فى ذات التاريخ (العدد 132 مكرر غير اعتيادي).
وقد نصت مادته الأولى على أنه: "لا يجوز الوقف على غير الخيرات" ونصت مادته الثانية على أن: "يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر".

فإذا كان الوقف قد شرط فى وقفه لجهة بر خيرات أو مرتبات دائمة معينة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص283.

(2) السنهورى ص874 وهامش (1).

المقدار أو قابلة للتعيين مع صرف باقى الربيع إلى غير جهات البر اعتبر الوقف منتهيا فيما عدا حصة شائعة تضمن غلتها الوفاء بنفقات تلك الخيرات أو المرتبات. ويتبع فى تقرير هذه الحصة وإفرازها أحكام المادة 41 من القانون رقم 48 لسنة 1946 بأحكام الوقف إلا بالنسبة إلى غلة الأطنان الزراعية فتكون غلتها هى القيمة الإيجارية حسبما هى مقدرة بالمرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعى⁽¹⁾.

ونصت مادته الثالثة على أن: "يصبح ما ينتهى فيه الوقف على الوجه المبين فى المادة السابقة ملكا للواقف إن كان حيا وكان له حق الرجوع فيه. فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق. وإن كان الوقف مرتب الطبقات آلت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله فى الاستحقاق ويتبع فى تعيين تلك الحصة الأحكام المنصوص عليها فى المواد 36 و 37 و 38 و 39 من القانون رقم 48 لسنة 1946 سالف الذكر".

ونصت مادته الخامسة على أن: "تسرى القواعد المنصوص عليها فى المواد السابقة على أموال البدل المودعة خزائن المحاكم وعلى ما يكون محتجزا من صافى ريع الوقف لأغراض العمارة أو الإصلاح".

وتسلم⁽²⁾ هذه الأموال وكذلك الأعيان التى كانت موقوفة إلى مستحقيها بناء على طلب أى منهم وتكون صفة المستحق السابقة ونصيبه فى الاستحقاق حجة على ناظر الوقف عند مطالبته بالتسليم وإذا كان فى العين حصة موقوفة للخيرات اشترك ناظر الوقف مع باقى الملاك فى تسليم العين.

(1) الفقرة الثانية من المادة مستبدلة بالمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952.

(2) أضيفت الفقرات الثانية والثالثة والرابعة إلى المادة بالمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952.

والى أن يتم تسليم هذه الأعيان تبقى تحت يد الناظر لحفظها ولإدارتها وتكون له صفة الحارس.

وتسرى فى جميع الأحوال أحكام الشيوخ الواردة فى المواد من 825 إلى 850 من القانون المدنى مع مراعاة أحكام الفقرة السابقة⁽¹⁾.

ويبين مما تقدم أن المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 أنهى الوقف الأهلى وآلت ملكية هذا الوقف إلى الواقف أو المستحقين، فأصبحت الأوقاف الأهلية أموالا مملوكة للواقف أو المستحقين ملكا حرا طبقا للأحكام الواردة بالقانون، وبالتالي أصبح من غير المتصور قيام نزاع على نظارة الوقف، فليس ثمة وقف أهلى شاغر أو نزاع بين نظار متعددين أو نزاع بين من يدعون حق النظر أو ناظر وقف يطلب عزله، وبالتالي زالت جميع الأسباب التى كانت تستدعى تعيين حارس على الأعيان الموقوفة على النحو الذى أوضحناه سلفا.

غير أنه فى خلال المرحلة الانتقالية بين إلغاء الوقف وتسليم أعيانه إلى

(1) وقد نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم 122 لسنة 1958 على أن تتولى وزارة الأوقاف إدارة الأعيان التى انتهى الوقف فيها طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم 180 = لسنة 1952 متى كان المستحقون يقيمون إقامة عادية خارج الجمهورية العربية المتحدة فى تاريخ العمل بهذا القانون.

كما نصت المادة الأولى من القرار بقانون رقم 56 لسنة 1960 على أن تسلم إلى ذوى الشأن خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون الأعيان التى انتهى فيها الوقف طبقا لأحكام القانون رقم 180 لسنة 1952 والمشمولة بحراسة وزارة الأوقاف متى قاموا بسداد الحقوق المترتبة للوزارة على هذه الأعيان بسبب الحراسة وذلك بعد إخطارهم بخطابات موسى عليها بعلم الوصول.

فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم ذوى الشأن أو وكلاؤهم لتسلمها وإيفاء الحقوق المترتبة للوزارة قامت وزارة الأوقاف ببيعها بالمزاد العلنى وفقا للإجراء التى يصدر بها قرار من وزير الأوقاف ويوزع باقى الثمن بين أصحاب الشأن كل بقدر نصيبه.

الواقف أو إلى المستحقين جعلت المادة الخامسة من القانون ناظر الوقف حارسا قانونيا على أعيان الوقف، تكون مهمته حفظ هذه الأعيان وإدارتها مؤقتا حتى يتم تسليمها إلى الواقف أو المستحقين، مع مراعاة تطبيق أحكام الشيوخ الواردة في المواد (825 - 850 مدني).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإنهاء الوقف على غير الخيرات بعد تعديلها بالمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952، أن ناظر الوقف قد أصبح حارسا على الأعيان التي كانت موقوفة ويخضع لأحكام الحراسة القضائية، ولما كانت سلطة الحارس وفقا لهذا النص والمادة 734 من القانون المدني التي وردت بشأن الحراسة، أصبحت تقف عند حد المحافظة على أعيان الوقف التي تحت يده والقيام بإدارتها وما يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات لا تمس أصل الحق، وذلك إلى أن يتم تسليم الأعيان فى حراسته لأصحابها، وإذ كان ما طلبته الحراسة على الوقف من إزالة ما على الأرض المحكرة من بناء وغراس وتسليمها خالية مما عليها إنما تستند فيه إلى ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة 1010 من القانون المدني التي تعطى للمحكر عند انتهاء الحكر الخيار بين أن يطلب إما إزالة البناء والغراس من الأرض المحكرة حتى يستردها خالية أو أن يطلب استبقاءها مقابل أن يدفع للمحتكر أقل قيمتهما مستحقى الإزالة، أو البقاء، إلا إذا كان هناك اتفاق بين المحكر والمتحكر يقضى بغير ذلك، وكانت ممارسة المحكر الخيار على النحو السالف البيان ومواجهته من المحتكر، إنما تمس أصل الحق، فإنها تخرج عن مهمة الحارس على الوقف، ولا يكون له صفة فى تمثيل المستحقين فيما ينشأ عن ذلك من منازعات أمام القضاء سواء كان مدعيا أو مدعى عليه فيها، بل يتعين أن

يترك هذا الحق للمستحقين أنفسهم من الطرفين حتى يدافعوا عن مصلحتهم فى الدعوى".

(طعن رقم 442 لسنة 35 قى جلسة 1970/1/27)

2- "مؤدى نصوص القانون رقم 180 لسنة 1952 بحل الأوقاف على غير الخيرات أن الأوقاف الأهلية اعتبرت جميعها منقضية وأصبحت أموالها ملكا حرا للواقف أو المستحقين على النحو المبين فى تلك النصوص، وإلى أن يتم تسليم هذه الأموال إليهم فإنها تكون تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون للناظر فى هذه الفترة صفة الحارس، ويمتتع عليه بصفته هذه أن يستأجر تلك الأموال من المستحقين، وإنما يجوز له ذلك بعد أن يتم تسليمها إليهم".

(طعن رقم 385 لسنة 38 قى جلسة 1974/2/18)

3- "مؤدى نصوص المرسوم بقانون 180 لسنة 1952 بحل الأوقاف على غير الخيرات أن الأوقاف الأهلية اعتبرت جميعها منقضية وأصبحت أموالها ملكا حرا للواقف أو المستحقين على النحو المبين بتلك النصوص وإلى أن يتم تسليم هذه الأموال إليهم فإنها تكون تحت يد الناظر لحفظها وإدارتها وتكون للناظر فى هذه الفترة صفة الحارس بحكم القانون، والحراسة القانونية بطبيعتها إجراء تحفظى يقتضى من الحارس حفظ المال ويعطيه القانون سلطة إدارة المال الموضوع تحت حراسته وتكون له صفة النيابة القانونية عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة وأصحاب الحق فى حالة الوقف المنتهى هم الواقف أو المستحقون على النحو المبين فى نصوص القانون، فإذا ما توفى الحارس أو الأمين صارت الصفة للواقف أو للمستحقين باعتبارهم الأصلاء".

(طعن رقم 1169 لسنة 48 قى جلسة 1982/11/14)

وينبنى على ما تقدم خضوع الحارس القانونى لأحكام الحراسة القضائية ومن ثم يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يقضى بعزل الحارس القانونى وإقامة

حارس قضائي بدلا منه لإدارة الأعيان المذكورة، إذا أساء إدارة هذه الأعيان، أو كان غير أمين كما إذا منع من المستحقين استحقاقهم في غلة الوقف والقاضي يستأنس برأى الشركاء في تعيين الحارس الجديد، وبخاصة إذا رشحت الأغلبية شخصا معيناً للحراسة ولم يوجه إليه مطعن جدى من سائر الشركاء، ولكن لا يلزم القاضي بتعيين هذا الحارس الذى اتفقت عليه الأغلبية ذلك أن مجال الأخذ بأحكام الشيوخ المنصوص عليها في المواد (825 - 850 مدني) - إنما يكون بعد تسليم الأعيان إلى الواقف أو المستحقين⁽¹⁾.

أما الوقف على الخيرات فقد ظل قائماً كما هو، وقد أكد ذلك أيضا المشرع في القرار بقانون رقم 29 لسنة 1960 بنصه في مادته الأولى على أنه: "يجوز للمالك أن يقف كل ماله على الخيرات وله أن يشترط لنفسه الانتفاع بالربيع كله أو بعضه مدى حياته - وإذا كان له وقت وفاته ورثة من ذريته وزوجه أو أزواجه أو والديه بطل الوقف فيما زاد على الثلث.....الخ".

أما فيما يختص بالنظر على الوقف فقد نظمها القانون رقم 247 لسنة 1953 (المعدل بالقوانين 547 لسنة 1953 ، 296 لسنة 1954 ، 28 لسنة 1970)، وقد نصت مادته الثانية على أنه: "إذا كان الوقف على جهة بر، كان النظر عليه بحكم هذا القانون لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه.

فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى هذه الجمعية أو الهيئة.

وللجنة شئون الأوقاف عزل الجمعية أو الهيئة عن النظر، ويعزل أيهما يعود النظر للوزارة.

(1) السنهورى ص 876 وما بعدها - وعكس ذلك المستشار محمد عبد اللطيف ص 310 وما بعدها فيرى أن القاضي يلتزم في تعيين الحارس برأى الأغلبية تمشيا مع الفقرة الثانية من المادة 828 مدني.

وإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الربيع أو كان على جهة بر خاصة كدار للضيافة أو لفقراء الأسرة، جاز لوزارة الأوقاف أن تنزل عن النظر إلى أحد أفراد أسرة الواقف ولا ينفذ النزول إلا بتولية الناظر الجديد كما يجوز للوزارة مع الاحتفاظ بالنظر على الوقف، أن توكل في الإدارة أو في الصرف أو فيهما معا أحد الأفراد سواء كان من أسرة الواقف أو من غير أفراد أسرته إذا اقتضت مصلحة الوقف ذلك".

ونصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 4 من القانون رقم 247 لسنة 1953 (المعدل) على أنه: "على من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة مع جميع الأموال التابعة له والمستندات المتعلقة به وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته. ويعتبر الناظر حارسا على الوقف حتى يتم تسليمه".

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - نظم المشرع النظارة على الأوقاف الخيرية بموجب القانون رقم 247 لسنة 1953 المعدل بالقوانين 547 لسنة 1953 و 296 لسنة 1954 و 272 لسنة 1959 فجعلها لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه. وأوجب على من انتهت نظارته على هذه الأوقاف أن يسلم أعيانها لوزارة الأوقاف مع اعتبارهم حراسا عليها لحين تمام تسليمها وإذ كان البين من الأوراق أن الطاعن الأول قد تولى النظر على الوقف موضوع النزاع بقرار صدر من محكمة مصر الابتدائية الشرعية في 1949/1/31 فإن وزارة الأوقاف تكون قد حلت محله في النظارة بحكم القانون المشار إليه اعتبارا من تاريخ العمل به في 1953/5/21، وإذا لم يدع أي من الطرفين تسلم الوزارة عين الوقف أو تنازلها عن النظارة للطاعن المذكور أو توكيلها إياه في إدارة الوقف طبقا لأحكام القانون رقم 272 لسنة 1959 الخاص بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها فإن يده على الوقف تكون

يد حارس لحين تسليمه أعيانه لها".

(ب) - "افتراض الشارع الحراسة - فى جانب الناظر على الوقف الخيرى لحين تسليم الأعيان إلى وزارة الأوقاف بقصد تحميل النظار على الأوقاف الخيرية المسئولية المدنية والجنائية عما قد يلحق أموالها من أضرار نتيجة الإهمال أو العبث خلال الفترة السابقة على التسليم وعلى ذلك فإن صفته كحارس تكون لصيقة بشخصه فلا يملك القضاء عزله أو استبدال غيره به وإنما تستمر حتى تتسلم وزارة الأوقاف أعيان الوقف، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بعزله وإقامة المطعون ضده ناظرا على الوقف لإدارته يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 3 لسنة 49 قى "أحوال شخصية" جلسة 1980/1/16)

وجعل النظر لوزارة الأوقاف ليس فيه حجر على حرية الواقفين ولا غصب لحقهم فى الولاية لأن الواقف حين وقفه قد يرى أن وزارة الأوقاف أقدر منه على إدارة الوقف وحسن تصريف شئونه، على أن القانون بعد تعديله جعل الحق للواقف فى النظر إذا شرطه لنفسه ويبقى له هذا الحق ما دام أهلا للولاية فإذا ما فقد أهليته أو أساء التصرف أو ارتكب خيانة أخرج من النظر بالطريق القانونى وحلت محله وزارة الأوقاف بغير حاجة لتعيين بل بحكم ولايتها الأصلية التى يسبغها عليها القانون أما إجازة النزول عن النظر فى الأوقاف الخاصة لفرد من أفراد الأسرة فلأجل تحاشى الحرج الذى قد يلحق الأسر من تدخل الوزارة فى شئونها الخاصة وأما الأوقاف ضئيلة القيمة أو الربيع فلأن المصلحة فى تنازل الوزارة عنها غير أنه يجب على الوزارة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر للمحكمة وعلى المحكمة أن تقدر ذلك التنازل إذا رأت فيه المصلحة ويجوز أن يأذن بذلك قاضى الأمور المستعجلة إذا توافر فى الدعوى شرط الاستعجال⁽¹⁾.

(1) المستشار مصطفى هرجه فى الجديد فى القضاء المستعجل ص454.

ولما صدر القانون رقم 272 لسنة 1959 بتنظيم وزارة الأوقاف ولائحة إجراءاتها بين بالتفصيل الأوقاف التي تديرها وزارة الأوقاف إذ نصت مادته الأولى على أن تتولى وزارة الأوقاف إدارة الأوقاف الآتية:

(أولاً): الأوقاف الخيرية ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه.

فإذا كانت جهة البر جمعية أو هيئة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل هذه الجمعية أو الهيئة في الإدارة.

وإذا كان الوقف ضئيل القيمة أو الربيع أو كان على جهة بر خاصة كدار للضيافة أو لفقراء الأسرة جاز لوزارة الأوقاف أن توكل أحد أفراد أسرة الواقف كما يجوز أن يكون من غير أفراد الأسرة إذا اقتضت مصلحة الوقف ذلك.

(ثانياً): الأوقاف التي لا يعرف مستحوقها ولا جهة الاستحقاق فيا حتى تحدد صفتها.

(ثالثاً): الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها النظر لوزير الأوقاف إذا كان واقفوها غير مسلمين.

(رابعاً): الأوقاف التي انتهت بحكم القانون رقم 180 لسنة 1952 المشار إليه ولازالت في حراسة الوزارة وذلك إلى أن يتسلمها أصحابها.

(خامساً): الأوقاف التي خول القانون رقم 122 لسنة 1958 الصادر في الإقليم الجنوبي لوزارة الأوقاف إدارتها.

كما نصت مادته الثانية على تشكيل لجنة تسمى "لجنة شئون الأوقاف"، وجعلت مادته الثالثة ضمن اختصاصات هذه اللجنة وحدها "..... (خامساً) الموافقة على عزل ناظر الوقف".

وقد صدر بعد ذلك القرار بقانون رقم 80 لسنة 1971 بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية ونصت مادته الأولى على أن: "تنشأ هيئة عامة تسمى "هيئة الأوقاف المصرية" تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع وزارة الأوقاف، ويكون مقرها مدينة

القاهرة، ويجوز إنشاء فروع لها فى المحافظات بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة".

ونصت المادة الثانية على أن تختص الهيئة وحدها بإدارة واستثمار

أموال الأوقاف الآتية :

(أولاً): الأوقاف المنصوص عليها فى المادة 1 من القانون رقم 272 لسنة

1959 فيما عدا:

(أ) الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العام والتي آلت إلى الهيئة

العامّة للإصلاح الزراعى بالقانون رقم 152 لسنة 1957.

(ب) الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاص والتي آلت إلى

الهيئة العامة للإصلاح الزراعى بالقانون رقم 44 لسنة 1962 المشار إليه.

(ج) الأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر لنفسه ولأبنائه من طبقة

واحدة.

(د) الأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس.

(ثانياً): أموال البديل وأموال الأحكار.

(ثالثاً): سندات الإصلاح الزراعى وقيمة ما استهلك منها وريعها.

(رابعاً): الأوقاف التي يؤول حق النظر عليها لوزارة الأوقاف بعد العمل بهذا

القانون.

ونصت مادته الثالثة على أن تنتقل إلى مجلس إدارة الهيئة الاختصاصات

المخولة للجنة شئون الأوقاف بالقانون رقم 272 لسنة 1959، وكذلك

الاختصاصات المخولة للمجالس المحلية بالقانون رقم 44 لسنة 1962، وذلك

بالنسبة إلى البديل والاستبدال والاستثمار.

وتؤول الاختصاصات الأخرى المخولة للجنة شئون الأوقاف إلى مجلس

وكلاء وزارة الأوقاف منضماً إليه رئيس مجلس إدارة الهيئة ومستشار من مجلس

الدولة ويعتمد وزير الأوقاف قراراته.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون أنه: "..... وانتهت إلى أن الصيغة الملائمة هو توحيد إدارة هذه الأموال وتجميع كل أعيان وأموال الأوقاف فى شكل هيئة عامة لتتولى إدارتها واستثمارها منعا لتعدد جهات الإشراف فى إدارة هذه الأموال وتكون مسئولة عن عملها تحقيقا للإدارة المثلى وحتى تستطيع الوزارة أداء رسالتها الأصلية معتمدة فى ذلك على نتائج استثمار هذه الأموال".

وإزاء هذا التنظيم الجديد للنظارة على الوقف فإنه يتصور فرض الحراسة القضائية على الوقف فى بعض الحالات.

ومن هذه الحالات ما يأتى:

- 1- أن يكون الواقف قد اشترط النظر لنفسه ونازحته هيئة الأوقاف المصرية فى ذلك، وكان هناك خطر عاجل من بقاء الوقف تحت يد هيئة الأوقاف المصرية حتى يبيت فى تعيين الناظر.
 - 2- أن يثبت على هيئة الأوقاف نفسها ما يستوجب عزلها عن النظارة، إذ يجوز تعيين حارس قضائى فى أثناء إجراءات العزل إذا استدعت الظروف ذلك.
- وقد كانت الفقرة الثانية من المادة 46 من مشروع قانون الوقف تنص على أنه: "وإذا كان النظر على الوقف لوزارة الأوقاف أو للأوقاف الملكية، فلا يجوز تعيين حارس على هذا الوقف". وقد حذف هذا النص فى لجنة العدل بمجلس الشيوخ، وصدر القانون خلوا منه، فجاز إذن قيام الحراسة القضائية حتى لو كان النظر لوزارة الأوقاف وهيئة الأوقاف المصرية الآن⁽¹⁾.
- 3- إذا امتنع الناظر السابق عن تسليم أعيان الوقف إلى هيئة الأوقاف المصرية وخشيت منه الهيئة الإضرار بهذه الأعيان ببقائها تحت يد الحارس إلى

(1) محمد على رشدى ص 341 هامش (1).

حين حسم ما يثار من منازعات موضوعية بشأن استلام أعيان الوقف الخيرى.

4- إذا كان الوقف الخيرى حصة شائعة فى عقارات متعددة وقام خلاف بين هيئة الأوقاف بصفتها ناظرة على هذه الحصة وبين باقى الشركاء حول إدارة هذه الأعيان اختلافاً يؤدى إلى عدم إمكان استغلالها، فيجوز للقاضى المستعجل أن يقضى بوضع الأعيان جميعها تحت الحراسة القضائية للمحافظة على حقوق الوقف الخيرى حتى يتسنى إسناد الإدارة لشخص واحد، ويجوز للقاضى أن يسند الحراسة لهيئة الأوقاف على العقار جميعه حتى يتسنى لها إدارة الحصة الشائعة فى الغرض الموقوفة من أجله.

(ثانياً)

حالات الحراسة التي ترجع إلى مديونية الوقف**335- (أ) - الحراسة بسبب مديونية الوقف :**

أجازت المادة 731 مدنى الحراسة على الأموال الموقوفة "إذا كان الوقف مديناً"، فهذه الحالة تفرض مديونية الوقف لا مديونية الواقف⁽¹⁾. ويكون سبب هذا الدين رغبة ناظر الوقف فى الصرف على تعمير الوقف وإصلاحه وإدارته.

ويمكن تصور فرض الحراسة على الوقف المدين فى الحالتين الآتيتين:

- 1- إذا تعدد الناظر تضييع حقوق الدائنين باتفاق مع مستأجرى أعيان الوقف على عدم وفاء الإيجار المحجوز عليه تحت يدهم للدائنين من أصل ديونهم أو بالتقير غشا وكذبا بعدم المديونية بقصد تعطيل حصول الدائنين على حقوقهم، أو بتبيده الحاصلات الناتجة من الوقف، أو بإخفائه عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف.
- 2- إذا أساء الناظر الإدارة بدرجة لا يرجى منها حصول الدائنين على حقوقهم كإهماله فى زراعة أرض الوقف عمداً إن كانت تزرع على الذمة حتى لا يجد الدائنون شيئاً يمكن الحجز عليه، أو كتأخيره فى دفع الأموال الأميرية المستحقة على الأرض حتى تحجز الحكومة على الزراعة وفاء لها، فلا يتمكن الدائنون من الحصول على شيء من ديونهم⁽²⁾.

336- يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع

(1) أما إذا كان الدين على الواقف نفسه، فيقف المدين ماله إضراراً بدائنه، فإنه يجوز فى هذه الحالة للدائن الطعن فى الوقف بالدعوى البوليصية وفى أثناء إجراءات الدعوى التى قد تطول يجوز له طلب وضع الوقف تحت الحراسة إذا كان هناك خطر عاجل من بقاء العين تحت يد الناظر (السنهورى ص878 هامش 3).

(2) راتب وآخرين ج1 الطبعة الخامسة ص1159 الهامش.

حقوق الدائنين:

كانت الفقرة الثانية من المادة 731 - كما وردت بالمشروع التمهيدي - تنص على أنه تجوز الحراسة على الأموال الموقوفة "إذا كان الوقف مدينا، أو كان أحد المستحقين معسرا، وكانت الحراسة في الحالين هي الوسيلة الوحيدة حتى لا يضيع على الدائنين حقوقهم بسبب سوء إدارة الناظر أو سوء نيته" إلا أن لجنة مجلس الشيوخ فصلت حالة ما إذا كان الوقف مدينا عن حالة ما إذا كان أحد المستحقين معسرا في فقرتين مستقلتين، وأغفل سهوا استبقاء شرط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين في حالة مديونية الوقف وذكر الشرط فقط في حالة مديونية المستحق وانصرفت عبارة "في الحالين" إلى حالة وضع الحراسة على حصة المدين المعسر مفرزة ووضعتها على الوقف كله⁽¹⁾.

إلا أن الفقه يذهب إلى سريان هذا القيد على حالة مديونية الوقف، لأنه وإن أغفل النص عليه إلا أنه مستفاد من القواعد العامة في الحراسة.

وعلى ذلك يشترط لفرض الحراسة في هذه الحالة أن يكون الدائنون قد سلكوا السبيل الطبيعي مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم فلم يجد ذلك السبيل فتبلا. فإذا كانت أعيان الوقف مؤجرة بتواطؤ الناظر مع المستأجرين وتمكن الدائنون من الحصول على ديونهم بواسطة حجز ما للمدين لدى الغير، فلا محل للحراسة وإذا لم يتمكن الدائن من الحجز تحت يد المستأجرين وأمكن استيفاء حقه من الحجز على المحصولات فلا محل أيضا للحجز⁽²⁾.

(1) السنهوري ص 879- محمد على رشدي ص 346- راتب وآخرين ج1 الطبعة الخامسة ص 1159.

(2) وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن: "وبما أن تعيين حارس قضائي على أعيان وقف هو = الوسيلة الوحيدة لتنفيذ حكم بدين على ناظر الوقف الذي لا مال ظاهرا له سوى حصته التي يستحقها في ريع هذا الوقف لأن الحجز تحت يد الناظر نفسه غير مفيد، والحجز التنفيذي

337- وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 :

ذكرنا سلفا أن المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 ألغى الوقف الأهلى، وأصبح هذا الوقف ملكا حرا للواقف أو المستحقين.

غير أن المشرع رغم ذلك لم يخول دائنى الوقف الحق فى التنفيذ بديونهم على أعيانه، وإنما أكد حقهم السابق قبل حل الوقف فى التنفيذ على غلة الوقف دون أعيانه فأصدر المرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952، وقد أضاف هذا القانون إلى المرسوم بقانون المذكور مادة جديدة رقم (5 مكرر) نصت فى فقرتها الثالثة على أن: "يجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع تلك الأقطان ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان، كما يكون لهم إذا شهبوا حقوقهم خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت ويراعى فى تطبيق هذه المادة عدم الإخلال بحكم المادة (14) من المرسوم بقانون رقم 158 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعى".

وعلى ذلك ظل حق دائنى الوقف فى التنفيذ على ريع الوقف كما هو قبل حل الوقف الأهلى رغم أن الوقف أصبح ملكا حرا للواقف أو المستحقين وملكية الوقف

المباشر على غلة الوقف غير جائز لا هو ولا الحجز تحت يد مستأجرى أعيانه. ومادامت هذه الوسيلة متعلقة بالتنفيذ، وهى وسيلة مستعجلة، فهى بمقتضى نص المادة 28 مما يدخل فى اختصاص قاضى المواد المستعجلة. ولا يسلبه الاختصاص الادعاء لديه بأن الاستحقاق فى الوقف قد آل إلى شخص غير المدين متى كانت هذه الأيلولة متنازعا فى صحتها".

(ظعن رقم 32 لسنة 5ق جلسة 1953/12/19)

وقد انتقد هذا القضاء لأنه اعتبر الحراسة هى الوسيلة المستعجلة المستقلة بالتنفيذ (حسن عكوش ص71).

تكون قد انتقلت إلى الواقف أو المستحقين منقولة بالدين، ويكون للدائنين حق التقدم على دائنى الواقف أو المستحقين ولهم أيضا حق التتبع إذا انتقلت العين إلى أجنبى ولهم التنفيذ بدينهم على الربيع تحت يدهم بشرط أن يشهروا حقهم خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث وبهذا ينقلب الحق الشخصى لدائنى الوقف إلى حق عينى يقع على ريع العين دون ملكيتها.

ولما كان حق الدائن مقصورا على الربيع، فمن الجائز أن يتعمد المالك تقويت الدائن حقه، أو يسيء الإدارة، فيجوز عندئذ للدائن أن يطلب فرض الحراسة القضائية على العين، وفى نفس الحاليتين اللتين كان يجوز له أن يطلب فيهما فرض الحراسة القضائية عندما كانت العين وقفا⁽¹⁾.

أما بالنسبة للوقف الخيرى، فإن حق الدائنين فى طلب فرض الحراسة القضائية على الأعيان الموقوفة يظل كما هو، ويسرى ما ذكرناه سلفا فى هذا الشأن على الوقف الخيرى⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 880.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان الثابت من الحكم الصادر فى الدعوى 4002 لسنة 1982 مستعجل القاهرة والذى أضحى باتا لعدم استئنافه أنه قضى بفرض الحراسة القضائية على أعيان النزاع وإسناد إدارتها للمطعون ضدهم من السادس للأخير وأن تلك الحراسة لم تنته سواء قضاء أو اتفاقا وأن أمر تقدير وفرز حصة الخيرات مازال معروضا على لجنة القسمة بوزارة الأوقاف - وهو الأمر الذى لا يمارى فيه الخصوم - بما يفيد بطريق اللزوم أحقية الحارس القضائى دون هيئة الأوقاف فى استثناء أجره أعيان النزاع وأن الوفاء بها للحارس القضائى يبرى ذمة الطاعن وإن خالف الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على سند من أن هيئة الأوقاف قد حلت محل الحارس القضائى بعد فرز وتجنيب حصة الوقف الخيرى وإنهاء حالة الشيع =

= رغم إقرار الحكم بأن النزاع الموضوعى بشأنها مازال معروضا على لجنة القسمة وهى

338- (ب) الحراسة بسبب مديونية المستحق المعسر :

قد يكون المدين ليس هو الوقف ذاته، وإنما أحد المستحقين فى الوقف، سواء كان ناظر الوقف أو غيره، والأصل أن دائن هذا المستحق يستطيع التنفيذ على أموال مدينه ويدخل فيها استحقاقه فى الوقف، فيجوز للدائن إذن أن يحجز تحت يد ناظر الوقف على استحقاق مدينه لاستيفاء حقه⁽¹⁾.

غير أن ناظر الوقف قد يكون سيء النية أو سيء الإدارة فيتسبب فى إضعاف الوسائل التى يستطيع بها الدائن اقتضاء حقه إضعافا شديدا فيقوم خطر عاجل يبرر فرض الحراسة على أعيان الوقف.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدي إنه :

"أما فى الحالة الثانية، فالسبيل الطبيعى لحصول الدائنين على حقوقهم إنما هو توقيع الحجز تحت يد ناظر الوقف، لكن إذا كان الناظر سيء الإدارة أو سيء الذمة، كانت للدائنين مصلحة فى أن يستبدلوا به غيره فى إدارة الوقف حتى يفيض من الغلة ما يفي بديونهم فى أقرب وقت وكذلك إذا كان الناظر سيء النية، يخفى عن الدائنين حقيقة إيراد الوقف أو نصيب المستحق المدين، فإن مصلحة الدائنين تقتضيهم أن يطلبوا وضع الوقف تحت يد حارس أمين يقوم بوفاء ديونهم من صافى غلة الوقف... إلخ⁽²⁾".

وقد اختلف فى تعريف المدين المعسر الذى خوله المشرع هذا الحق.

اللجنة المختصة دون غيرها بهذا العمل فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم 4694 لسنة 26 ق جلسة 2007/2/28)

(1) السنهورى ص 881.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 283.

فذهب رأى إلى أن المقصود به أن يكون أموال المستحق المدين لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء، ويكون قد حكم بإشهار إعساره فإذا لم يكن المستحق المدين قد اتخذت معه إجراءات شهر الإعسار وحكم فعلا بإشهار إعساره فلا يجوز وضع حصته أو الوقف كله تحت الحراسة من أجل الدين⁽¹⁾.

بينما ذهب الرأى الغالب - الذى نؤيده - إلى أن المقصود بالمستحق المعسر هو ألا يكون للمستحق، غير استحقاقه فى الوقف، ما يفى بالدين. فإذا كان له مال غير استحقاقه فى الوقف يكفى لوفاء الدين، لم يكن هناك مقتضى لفرض الحراسة على الوقف. أما إذا لم يكن له مال غير استحقاقه فى الوقف، أو كان له مال ولكنه لا يكفى لوفاء الدين، فإن الحراسة على الوقف تكون جائزة حتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه كاملا، حتى لو لم يكن المدين معسرا إذا أدخلنا فى الاعتبار استحقاقه فى الوقف بأن كان ماله - داخلا فيه استحقاقه فى الوقف - يكفى لوفاء ديونه. فالإعسار هنا له معنى خاص، هو أن يكون مال المستحق الخارج عن استحقاقه فى الوقف لا يكفى لوفاء دينه⁽²⁾.

فإذا كان المدين هو أحد المستحقين فى الوقف، لا الوقف ذاته، ولا كل المستحقين، أمكن إجراء قسمة مهياة حتى يخصص للمستحق المدين جزء من الوقف هو الذى يوضع تحت الحراسة⁽³⁾. فإذا تعذر إجراء هذه القسمة لم يكن هناك مناص من وضع الوقف كله تحت الحراسة.

(1) عبد الحكيم فراج ص 156.

(2) السنهورى ص 882 - محمد على رشدى ص 347 - راتب وآخرين الطبعة الخامسة ص 1159 وما بعدها - حسن عكوش ص 71.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 284.

339- يشترط أن تكون الحراسة هي الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع

حقوق الدائنين:

اشترطت الفقرة الثالثة من المادة 731 مدنى لفرض الحراسة القضائية فى هذه الحالة "أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين بسبب سواء إدارة الناظر أو سوء نيته".

فيجب أن يستنفد الدائن بدون جدوى طرق التنفيذ المنصوص عليها فى القانون لتحصيل دينه، فلا محل للحراسة إذا كان للمدين أموال أخرى عقارات أو خلافه تفى قيمتها بالدين أو تزيد يمكن الحصول عليه من ثمنها أو كان بمكنة الدائن الحجز تحت يد الناظر على استحقاق مدينه، وكان ما حجز كافيا لوفاء الدين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

".... وقد جرت الأحكام فى هذه الحالة على أن يكونوا قد سلكوا السبيل الطبيعى مع ناظر الوقف للحصول على ديونهم، فلم يجد ذلك السبيل فتبلا، حتى تبدو الحراسة للمحكمة أنها الوسيلة الوحيدة لحصول الدائنين على حقوقهم، فتحكم بها⁽¹⁾".

340- إقامة حارس قضائى على الوقف يجعل الحارس بمثابة ناظر

مؤقت:

إقامة حارس قضائى على الوقف من نتيجته أن يصبح بمثابة ناظر مؤقت ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف، ومن ثم تتحسر وظيفة الناظر عنه خلال فترة الحراسة، ولا يجوز له المطالبة بأجر عن هذه الفترة.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص284.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- (أ) "متى قضى بإقامة حارس قضائي على أعيان وقف وخوله الحكم الذي أقامه إدارة هذه الأطيان فإنه يصبح بمثابة ناظر مؤقت ويكون هو صاحب الصفة في تمثيل الوقف أمام القضاء ولا يملك التحدث في شئون إدارة الوقف".
 (ب) "يترتب على مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه في الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر...إلخ".

(طعن رقم 68 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- "إذا كان الواقع في الدعوى أن الطاعن كان ناظرا على وقف، وبتاريخ 1949/1/25 أقيم المطعون عليه السابع ناظرا مؤقتا على أعيان الوقف إعمالا لما تقضى به المواد من 50 - 53 من القانون 48 لسنة 1946، ثم أقيمت على الطاعن دعوى بطلب عزله من النظر وأقيمت في الوقت نفسه دعوى حراسة على أعيان الوقف قضى فيها ابتدائيا من محكمة الأمور المستعجلة بإقامة الطاعن والمطعون عليه السابع حارسين قضائيين على تلك الأعيان بدون أجر وعدل هذا الحكم استئنافيا بإقامة الطاعن حارسا بدون أجر على إحدى عمارات الوقف التي تغل ريعا يناهز استحقاقه هو وأخته كما أقيم المطعون عليه السابع حارسا بدون أجر على باقى أعيان الوقف باعتبار أنها تغل من الربيع ما يناهز استحقاقه هو وباقى المطعون عليهم وجعلت هذه الحراسة موقوتة بالفصل فى دعوى العزل وعهد إلى كل حارس إدارة ما عهد إليه من أعيان الوقف واستغلالها ودفع كافة النفقات الضرورية اللازمة للعمارة... إلخ - وقد ظلت يد كل من الحارسين موضوعة على ما اختص بإدارته إلى أن انتهت الحراسة القضائية فعلا فى 1951/6/30، وكانت إقامة الناظر المؤقت هى نوع من العزل (بالنسبة للناظر

القديم) وهى فى ذات الوقت إقامة للناظر الآخر "وإن كان العزل والإقامة مؤقتين"، وكان الناظر المؤقت هو الذى تتاط به إدارة أعيان الوقف وفقا لنص المادة 53 من القانون 48 لسنة 1946 الذى استند إليه قرار الإقامة سالف الذكر، كما أن إقامة حارس قضائى على أعيان وقف ما من نتيجتها قانونا أن يصبح الحارس بمثابة ناظر مؤقت ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف ولا يملك التحدث فى شئون إدارة الوقف سواء، فإن مؤدى ذلك جميعه أن تعتبر وظيفة الطاعن كناظر على الوقف فى الفترة التى كانت أعيان الوقف فيها فى يد الناظر المؤقت ثم فى يد الحارس القضائى قد انحسرت عنه فلا يتحقق فيه- فى خصوص المطالبة بأجر النظر موجب المطالبة- لا يقدح فى ذلك أن يكون قرار الإقامة قد أُلغى أو تكون الحراسة قدحكم بإنهائها فإنه ليس من شأن هذا أو ذلك اعتبار الناظر قائما بوظيفة أما قول الطاعن بأنه ثبت أن طلب إقامة الناظر المؤقت ودعوى الحراسة كليهما لم يكن لها مقتضى وأنهما من سعى الخصوم وتديبرهم وأن شل يده كان مبنيا على أسباب غير صحيحة فإن ذلك لا يعتبر أساسا قانونيا صحيحا للمطالبة بالمبلغ المرفوعة به الدعوى بحسبانه أجرا له على قيامه بالنظارة على أعيان الوقف فى الفترة من 1949/1/25 إلى 1951./6/30

2- إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى الطاعن بالمطالبة بأجر القيام بالنظارة على أعيان وقف، وكان هذا القضاء قائما على أساس صحيح من القانون - على ما سلف البيان - فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى القانون فى اعتباره ناظر الوقف أجيرا مشتركا، واعتباره وكيلا عن المستحقين، وقوله إن عمل الناظر ينحصر فى تحصيل الإيراد، وإسباغه الحجية على قرار إقامة الناظر المؤقت فى حين أنه أُلغى، وتقريره أن حكم الحراسة يتضمن حرمان الناظر من أجر النظر، واستناده فى قضائه إلى المادة 51 من القانون 48 لسنة 1956، وكذلك يكون غير منتج النعى على الحكم

قصور التسبب فى خصوص إغفاله الإشارة إلى المبالغ التى أفاد الوقف بها وفى قوله إن دفاع الطاعن عن الخيرات لم يكن مقصودا لذاته بل كان مختلطا بدفاعه عن نفسه".

(ظعن رقم 9 لسنة 28 ق "أحوال شخصية" جلسة 1960/6/30)

341- وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 :

رأينا سلفا أنه ترتب على إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 أيلولة الوقف إلى الواقف أو المستحقين، وكان مقتضى هذا أن يكون لدائن المستحق الحق فى التنفيذ بدينه على الوقف ذاته بالإضافة إلى ريعه، وهو حق لم يكن يخوله القانون للدائن قبل إلغاء الوقف، إذ كان حقه ينحصر فى التنفيذ على ريع الوقف فقط، وبذلك انقلب حل الوقف وبالا على المستحق، بعد أن كان المقصود به رعايته، وعلاجاً لهذا الوضع صدر المرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 والذى أضاف إلى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 الخاص بحل الوقف الأهلى مادة جديدة برقم (5 مكرر) وتنص على أنه: "لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية أعيانه طبقاً للمواد السابقة، وذلك عن الديون السابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون. وكذلك تظل أحكام القانون رقم 122 لسنة 1944 الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى الأوقاف الأهلية إلا فى حدود معينة سارية على ريع الأعيان التى ينتهى فيها الوقف وذلك بالنسبة إلى الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية هذه الأطنان طبقاً للمواد السابقة متى كانت الديون المحجوز من أجلها أو المتنازل عنها سابقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون.

فإذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه فى الوقف ضمانا لدينه فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه فى ريع تلك الأعيان وبنفس المرتبة التى كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان وذلك استيفاء لدينه فى الحدود المعينة بالقانون رقم 122 لسنة 1944 سالف الذكر ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة.

ويجوز لمن كانوا دائنين للوقف ذاته أن ينفذوا بحقوقهم على ريع أعيانه ويتقدمون فى ذلك على دائنى الأشخاص الذين آلت إليهم ملكية تلك الأعيان كما يكون لهم إذا شهروا حقوقهم خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذوا على ريع تلك الأعيان تحت أى يد كانت.

ويراعى فى تطبيق هذه المادة عدم الإخلال بحكم المادة 14 من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 الخاص بالإصلاح الزراعى".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 342 لسنة 1952 أنه: "لوحظ أن المستحقين فى الأوقاف كانوا يتمتعون من قبل صدور المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بحماية القانون، سواء بالنسبة إلى أعيان الوقف إذ كان محظورا على الدائنين اتخاذ إجراءات التنفيذ عليها، أو بالنسبة إلى غلة الوقف إذ قد نص القانون رقم 122 لسنة 1944 على عدم جواز الحجز عليها أو النزول عنها إلا فى حدود معينة. وقد ترتب على زوال صفة الوقف حرمان المستحق من حماية القانون فى هاتين الناحيتين. ولما كان الأمر يقضى سرعة تدخل المشرع لحمايتهم، وإلا انقلب التشريع أداة إضرار بهم ووسيلة لتمكين دائنيهم منهم بتحويلهم حقوقا لم تكن لهم من قبل، فقد رؤى لذلك إضافة حكم جديد يقضى باستمرار هذه الحماية، فنص على أنه لا يجوز التنفيذ على ما ينتهى فيه الوقف ضد الأشخاص الذى يؤول إليهم ملكية أعيانه، كما نص على استمرار أحكام القانون رقم 122 لسنة 1944 الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين فى

الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص، وهذا كله مشروط بكون الديون سابقة على تاريخ العمل بأحكام المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952. والمقصود بكلمة الربيع الواردة بالمشروع هو ثمرة العين، سواء كانت أجرة أو غلة أو غير ذلك. وقد نص المشرع على حماية الدائنين الذين كانت حولت لهم استحقاقات مدينيهم في الأوقاف ضمانا لديونهم، فأبقت لهم هذه الضمانات. فنص المشروع على أنه إذا كان الدائن قد حول إليه استحقاق مدينه في الوقف ضمانا لدينه، فإن له إذا شهر حقه خلال سنة وفقا لإجراءات شهر حق الإرث أن ينفذ على نصيب مدينه في ريع تلك الأعيان بنفس المرتبة التي كانت له من قبل وتحت أى يد كانت هذه الأعيان، ذلك استيفاء لدينه في الحدود المعينة بالقانون رقم 122 لسنة 1944، ويبقى للدائن هذا الحق مادام مدينه على قيد الحياة".

وعلى ذلك يجب التمييز بين ديون المستحق في الوقف السابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم 180 لسنة 1952، وبين ديونه اللاحقة على تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون.

فبالنسبة للديون الأولى: لا يجوز التنفيذ بمقتضاها على أعيان الوقف التي آلت إلى الواقف أو المستحقين، كما يستمر سريان أحكام القانون رقم 122 لسنة 1944 الخاص بعدم جواز الحجز أو النزول عما يخص المستحقين في الأوقاف الأهلية بالنسبة إلى هؤلاء الأشخاص. والمقصود هو ما يخصهم من ريع.

وعلى ذلك تكون الحكمة التي قامت عليها الفقرتان 2، 3 من المادة 731 مدنى من جواز فرض الحراسة على هذه الأعيان وفاء للديون السابقة على القانون رقم 180 لسنة 1952 مازالت قائمة، فيجوز للدائنين فرض الحراسة القضائية عليها إذا بدد المدين ريع هذه الأعيان أو أساء إدارتها، فيقوم الحارس بإدارة هذه الأعيان وسداد الدين من ريعها حتى أعيتهم كافة الوسائل الممكنة من الحصول

على حقوقهم⁽¹⁾.

أما بالنسبة للديون الثانية: فإنه يجوز للدائنين التنفيذ على الأعيان التي آلت إلى الواقف أو المستحقين كالشأن في سائر الأموال الأخرى، وليس هناك من ثمة قيد على ذلك.

وبالترتيب على ذلك لا يحتاج الدائنون في الغالب إلى فرض الحراسة القضائية على هذه الأعيان، كما أنه لا يجوز فرض الحراسة عليها بناء على طلبهم إلا في الحدود التي يستطيع فيها أى دائن وضع أموال مدينه تحت الحراسة. أما بالنسبة الوقف الخيري فإنه لا محل لفرض الحراسة على أعيانه، لأن هذا الوقف رصد لجهات البر وليس فيه مستحقون، وإذا كانت هناك مديونية فإن المدين يكون هو الوقف نفسه فجهات البر لا تستدين.

342- ضرورة توافر الخطر العاجل في كافة حالات الحراسة:

الخطر العاجل ركن من أركان الحراسة القضائية لأن الحراسة إجراء استثنائي لا تبرره إلا ضرورة ملحة.

ولئن كان المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 730 مدنى على الخطر العاجل، فذلك لا ينفى اشتراط توافر الخطر العاجل في جميع أحوال فقرتى المادة الأخريين لأن نص الفقرة الثانية من المادة 730 جاء عاما مرنا بحيث يتسنى للقضاء أن يجد في تطبيقاته أساسا قانونيا يستند إليه في مواجهة أحوال الحراسة التي وردت في النص سالف الذكر على سبيل المثال. وليس يوجد ما يبرر أن يشترط المشرع توافر الخطر العاجل في أحوال الفقرة الثانية من المادة 730 من القانون المدنى سالف الذكر ولا يتطلب توافره في الأحوال الأخرى التي نصت عليها

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص309 وما بعدها - مستعجل مصر 11 ديسمبر سنة 1953 فى الدعوى رقم 6977 لسنة 1953.

كل من الفقرتين الأولى والثالثة. فالخطر العاجل ركن أساسى فى دعوى الحراسة لا يتصور وجودها إلا بتوافره.

وهذا ما استقر عليه الفقه⁽¹⁾ وأخذت به محكمة النقض.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم المطعون عليه- وهو بسبيل تحقيق عناصر الحراسة المطلوبة كالنزاع والخطر الموجبين لفرضها وتقدير سند الحائز للأعيان المراد وضعها تحت الحراسة- قد رأى للأسباب السائغة التى أوردها انتفاء ركن الخطر المبرر لقيام الحراسة وانتهى فى قضائه إلى رفض الطلب، فإن ذلك يعتبر تقريراً موضوعياً مما يستقل به قاضى الدعوى ولا شأن لمحكمة النقض به".

(طعن رقم 143 لسنة 23 ق جلسة 1955/7/7)

والخطر العاجل يكون منصوصاً عليه فى بعض الأحوال ومفهوماً ضمناً فى الأحوال الأخرى.

343- المقصود بالخطر العاجل:

الخطر العاجل هو خطر فوري يهدد مصلحة ذى الشأن ولا يدفعه إلا وضع المال تحت الحراسة.

وهذا الخطر يتمثل فى الضرر الواقع الذى يهدد مصلحة المدعى من ترك المال تحت يد حائزه.

ويذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن الخطر العاجل الذى نصت عليه المادة 730 من التقنين المدنى مرادف للاستعجال الذى نصت عليه المادة 45 من قانون المرافعات عندما تتناول اختصاص القضاء المستعجل وعبر عنه بـ "المسائل

(1) عبد الحكيم فراج ص 231 - راتب وآخرين ص 480 هامش (2) - محمد كامل مرسى ص 646.

المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت⁽¹⁾."

والخطر العاجل هو ما عبرت عنه محكمة النقض بالضرورة الداعية إلى الحراسة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة الأمور المستعجلة بطنطا بتاريخ 14/3/1955 فى الدعوى رقم 307 لسنة 1994 بأن:

"والخطر العاجل والاستعجال ليسا أمرين مختلفين بل هما أمر واحد فحيث يوجد خطر عاجل يكون الأمر مستعجلا. ومن ثم فإذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل ورأى القاضى أن شرط الخطر لم يتوافر حكم برفض الدعوى لا بعدم الاختصاص وإذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر شرط الخطر لم يجز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى قد تخلف منها شرط موضوعى فيتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع".

والذى يبين من استقراء أحكام المحاكم أنها قد استقرت على وجوب فرض الحراسة كلما كان استمرار يد الحائز على المال يهدد مصلحة طالب الحراسة كأن يكون الحائز مغتصبا أو مسلوب الإرادة أو غير أمين أو معسرا أو مهملا أو أتى عملا تدليسيا يضر بمصلحة طالب الحراسة⁽³⁾.

غير أن رأيا ذهب إلى أنه يجب لاختصاص القاضى المستعجل بدعوى الحراسة أن يكون الخطر ليس فقط خطرا عاجلا، بل أن يتخذ صورة حادة لا يكفى فى درئها إجراءات التقاضى العادية، ذلك أنه إذا كان الخطر عاجلا، ولكن تكفى

(1) السنهورى ص 792 - محمد على رشدى ص 289 - المستشار محمد عبد اللطيف

ص 268 - محمد كامل مرسى ص 646 - المستشار مصطفى هرجه ص 412.

(2) أنظر نقض 1/6/1939 ، 17/1/1980 ، 27/11/1984 منشورة جميعا ببند (79).

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 270.

فى دفعه إجراءات التقاضى العادية اختص القضاء العادى- دون المستعجل- بنظر دعوى الحراسة فالخطر العاجل إذن على درجات، والقضاء المستعجل لا يختص إلا إذا وصل الخطر العاجل مرحلة حادة لا يكفى فى درئها اتخاذ إجراءات التقاضى العادية، أما الدرجة الأقل من الخطر العاجل "التي تكفى فى درئها إجراءات التقاضى العادية"⁽¹⁾ فهى تدخل فى اختصاص القضاء العادى وحده.

وقد انتقد بعض أنصار الرأى الغالب الرأى الأخير⁽²⁾ على أساس أن التفرقة التى ينادى بها تشعر بأن هناك حراستين، حراسة ترفع طبقا للقانون المدنى وهذه لا يشترط فيها توافر الاستعجال. وحراسة ترفع طبقا لقانون المرافعات وهذه يشترط فيها توافر الاستعجال وهذه التفرقة لا تستند إلى أساس صحيح من القانون. فالقانون المدنى إنما يقرر مبدأ الحراسة ويبين حالاتها أما قانون المرافعات فيبين اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بنظر الأمور المستعجلة ومحكمة الموضوع بنظر المسائل المستعجلة أثناء نظر الموضوع والحراسة من هذه الأمور، ولا شك فإن طبيعة الحراسة واحدة، ولا يغير من هذه الطبيعة الجهة التى ترفع إليها دعوى الحراسة للفصل فيها. وأنه مما يساند هذا النظر أن نص المادة 45 مرافعات بعد أن بين اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بنظر المسائل المستعجلة نص صراحة على: "أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية". فالمحكمة الموضوعية إذا رفعت إليها دعوى الحراسة بطريق التبعية فإنها تنظرها على أنها مسألة من المسائل المستعجلة ويجب والحالة هذه أن يتوافر فيها الاستعجال كشرط أساسى لقبولها.

ويشترط فى الخطر الموجب للحراسة أن يكون حالا، ونتيجة مباشرة لأسباب

(1) راتب وآخرين الطبعة السابعة ص480 وما بعدها- محكمة استئناف مصر الأهلية فى 26 يناير سنة 1937.

(2) عبد الحكيم فراج ص234.

موجودة بالفعل وقت رفع الدعوى. أما احتمال الخطر أو الضرر فلا يكفى وحده لفرض الحراسة ولا يتوافر الخطر على حقوق طالب الحراسة إلا إذا كان واضح اليد غير ملئ لا يمكن الرجوع عليه بتلك الحقوق عند الحكم بها من محكمة الموضوع، أو كانت أعماله الحالية تدل على سوء نية أو إهمال جسيم تضيع معه هذه الحقوق أو يتعذر تحصيلها. فإذا تحقق ذلك تأكد الخطر الحال، وتعين فرض الحراسة، أما إذا كان واضح اليد موسرا، وتدل أعماله الحالية على محافظة على العقار أو المال المطلوب وضعه تحت الحراسة، فلا يكون ثمة خطر حال يتهدد حقوق طالب الحراسة، ويضحى هذا الركن فاقدا، فلا يجاب طالب الحراسة إلى طلبه⁽¹⁾.

والخطر تستخلصه المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتها، ومن طبيعة الحق المطالب به والظروف المحيطة بالدعوى، لأنه حالة تتغير بتغير الزمان والمكان وتتلازم مع التطور الاجتماعى فى الأوساط والأزمنة المختلفة⁽²⁾. فالخطر لا يتوافر بفعل الخصوم أو بمحض إرادتهم، فلا يجوز لهم أن يتفقوا على إيجاده، وبالتالي فإن اتفاق الخصوم على انتفاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه.

ويجب أن يكون الخطر جديا أى قائما على سند من الجد يكشف عنه ظاهر أوراق الدعوى وظروفها، فإذا استبان للقاضى من ظاهر الأوراق والمستندات عدم جدية الخطر الذى يدعيه المدعى فإنه يقضى برفض الدعوى، وإذا كانت الدعوى منظورة أمام القضاء المستعجل كان له أن يقضى برفض الدعوى أو بعدم اختصاصه كما سنرى كأن يتضح أن الخطر موهوم فى ذهن المدعى، أو أنه

(1) عبد الحميد الشواربى ص52.

(2) محمد على رشدى ص288- الدناصورى وعكاز ص436- المستشار محمد عبد اللطيف ص268.

خطر مفتعل من جانبه بتصرفات ارتكبها هو خدمة للدعوى، أو كأن يتضح أن الخطر المدعى به هو خطر قديم زالت آثاره وأعقبته أفعال محت الماضى وجعلت تصرفات المدعى عليه الحالية حسنة بحيث لا يخشى منها على المال وبحيث يصبح الخطر مجرد فكرة قديمة لا تؤدى إليها بل تنفيها الوقائع التالية والأفعال الحالية⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة مستعجل مصر بتاريخ 1955/9/11 بعدم توافر الخطر فى الدعوى المقامة على ناظر الوقف والمؤسسة على سابقة ارتكابه لأخطاء منذ طويلة، بعد أن تبين أمام المحكمة أن أعمال الناظر وأفعاله الحالية تدل على حسن الإدارة والمحافظة على حقوق الوقف والمستحقين وأن مركزه المالى متين، وبداين المستحقين رافعى دعوى الحراسة بمبالغ جسيمة أخذوها مقدما من ماله الخاص من أصل استحقاقهم فى الوقف.

344- تقدير الخطر الموضوعى :

الخطر العاجل أمر تقديرى متروك لمحكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كانت الأسباب التى أقامت عليها قضاءها تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "إن تقدير الضرورة الداعية إلى الحراسة وتقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض مما يتعلق بموضوع الدعوى ولا يدخل فى رقابة محكمة النقض".

(1) راتب وآخرين ص 480 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 792- المستشار محمد عبد اللطيف ص 270- محمد كامل مرسى ص 647- عبد الحكيم فراج ص 228 وما بعدها.

(طعن رقم 3 لسنة 9 ق جلسة 1939/6/1)

2- "إن تقدير الخطر الموجب وضع الأموال المتنازع عليها تحت الحراسة هو من المسائل التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض على قاضى الموضوع".

(طعن رقم 19 لسنة 13 ق جلسة 1943/6/17)

3- "تقدير المحكمة للخطر المبرر للحراسة من ظاهر مستندات الدعوى هو تقدير موضوعى لا معقب عليه وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استعرض وقائع النزاع ومستندات الطرفين وتبين منها جدية ادعاء المطعون عليها بأنه تجمع لديها من الأسباب ما تخشى منه خطرا عاجلا من بقاء الأطيان موضوع النزاع تحت يد الطاعن فإنه إذ قضى بوضع هذه الأطيان تحت الحراسة لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 210 لسنة 22 ق جلسة 1954/2/25)

4- "متى كان الحكم المطعون فيه وهو بسبيل تحقيق عناصر الحراسة المطلوبة كالنزاع والخطر الموجبين لفرضها وتقدير سند الحائز للأعيان المراد وضعها تحت الحراسة- قد رأى للأسباب السائغة التي أوردها انتفاء ركن الخطر المبرم لقيام الحراسة وانتهى فى قضائه إلى رفض الطلب، فإن ذلك يعتبر تقديرا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض به".

(طعن رقم 143 لسنة 23 ق جلسة 1955/7/7)

5- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه".

(طعن رقم 1425 لسنة 47 ق جلسة 1980/1/17)

6- "لا يخضع لرقابة محكمة النقض تقدير قيام الخطر العاجل وهو الشرط

العام فى الحراسة، ولا تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل بعض، فهذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض".

(طعن رقم 69 لسنة 48 ق جلسة 1981/3/26)

7- "تقدير الضرورة الداعية إلى الحراسة والطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين، وتقدير سند الحائز للأعيان المراد وضعها تحت الحراسة من المسائل الواقعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها بهذا الإجراء التحفظى المؤقت على أسباب تؤدى إلى ما انتهت إليه".

(طعن رقم 36 لسنة 53 ق "أحوال شخصية" جلسة 1984/11/27)

8- "استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر وتقدير الخطر المبرر لفرض الحراسة هى من المسائل الموضوعية التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المحال عليها من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءها برفض الدعوى على أن المطعون عليه الأول اختار العدد المناسب من الأعضاء المتاح له قبولهم طبقاً لظروفه دون قصد الإضرار بالطاعنين مما ينتقى معه الخطأ فى جانب المطعون عليه الأول وأن الطاعنين ليست لهما صفة فى طلب اعتبار النادى منحلاً إذ ناط ذلك بالجهة الإدارية دون غيرها وأن الخطر المدعى به من الطاعنين غير متوافر لمضى أكثر من ثمانى سنوات على صدور القانون رقم 77 سنة 1975 دون أن يتوقف النادى عن نشاطه وكان هذا الاستخلاص سائغا وله أصله الثابت بالأوراق ويشكل دعامة تكفى بمفردها لحمل قضائه فإن النعى عليه يكون جدلاً موضوعياً فى سلطة محكمة الموضوع مما تتحسر عنه رقابة محكمة النقض ويكون النعى على ما استترد إليه الحكم فى أسبابه أياً كان وجه الرأى فيه غير منتج.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن".

(طعن رقم 1014 لسنة 51 ق جلسة 1988/5/8)

(راجع أيضا نقض 1951/6/7 ، 1952/10/30 ، 1985/2/28)

345- هل ينفى ركن الخطر العاجل مضي وقت طويل على رفع دعوى

الحراسة؟

من القرائن التي يستدل منها على انتفاء الخطر العاجل أن يمضي وقت طويل على الحالة قبل أن يطلب صاحب الشأن فرض الحراسة. ولكن هذه القرينة غير قاطعة فقد يمضي وقت طويل والخطر أخذ في التفاقم فيدفع ذلك أخيرا صاحب المصلحة إلى طلب الحراسة ولا يؤخذ عليه سكوتة مدة طويلة إذ أن تفاقم الخطر ينفى مظنة انتفائه.

كما قد يكون سبب السكوت عن رفع دعوى الحراسة محاولة التفاهم مع الخصم أو محو أسباب النزاع⁽¹⁾.

وإذا تبين للقاضي المستعجل من الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى أن المدعى قد تنازل ضمنا عن الحق في طلب فرض الحراسة، تعين عليه الحكم برفض الدعوى أو بعدم اختصاصه، تقريرا على هذا إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد قضت برفض الدعوى أو بعدم اختصاصها بنظرها ثم ظل المدعى ساكنا دون أن يطعن في هذا الحكم إلا بعد فوات سنة، فإن هذا التأخير يفيد في ظاهره أن الحق المطلوب صيانتة بالإجراء المستعجل لم يعد يستأهل الحماية المؤقتة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاستعجال ينعقد إذا ظل مركز الطرفين كما هو عدة سنوات سابقة على رفع الدعوى (1926/5/22).

(1) السنهوري ص 793 - راتب وآخرين ص 485 - عبد الحكيم فراج ص 223.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف - استئناف مختلط في 30 أكتوبر سنة 1918.

وكذلك إذا كان من الممكن رفع الدعوى قبل ذلك إلى المحكمة الموضوعية ولم يجد في ظروف الدعوى جديد يتوافر به الاستعجال (1895/11/6).
أو إذا كان النزاع الموضوعي قد رفع إلى المحكمة المختصة منذ شهر عدة ولم يبق على الفصل فيه إلا مدة قصيرة (1901/4/10)، إلا إذا كان هناك استعجال ملجئ (1917/11/14).

كما قضى بأن:

1- "مجرد التأخير في رفع الدعوى المستعجلة لا يؤثر بذاته في طبيعة الحق المستعجل أو يغير من ماهيته ويجعله في عداد الحقوق العادية مادام الخطر الذي يتأذى مازال ويتفاقم بمرور الزمن. وإذا كان في استمرار حرمان المدعى والمتدخلين من حق انتخاب يمثلهم أو من حق الترشيح لعضوية مجلس الإدارة وحرمانهم من حصر مراجعة ميزانيات النادي ومراقبة أعمال القائمين على شئونه ومحاسبتهم ما يلحق بالمدعى والمتدخلين أضراراً مادية وأدبية جسيمة ويتشكل منه الخطر الدائم والمستمر ومن ثم فإن ركن الاستعجال يضحى قائماً".

(محكمة القاهرة للأمر المستعجلة الدعوى رقم 7426 لسنة 1975

جلسة 1975/5/26)

2- "وإذا كان ذلك وكان مورث الطرفين قد توفي سنة 1956 ومن ثم فإن مرور أكثر من ثلاثين عاماً على هذا الوضع ينفي عن الدعوى صفة الاستعجال المبرر لاختصاص القضاء المستعجل".

(الدعوى رقم 276 لسنة 1974 مدنى مستعجل طنطا جلسة 1995/2/28)

3- "لما كان ما تقدم وكان المستقر عليه أن الاستعجال يجب أن يثبت من طبيعة الحق المتنازع عليه وماهية الإجراء الوقتي للمحافظة عليه وعلى ذلك فليس للخصوم أن يسبغوا متى شاءوا على دعواهم صفة الاستعجال حتى تقبل أمام

القضاء المستعجل إذ أن الاستعجال ليس وصفا وإنما هو حالة يستظهرها قاضى الأمور المستعجلة وتختلف باختلاف ظروف كل دعوى ولما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن مورث المدين والمدعى عليهم قد توفى سنة 1976 ولم يقيموا دعوى الحراسة إلا فى سنة 1995 الأمر الذى ينتفى معه وجه الاستعجال وينحسر اختصاص القضاء المستعجل".

(الدعوى رقم 77 لسنة 1995 مستعجل دمنهور جلسة 1995/11/20)

3- "ولما كان ما تقدم وكان البادى من ظاهر الأوراق أن المدعى عليهم يضعون يدهم على المخبز المبين بالأوراق أكثر من عشرين عاما حسبا هو ثابت بصحيفة الدعوى وأنهم يستأثرون بالريع لأنفسهم الأمر الذى يتخلف معه ركن الاستعجال فى الدعوى".

(الدعوى رقم 102 لسنة 1995 مستعجل دمنهور جلسة 1996/2/5)

346- أمثلة للحالات التى يتوافر فيها ركن الخطر العاجل الذى يبرر

فرض الحراسة القضائية :

- 1- أن يقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته وكان بقاء المال فى حيازة واضع اليد يخشى منه ضياعه أو تلفه أو تبديد الريع.
- 2- إذا وقع خلاف بين الشركاء فى الشروع على الإدارة أو على الأنصباة أو عند تعارض المصلحة بينهم أو إذا استأثر بعضهم بالريع دون الباقيين وترتب على ذلك خطر أو ضرر من تعذر الانتفاع أو استحاله⁽¹⁾.
- 3- إذا كان بائع العقار لم يستوف ثمنه وامتنع المشتري عن أداء أعمال أمرت بها السلطة الإدارية بحيث أصبح العقار مهددا بنزع ملكيته للمنفعة العامة

(1) الدلنجات الجزئية الأهلية بهيئة مستعجلة فى 26 أبريل سنة 1939 - قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الأهلية فى 19 أكتوبر سنة 1935.

- لأن الاستمرار على هذه الحالة يهدد حق امتياز البائع بالزوال⁽¹⁾.
- 4- إذا أهمل مالك العقار المرهون فى العقار أو أتلفه إضراراً بحقوق الدائن المرتهن حتى لو كان هذا العقار لا يدر ريعاً لعدم استكمال بنائه⁽²⁾.
- 5- إذا قام خلاف بين بعض الورثة والبعض الآخر على قيمة الأنصبة أو على قسمة أموال التركة⁽³⁾ أو على إدارتها ولم يتفقوا فيما بينهم على تعيين وكيل مشترك ليتولى إدارة التركة⁽⁴⁾. أو فى الحالة التى يحاول فيها أحد الورثة أن يمحو عناصر الثروة التى تركها المورث بظهوره بمظهر المالك وادعائه أن المورث لم يترك شيئاً خاصاً به⁽⁵⁾.
- 6- فى حالة النزاع بين المؤجر والمستأجر إذا ترك المستأجر الأطيان المؤجرة له من غير زراعة وكانت الضرورة تقضى بتهيئة الأرض للزراعة حالاً⁽⁶⁾.
- 7- حصول نزاع بين الشركاء فى محجر ترتب عليه وقف العمل فيه وعدم دفع قيمة الرخصة المستحقة للحكومة واحتمال سحب الرخصة بسبب ذلك⁽⁷⁾.
- 8- وجود نزاع ظاهر الجد حول إدارة أموال ناد إذا كان فرض مجلس الإدارة يستند إلى قرار ظاهر الانعدام ما يجعل تصديه للإدارة هو والعدم سواء من الناحية القانونية بما يجعل الإدارة فى حكم الشاغرة الأمر الذى يتهدد معه بالخطر حقوق أعضائه⁽⁸⁾.

(1) محكمة الاستئناف المختلطة فى 17/2/1932.

(2) محكمة الاستئناف المختلطة فى 4 مايو 1938.

(3) محكمة الاستئناف المختلطة فى 16 يونية سنة 1937.

(4) محكمة الاستئناف المختلطة فى 19 أبريل سنة 1933.

(5) محكمة الاستئناف المختلطة فى 22 يونية سنة 1932.

(6) محكمة الاستئناف المختلطة فى 20 مارس سنة 1924.

(7) استئناف مختلط فى 23 مارس 1932.

(8) محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة الدعوى رقم 7426 لسنة 1975 بتاريخ 26/5/1975.

غير أن الخطر العاجل الذي يبرر فرض الحراسة لا يتوافر فى الحالات الآتية:

- 1- مجرد تأخر المشتري فى دفع الثمن، ما لم توجد ظروف أخرى يكون من شأنها المساس بضمان البائع وحقه فى الحصول على باقى الثمن، كما إذا أهمل فى إدارة المبيع. وأساء التصرف فى الانتفاع به مما يعرضه لنقص قيمته أو تبيد ريعه⁽¹⁾.
- 2- إذا كان طلب الحراسة ينصب على أرض فضاء معدة للبناء إذ لا يخشى عليها من الضياع أو التلف⁽²⁾.
- 3- إذا قام نزاع فى شأن حساب الإدارة من حيث صحة الأرقام ومطابقتها للحقيقة إذ أن مآل الفصل فى النزاع لا ينطوى إلا على احتمال انشغال ذمة المدعى عليه بمبلغ معين. وهذا الاحتمال على فرض تحققه لا يمنع من استمرار المدعى عليه من وضع يده على المال⁽³⁾.
- 4- إذا كان القانون قد رسم طريقاً آخر يغنى عن الحراسة، كحق الحبس. وقد قضى بأنه ليس للمقاول، إذا كان ملتزماً بأن يبني عينا وأن يسلمها فى موعد معين وكان يدعى حقاً قبل صاحب البناء، أن يطلب تعيين حارس على العين على اعتبار أن الحراسة هى الطريق الوحيد للتوفيق بين حقه فى الحبس وواجبه فى التسليم، لأن المقاول إما أن يكون ذا حق فى مبلغ لا يزال فى ذمة صاحب البناء وعندئذ فحقه فى الحبس يعفيه من واجب التسليم، أولاً يكون له مبالغ قبله وعندئذ لا يكون من حقه أن يحبس البناء تحت يده، ويكون عليه أن

(1) محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة 1924.

(2) محكمة الاستئناف المختلطة فى 22 يناير سنة 1930.

(3) استئناف مصر فى 18 نوفمبر سنة 1934 - أول يونية سنة 1939.

يسلم البناء فوراً لصاحبه، وفي الحالتين لا تناقض بين حق المقاول وواجبه حتى يستعان بالحراسة على نحو هذا التناقض⁽¹⁾.

ومن الأحكام الحديثة التي نفت وجود الخطر ما يأتي :

1- "وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من حافظة مستندات المدعى عليه والتي حوت إقراراً لم يجده المدعى ثابتاً به أنه قد تمت المحاسبة بين المدعى والمدعى عليه وأن الشركة لحقتها خسارة قدرها أربعمائة جنيه كما قدم ما يفيد سداده للضرائب المستحقة على الشركة ومن ثم فإن ركن الخطر يعد غير مقبول في الدعوى ومن ثم الدعوى تكون خليقة بالرفض".

(الدعوى رقم 193 لسنة 1994 مدنى مستعجل طنطا جلسة 1995/2/28)

2- "وحيث إنه لما كان ما سبق وهدياً به وبالرجوع إلى واقعات الدعوى فإن المحكمة وهى فى سبيل استعراضها لواقعات الدعوى وتطبيق شروط وأركان دعوى الحراسة على وقائعها لا ترى توافر الخطر العاجل المبرر لفرض الحراسة فى الدعوى سيما وقد صدر قرار السيد الأستاذ المستشار النائب العام والمؤرخ 1994/9/25 وتم تنفيذ هذا القرار فى 1994/11/12 وأن عين النزاع الآن فى يد المدعى عليهما الأول والثالث بموجب ذلك القرار وقد استند القرار إلى أسباب ترى المحكمة من ظاهر المستندات أنها أسباب واقعية وصحيحة ومن ثم فإن الدعوى بحالتها تكون مفتقدة لركن الخطر الموجب والمبرر لفرض الحراسة.... إلخ".

(الدعوى رقم 307 لسنة 1994 مدنى مستعجل طنطا جلسة 1995/3/14)

347- الخطر العاجل ركن موضوعى فى الحراسة :

يعتبر الخطر العاجل (الاستعجال) فى دعوى الحراسة ركناً موضوعياً⁽²⁾.

(1) إسكندرية مستعجل فى 21 فبراير سنة 1935.

(2) السنهورى ص 794- محمد على رشدى ص 289- الدناصورى وعكاز ص 438.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

".... بما مؤداه أن الحراسة- بالنظر إلى طبيعتها ومداه لا تعدو أن تكون إجراء تحفظيا لا تنفيذيا، وأن الخطر العاجل الذى يقتضيها يعتبر شرطا موضوعيا متطلبا لفرضها".

(القضية رقم 26 لسنة 12 قضائية "دستورية" جلسة 1996/10/5)

غير أنه إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل فإنها تكون ركنا موضوعيا وشرط اختصاص فى ذات الوقت، فيجوز للقاضى المستعجل إذا رأى عدم توافر ركن الخطر إما أن يحكم بعدم الاختصاص أو برفض الدعوى⁽¹⁾.

ويترتب على كون الخطر العاجل ركنا موضوعيا ما يأتى :

1- أنه إذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة أو قضى بعدم اختصاصه لعدم توافر الخطر العاجل، لم يجز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع إذ الدعوى تخلف فيها ركن موضوعى فيتعين رفضها حتى أمام محكمة الموضوع، وذلك ما لم تتغير الحالة وتنشأ ظروف جديدة يتحقق معها قيام الخطر العاجل.

2- أنه إذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع، جاز الدفع بانتفاء الخطر العاجل فى أية حالة كانت عليها الدعوى، حتى أمام محكمة الاستئناف لأول مرة.

3- لا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقتى تابع

(1) السنهورى ص 795 هامش (1) محمد على رشدى ص 289 وما بعدها.

وقارن: المستشار محمد عبد اللطيف ص 270 فيرى أن القاضى المستعجل لا يقضى عند تخلف هذا الركن بعدم الاختصاص وإنما يقضى برفض الدعوى.
وراتب وآخرين ص 487 فيرون أن القاضى يحكم فى هذه الحالة بعدم الاختصاص.

للدعوى بأصل الحق، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى مستقلة، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقتي، وهى لم تتغير طبيعتها سواء رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع، فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت كإجراء وقتي تابع لدعوى أصلية⁽¹⁾.

(1) السنهاورى ص 482 - الدناصورى وعكاز ص 438 - وعكس ذلك راتب وآخرين ص 482 وما بعدها فيرون أنه يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع كدعوى أصلية منفصلة ومستقلة عن دعوى أصل الحق، أو ترفع إليه بطريق التبع لدعوى أصل الحق لينظرها كدعوى موضوعية لا كدعوى مستعجلة، وبصفته قضاء موضوعيا لا بصفته قضاء أمور مستعجلة ويستطردون أنه ليس ثمة غرابة فى أن توجد صور من الحراسة يختص بها قضاء الموضوع دون القضاء المستعجل كالأشأن فى أى نزاع له صورته الموضوعية التى تنتظر أمام القضاء الموضوعى وصورته الحادة المستعجلة التى تنتظر أمام القضاء المستعجل ذلك أن دعاوى الوقتية (كدعوى الحراسة) قد تكون غير مستعجلة، وقد تكون فى بعض صورها = حادة مستعجلة، والقضاء المستعجل لا يختص بنظر الأولى ويختص بنظر الثانية. فمثلا دعوى استرداد الحياةزة يصدر فيها حكم وقتي حتى يفصل فى أصل الحق، والأصل أن يختص القاضى الموضوعى بنظر هذه الدعوى دون القضاء المستعجل ولكن استرداد الحياةزة قد يتخذ صورة حادة مستعجلة وعندئذ يختص القضاء المستعجل بنظرها، وذلك بالرغم من أن الحكم الذى يصدر فى دعوى استرداد الحياةزة هو حكم وقتي سواء صدر من قاضى الموضوع (عند نظر الدعوى بحسبانها دعوى حياةزة) أو صدر من القضاء المستعجل عند (نظر الدعوى بحسبانها إجراء وقتيا مستعجلا) وهذا هو الشأن أيضا فى دعاوى الحراسة، فهى فى الأصل من اختصاص القضاء الموضوعى، سواء رفعت إليه كدعوى أصلية، أو رفعت إليه بطريق التبع لدعوى أصل الحق (لينظرها كقضاء موضوعى لا كقضاء مستعجل) ولكنها فى كثير من الأحيان قد تأخذ صورة حادة مستعجلة، فعندئذ يختص بنظرها القضاء المستعجل سواء أكان هو قاضى الأمور المستعجلة، أم القاضى الجزئى بصفته قاضيا للأمور المستعجلة، أم

وقد أخذت بالرأى السابق محكمة الأمور المستعجلة بطنطا فى حكمتهما الصادر بتاريخ 1995/3/14 فى الدعوى رقم 307 لسنة 1994.

عدم المساس بأصل الحق:

تنص المادة 45 من قانون المرافعات الواردة فى الاختصاص النوعى على أن: "يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة وعدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية فىكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية.

على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية".

وهذا النص يدل على أن الشارع قد أفرد قاضى المسائل المستعجلة باختصاص نوعى محدد هو الأمر بإجراء وقتى إذا توافر شرطان هما عدم المساس بالحق وأن يتعلق الإجراء المطلوب بأمر مستعجل يخشى عليه من فوات الوقت، وهذا الاختصاص متميز عن الاختصاص النوعى للمحاكم الجزئية

محكمة الموضوع بطريق التبعية لدعوى أصل الحق عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 45 مرافعات (لتنظرها كقضاء مستعجل لا كقضاء موضوعى).

(ومن هذا الرأى المستشار مصطفى هرجه ص415).

ويرى المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص438 - وهما من أنصار الرأى الوارد بالمتن - أن تشبيه دعوى الحراسة بدعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى رد الحيازة فيه قياس مع الفارق ذلك أن فرض الحراسة لا يقوم إلا بتحقيق ركن الخطر سواء رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل أو قاضى الموضوع بالتبعية لدعوى الحق، أما دعوى استرداد الحيازة ووقف الأعمال الجديدة فيجوز رفعهما أمام القضاء المستعجل عند تحقق ركن الاستعجال ويجوز رفعهما أمام القضاء الموضوعى عند انتفائه.

والابتدائية التى تختص بالفصل فى موضوع الأنزعة التى ترفع إليها. وإذا رفعت الدعوى لقاضى المسائل المستعجلة بطلب اتخاذ إجراء وقتى وتبين له أن الفصل فيه يقتضى المساس بالحق أو أن الاستعجال مع خشية الوقت غير متوفر قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى.

وهذه القاعدة تسرى على دعاوى الحراسة كما هو الشأن فى كافة الدعاوى المستعجلة فيمتنع على القاضى المستعجل المساس بأصل الحق بمعنى ألا يكون لحكمه تأثير فى الموضوع أو أصل الحق، فليس له بأى حال من الأحوال أن يقضى فى أصل الحقوق والالتزامات أى بكل ما يتعلق بهذه الحقوق والالتزامات وجوداً أو عدماً فيدخل فى ذلك ما يمس صحتها أو يؤثر فى كيانها أو يغير فيها أو فى الآثار القانونية التى رتبها لها القانون أو التى قصدتها العاقدان⁽¹⁾.

وليس معنى هذا أنه بمجرد أن تثار منازعات أمام القاضى المستعجل أنه ينفذ يده منها وينأى عن البحث فيها، وإنما يحق له أن يتناول مؤقتاً فى نطاق حاجة الدعوى المستعجلة تقدير مبلغ الجد فى المنازعة على أن يكون بحثه فى موضوع الحق غير حاسم لموضوع النزاع بين الطرفين، بل مجرد بحث عرضى يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروف عليه ويبقى الموضوع سليماً يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص، فإذا ثار نقاش بين الطرفين تبين جديته بحيث يصعب ترجيح أحد الرأيين على الآخر قضى بعدم اختصاصه.

ولذلك يمتنع على القاضى المستعجل إحالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب الخبراء أو توجيه اليمين أو ما إلى ذلك من المسائل الموضوعية⁽²⁾.

(1) راتب وآخرين ص36.

(2) واستثناء من ذلك يجوز للقاضى المستعجل إصدار أحكام تمهيدية بإحالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب الخبراء أو الانتقال للمعاينة أو ما إلى ذلك بشرط أن يكون القصد من

ويترتب على ذلك ما يأتي :

1- أنه يجب على القاضى المستعجل أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر دعوى الحراسة أو برفضها إذا كان المطلوب فيها طلبا موضوعيا، كما إذا طلب منه الحكم بالتعويض عن النزاع المسبب للحراسة، أو بالنص فى حكمه على حق أحد الطرفين فى المطالبة بها.

وبناء على ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 15 يناير سنة 1919 بأنه :

1- إذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكما صادرا بالحراسة لعدم جدية الدعوى ونصت فى حكمها على حق المستأنف فى مطالبة المستأنف عليه بالتعويضات المادية عن الأضرار التى تسببت له من تنفيذ حكم الحراسة، فلا يجوز للأول الاستناد على ذلك فى المطالبة بالتعويض أمام محكمة الموضوع.

2- أنه يمتنع على القاضى المستعجل تطبيق مستندات الخصوم على الطبيعة لمعرفة ما إذا كانت تنطبق أو لا تنطبق على العين المطلوب وضعها تحت الحراسة، بل عليه فى هذه الصورة أن يترك الأمر لقاضى الموضوع⁽¹⁾.

3- أنه يمتنع على القاضى المستعجل تكليف الحارس باتخاذ إجراء ينطوى على قضاء ضمنى فى مسألة لا تزال محل نزاع موضوعى بين الخصوم. كدفع صافى الربح لأحد الخصوم المتنازعين على الملكية قبل أن يقضى لصالحه من محكمة الموضوع بأحقية وحده للمال المتنازع عليه أو تخويل الحارس تسليم ريع

إصدار هذه الأحكام هو تنوير الدعوى لبحث مسألة الاختصاص (راتب وآخرين ص 8 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 53).

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 313- نقض طعن رقم 202 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/10 منشور بهذا البند).

العين المبيعة للمشتري قبل أن يحكم نهائياً في دعوى فسخ عقد البيع. أو أن يسند إلى الحارس في مأموريته أى عمل من أعمال التصرف، إذ أن مهمة الحارس تقتصر فى الأصل على أعمال الصيانة والحفظ والإدارة فتكليفه القيام بعمل من أعمال التصرف يعتبر منظوياً على أساس بأصل الحق أو تكليفه بإيداع حصة الشركاء فى خزانة المحكمة حتى يقضى فى دعوى المطالبة بالريع لما فيه من أساس بحقوقهم بحبسها عنهم وعدم تمكينهم منها بغير سند أو حق من القانون نظير دين لم يقض به بعد من المحكمة الموضوعية⁽¹⁾.

إنما لا يعتبر ماساً بالموضوع تخويل الحارس ببيع الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا خيف عليها التلف أو هبوط القيمة، وينتقل حق الخصوم إلى الثمن الذى يبعث به هذه الأموال⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "أنه إذا كان هذه القاضى (القاضى المستعجل) فى بعض الصور لا يستطيع أداء مهمته إلا إذا تعرف معنى الحكم أو العقد الواجب التنفيذ أو تناول موضوع الحق لتقدير قيمته فلا مانع يمنعه من هذا ولكن تفسيره أو بحثه فى موضوع الحق وحكمه بعد هذا التفسير أو البحث لا يحسم النزاع بين الخصمين لا فى التفسير ولا فى موضوع الحق، بل لا يكون إلا تفسيراً أو بحثاً عرضياً عاجلاً يتحسس به ما يحتمل لأول نظره أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض عليه، ويبقى التفسير أو الموضوع محفوظاً سليماً يتنازل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص".

(طعن رقم 32 لسنة 5 ق جلسة 19/12/1935)

(1) مستعجل مصر 19 أكتوبر سنة 1935.

(2) مستعجل الإسكندرية 14/12/1933.

2- "إن مساس قاضى الأمور المستعجلة بموضوع الحق ليس من شأنه- حتى لو حصل- أن يجعل حكمه صادرا فى أمر لا اختصاص له فيه فيبطله وإنما يكون تزايد اضطراريا أو غير اضطرارى وعلى كلتا الحالتين فإن موضوع الحق فى ذاته يبقى محفوظا سليما يتنازل فيه ذوو الشأن لدى جهة الاختصاص".

(طعن رقم 102 لسنة 5 ق جلسة 1936/5/7)

3- "من حيث إن هذا الوجه مردود بما قرره الحكم المطعون فيه من أن اختصاص هذا القضاء بنظر هذا النزاع يتطلب أن تكون مستندات المستأنف عليها الأول (الطاعنة) ظاهرة الدلالة وناطقة فى الإفصاح عن ملكيتها العين التى تروم رفع الحراسة القضائية عنها فإن تجلى للمحكمة ذلك حق عليها القضاء لصاحبة الدعوى بما تبتغى وإن شاب تلك المستندات ثمة غموض أو لابلستها الشكوك ودعا الأمر إلى تحقيق عميق وتمحيص دقيق تعين على هذا القضاء خشية الوقوع فى المحذور عليه بنص المادة 49 من قانون المرافعات أن يتخلى عن الفصل فى هذا النزاع" وبما قرره فى موضوع آخر من أن المحكمة طالعت هذا الحكم (حكم القسمة) فاستبان لها انه قد أحال على تقرير الخبير فى ملف الدعوى آفة البيان ولما اطلعت على هذا التقرير ولوحة المساحة تجلى لها أن الأمر يقتضى تطبيق ذلك التقرير ولوحة المساحة والعقود المقدمة من الأخصام على الطبيعة لتبيان حقيقة الأمر الذى يتنازعه الخصمان وهذا الإجراء يخرج بلا مراء عن سلطان هذا القضاء. وهذا التقرير لا مخالفة فيه للقانون. ذلك أنه إذا جاز للقاضى المستعجل أن يبحث مستندات الأخصام بحثا عرضيا يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض عليه فإنه يتمتع عليه أن يأمر بإجراء من مقتضاه تطبيق هذه المستندات على الطبيعة لمعرفة ما إذا كانت تنطبق على العين موضوع النزاع أو لا تنطبق لمساس ذلك بأصل الحق بل إن عليه فى هذه الصورة أن يترك لقاضى الموضوع".

(طعن رقم 202 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/10)

4- "إذا صدر الحكم بوضع عين تحت الحراسة بناء على أن طلاب الحراسة قد اتخذوا إجراءات نزع ملكية هذه العين وسجلوا تنبيه نزع الملكية مما يترتب عليه إلحاق ثمرات العين بها، ثم رفع شخص دعوى أمام القضاء المستعجل طلب فيها رفع الحراسة بناء على أنه المالك للعين وأن إجراءات نزع الملكية لم تتخذ في مواجهته مع أنه أخبر طلاب الحراسة بأنه هو المالك للعين بموجب عقد مسجل فهو الحائز لها قانوناً، ومقتضى ذلك أن تكون إجراءات نزع الملكية وما ترتب عليها من إلحاق ثمرات العين بها باطلة ولا تسرى في حقه، فقضت محكمة المواد المستعجلة بعدم اختصاصها بالفصل في هذا الطلب بناء على أن طلاب الحراسة لم يسلموا بأن المدعى هو الحائز للعين وأنه لتبين صحة هذا الادعاء يكون من اللازم تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة مما يخرج عن اختصاص القضاء المستعجل، فالطعن في هذا الحكم من المدعى المذكور بأنه إذ قضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل في طلب رفع الحراسة قد أقر الحكم السابق مع أن أثره لا يصح أن يتعدى إليه لعدم اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهته لا يكون له وجه".

(طعن رقم 202 لسنة 20 ق جلسة 1952/1/10)

5- "يتحقق اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بالحكم فى المسائل التى يخشى عليها من فوات الوقت وفقاً للمادة 49 من قانون المرافعات، بتوافر شرطين (الأول) أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا فصلاً فى أصل الحق (والثانى) قيام حالة استعجال يخشى معها من طول الوقت الذى تستلزمه إجراءات التقاضى لدى محكمة الموضوع، فإذا أسفر الخلاف بين الخصوم عن قيام منازعة فى أصل الحق المقصود حمايته بالإجراء المطلوب كان للقاضى أن يتناول مؤقتاً وفى نطاق حاجة الدعوى المستعجلة تقدير مبلغ الجد فى المنازعة فإذا استبان له أن المنازعة

جديدة بحيث لم يعد أصل الحق واضحا وضوحا يستأهل حماية القضاء المستعجل حكم بعدم الاختصاص لتتولى محكمة الموضوع الفصل فيه".

(طعن رقم 372 لسنة 27 ق جلسة 1962/3/14)

6- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الأمور المستعجلة يتمتع عليه أن يمس أصل الحق فى الإجراء المؤقت الذى يأمر به، وإذ كان قضاء الحكم المطعون فيه بفرض الحراسة القضائية محمولا على قيام النزاع الجدى حول صحة وقيام عقدى القسمة فإن تكليفه الحارس بتوزيع صافى ريع الأموال محل الحراسة على الخصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية فى التركة ينطوى على إهدار لعقدى القسمة واعتبار أن الأموال محلها تركة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون".

(طعان رقما 1480 ، 1635 لسنة 54 ق جلسة 1985/2/28)

348- تحوير طلبات الخصم:

المقرر أن القضاء المستعجل لا يتقيد عند الحكم فى الدعوى بذات الطلبات التى تطرح أمامه بل له أن يعدل أو يغير فيها أو يقضى بخلافها طبقا لما يراه حافظا لحقوق الطرفين بشرط ألا يمس فى كل ذلك الموضوع أو يتجاوز فيه الحدود التى أرادها الخصوم.

ويسرى ما تقدم على دعاوى الحراسة، فإذا طلب من القاضى المستعجل الحكم بإجراء من الإجراءات المنطوية على مساس بأصل الحق فله ألا يتقيد بالطلبات وأن يستعمل سلطته فى تحوير طلبات الخصوم، فيقضى فى الدعوى بالإجراء الذى لا يعتبر ماسا بأصل الحق طارحا جانبا الطلبات المنطوية على مساس بالموضوع، فمثلا إذا طلب من القاضى المستعجل أن تكون مأمورية الحارس توزيع صافى ريع على الشركاء كل بقدر نصيبه على الرغم من وجود نزاع على

مقدار الحصص أو ملكيتها، فله أن يقضى بخلاف ذلك وأن يكلف الحارس بإيداع نصيب الشريك أو الشركاء المتنازع على حصصهم في خزانة المحكمة وتوزيع الباقي⁽¹⁾.

(1) راتب وآخرين ص 89 وما بعدها، ص 490 وما بعدها.

الاختصاص بنظر دعوى الحراسة القضائية

(أولا)

الاختصاص النوعى

النص القانونى :

تنص المادة 45 مرافعات على أن :

"يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت. أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية فىكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية.

على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية".

349- المحكمة المختصة نوعيا :

لما كانت الحراسة القضائية من المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت، فإنه طبقا لنص المادة 49 سالفه الذكر، يختص بنظر دعوى الحراسة القضائية إما :

(أ) قاضى الأمور المستعجلة.

(ب) محكمة الموضوع إذا رفعت لها بطريق التبعية.

ونعرض لهذا الاختصاص تفصيلا على النحو الآتى :

(أ) اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بدعوى الحراسة :

يختص نوعيا بنظر دعوى الحراسة قاضى الأمور المستعجلة.

فإذا كان النزاع المستعجل حول الحراسة داخلاً فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية أى فى عاصمة إحدى المحافظات كطنطا والمنصورة، كان الاختصاص للقاضى الذى تتدبه الجمعية العمومية فى مقر المحكمة الابتدائية لنظر المسائل المستعجلة.

وبالتالى لا يثبت الاختصاص لقاضى المحكمة الجزئية التى تكون دائرتها مقصورة على دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية، أو على جزء منها. فإذا كان النزاع فى دائرة بندر طنطا - قسم أول مثلاً. فلا يختص بنظره قاضى المحكمة الجزئية بدائرة بندر طنطا - قسم أول. وإنما يختص بنظره القاضى الذى تتدبه الجمعية العمومية فى مقر المحكمة الابتدائية لنظر المسائل المستعجلة.

والعبرة فى تحديد المقصود بالمدينة بأحكام قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 (المعدل) وقرار رئيس الجمهورية رقم 1755 لسنة 1960 المعمول به نفاذاً له والذى قسم الجمهورية إلى محافظات ومدن وقرى، فمحكمة الإسكندرية الابتدائية مثلاً تقع بمدينة الإسكندرية التى تشمل دائرتها عدة أقسام إدارية كقسم المنشية والقطارين وباب شرقى ومن ثم فإن اختصاص قاضى الأمور المستعجلة الذى يندب من بين قضاة محكمة الإسكندرية الابتدائية يشمل كافة الدعاوى المستعجلة التى تدخل فى دائرة مدينة الإسكندرية بكل أقسامها الإدارية بحيث تخرج هذه المنازعات من الاختصاص النوعى لمحاكم المنشية والقطارين وباب شرقى.

والقاضى الذى يندب من المحكمة الابتدائية هو قاضى جزئى وتستأنف أحكامه أمام المحاكم (بهيئة استئنافية).

ولا يوجد ما يحول دون ندب أكثر من قاضى للفصل فى المنازعات المستعجلة يشكل كل منهم دائرة لأن ذلك يعتبر من قبيل التنظيم الداخلى للعمل

مما تختص به الجمعية العمومية لكل محكمة ابتدائية.

وإذا كانت المحكمة الجزئية مقرها في دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية، ولكن اختصاصها يخرج عن دائرة المدينة كمحكمة مركز المنصورة مثلا، فقد ذهب رأى إلى أن مقر المحكمة وإن كانت بمدينة المنصورة مقر المحكمة الابتدائية إلا أن دائرة اختصاصها البلاد التابعة لمركز المنصورة، فيكون لها الصفتان صفة المحكمة المستعجلة بالنسبة للدعاوى المستعجلة التي تدخل في الاختصاص المحلى لمحكمة مركز المنصورة لأن العبرة في هذا المقام بدائرة اختصاص المحكمة بصرف النظر عن مقرها⁽¹⁾، وصفة محكمة الموضوع⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الاختصاص في هذه الحالة يكون للقاضي الذي يندب في مقر المحكمة الابتدائية لنظر المسائل المستعجلة، ذلك أنه لا اختصاص إلا للمحكمة الابتدائية داخل المدينة التي بها مقر المحكمة بصرف النظر عما إذا كان اختصاص إحدى المحاكم الجزئية الواقعة داخل مقر هذه الدائرة يشتمل اختصاصا خارجها فنص المشرع صريح في هذا لم يتضمن الإشارة إلى أن المقصود أن تكون دائرة اختصاص المحكمة الجزئية هي دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية.

فالمشرع يقصد بالفقرة الأولى من المادة 45 أن يجمع بين يدى القاضى المنتدب فى المحكمة الابتدائية اختصاص جميع المحاكم الجزئية الواقعة أى

(1) راتب وآخرين ص 21 هامش (1) - محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقهاء الجزء الأول الطبعة الثالثة 1995 ص 376.

(2) محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن الطبعة الأولى ج 1 ص 244 - أمينة النمر مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة 1967 ص 207- أحمد أبو الوفا التعليق على نصوص قانون المرافعات ص 238.

الموجودة بالفعل داخل دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية. وهو ما ينص عليه في المادة 45 بقوله: "أما خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية"، فيستفاد من هذا أن داخل دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية يكون الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة بهذه المنازعات.

ولا يشترط لاختصاص القاضي المستعجل أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام محكمة الموضوع، بل يجوز رفعها قبل دعوى الموضوع. ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة في هذه الحالة أن يحكم بالحراسة مع تعيين أجل لرفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع للفصل في النزاع وإنهاء الحراسة تبعاً لذلك وحتى بعد رفع الدعوى الموضوعية أمام محكمة الموضوع يجوز رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"العبرة في تحديد الاختصاص هي بوقت رفع الدعوى. وإذن فإقامة دعوى الموضوع، والدعوى المستعجلة في مرحلتها الاستئنافية، لا ينزع عن قضاء الأمور المستعجلة اختصاصه بالنظر في دعوى الطرد التي رفعت إليه في دائرة هذا الاختصاص. ولا تعارض بين قيام الاختصاصين، المستعجل والموضوعي، في وقت واحد، لأن لكل من القضاءين في نطاق اختصاصه وجهة هو مولاها، ولأن قرارات القضاء المستعجل فيما يعرض له من الموضوع لحاجة أداء وظيفته لا تقيد محكمة أصل الحق إذا ما عرض عليها للفصل فيها".

(طعن رقم 21 لسنة 17 ق جلسة 1948/2/26)

بل يظل اختصاص القاضي المستعجل في هذه الحالة هو الأصل كما يقضى صريح النص إذ تقول الفقرة الأخيرة من المادة 45 وهي تتكلم عن الأمور التي يختص

بها القضاء المستعجل: "على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بهذه المسائل إذا رفعت لها بطريق التبعية" فيكون الأصل إذن هو اختصاص القضاء المستعجل ويجوز أن يحل محله اختصاص محكمة الموضوع⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملغى عن المادة 49 أن "القانون الجديد قد حرص في هذا النص على أن اختصاص القضاء المستعجل بما عهد إليه لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا إذا هو رفع إليها بطريق التبعية أى أن رفع الدعوى بالموضوع إلى محكمة لا يمنع من اختصاص القضاء المستعجل بالمسائل المستعجلة المتعلقة بها، كما أن اختصاص القضاء المستعجل لا يسلب محكمة الموضوع اختصاصها بالفصل فى مسألة مستعجلة ترفع إليها بالتبع للطلب الأصلي" فلمدى الخيار فى رفع الدعوى بصفة أصلية أمام القضاء المستعجل أو بصفة تبعية أمام محكمة الموضوع، غير أنه إذا رفعها أمام إحدى المحكمتين فلا يجوز رفعها أمام الأخرى".

(ب) اختصاص محكمة الموضوع بدعوى الحراسة بطريق التبعية:

تختص أيضا محكمة الموضوع سواء كانت محكمة جزئية أو ابتدائية نوعيا بنظر دعوى الحراسة إذا رفعت إليها بطريق التبعية لدعوى الموضوع. وهذا يقتضى بطبيعة الحال قيام الرابطة بين الطلب الموضوعى وبين الطلب المستعجل تجيز رفع الطلب الثانى إلى محكمة الموضوع بطريق التبعية للطلب الأول⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لئن كان صحيحا أن دعوى الحراسة القضائية وهى إجراء مؤقت مستعجل لا يمس أصل الحق يختص قاضى الأمور المستعجلة بنظرها - طبقا لصدر المادة

(1) السنهورى ص 892 - حسن عكوش ص 12.

(2) راتب وآخرين ص 24.

45 من قانون المرافعات- إلا أنها إذا كانت مرفوعة بطريق التبع لدعوى الموضوع فإن محكمة الموضوع تختص بنظرها- عملاً بعجز المادة 45 المشار إليها سواء رفعت فى صحيفة واحدة مع دعوى الموضوع التى تعتبر بفرض الحراسة بصحيفة منفصلة أو بطريقة من الطرق البسيطة التى ترفع بها الطلبات العارضة من المدعى عليه أو من الغير بطريق التدخل مادام أن هناك رابطة بين الطلب الموضوعى والطلب المستعجل بفرض الحراسة تجيز رفع هذا الطلب الأخير إلى محكمة الموضوع بطريق التبعية للطلب الأول".

(طعن رقم 2862 لسنة 57 ق جلسة 1994/12/22)

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير قيام الرابطة بين الطلبين الموضوعى والمستعجل ولا معقب عليها من محكمة النقض متى بنى تقديرها على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1966/5/26 فى الطعن رقم 336

لسنة 32 ق بأن:

"تقدير محكمة الموضوع لقيام رابطة بين الطلب الموضوعى والطلب المستعجل تجيز رفع الطلب الثانى إلى محكمة الموضوع بطريق التبعية للطلب الأول هو تقدير موضوعى لا معقب عليه لمحكمة النقض متى بنى على أسباب سائغة".

فإذا رفعت دعوى الاستحقاق أو الحيازة أمام محكمة الموضوع، جاز رفع دعوى الحراسة على العين أمام نفس المحكمة تبعاً للدعوى الموضوعية، لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع.

وتتظر أمام محكمة الموضوع كدعوى مستعجلة بجميع الإجراءات التى تتطلبها الدعاوى المستعجلة ويصدر الحكم فيها فى مادة مستعجلة.

وسلطة فرض الحراسة الجائزة للمحكمة المنظور أمامها الدعوى هى سلطة استثنائية من القاعدة الأصلية التى تخول قاضى الأمور المستعجلة مثل هذه السلطة، ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضى بفرض الحراسة بعد الفصل

فيها في موضوع الدعوى، لأن سلطتها في فرض الحراسة لا تكون إلا في حالة تقديم طلب فرض الحراسة أثناء السير في الدعوى.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع، ولو كانت المحكمة تنتظر طلب تفسير الحكم أو تصحيح أخطائه المادية رفعه الخصم في صورة دعوى ووصفه بأنه دعوى موضوعية لأن دعوى الحراسة تكون مرفوعة استقلالا أمام محكمة الموضوع⁽¹⁾.

ولكن يلاحظ أن وقف السير في الدعوى، ليس معناه عدم وجود دعوى، بل معناه أنها معطلة ولكنها قائمة، وعلى ذلك فلو كانت الدعوى الموضوعية موقوفة أمام محكمة الموضوع، فهذا لا يمنع اختصاص هذه المحكمة بدعوى الحراسة، كذلك إذا وقفت القضية أمام محكمة الموضوع بسبب الطعن بالتزوير، فهذا لا يمنع المحكمة من أن تكون مختصة بنظر دعوى الحراسة⁽²⁾.

ويجوز رفع دعوى الحراسة بطريق التبعية أمام المحكمة الاستئنافية باعتبارها من الإجراءات التحفظية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى⁽³⁾.

وترتيباً على ذلك قضى بأنه إذا كان الثابت أنه في أثناء نظر دعوى الموضوع أمام محكمة ثانی درجة طلب المستأنف استبدال الحارس الذي عينته المحكمة الابتدائية، فاعتراض المستأنف ضده بأن هذا الطلب لا يقبل أمام محكمة ثانی درجة لأن قاضى التعيين هو قاضى العزل، فهذا الاعتراض في غير محله، لأن المحكمة التي تنتظر النزاع الموضوعى هي المختصة بنظر دعوى الحراسة على الأموال المتنازع عليها ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية،

(1) راتب وآخرين ص 24 - محمد كامل مرسى ص 651.

(2) عبد الحميد الشواربى ص 70.

(3) الدناصورى وعكاز ص 514 - صلاح الدين بيومى وإسكندر زغلول ص 344 هامش (1)

محمد كامل مرسى ص 652.

وذلك على اعتبار أن هذا من الإجراءات التحفظية الجائز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى. فمن حق المستأنف إذن أن يطلب استبدال الحارس كذلك أمام محكمة ثانية درجة لأول مرة، وحقه هذا لا يمنعه من طلب عزل الحارس أو استبداله أمام القاضي المستعجل إذا توافرت شروط اختصاصه.

(استئناف مصر 17 أبريل سنة 1951)

والمقرر أن قواعد الاختصاص النوعي مما يتعلق بالنظام العام، ويتعين على المحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها (م 109 مرافعات).

(ثانياً)

الاختصاص المحلى

نعرض هنا للاختصاص المحلى للمحاكم بنظر دعوى الحراسة. ويجب التفرقة في هذا الشأن بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل وبين رفعها إلى محكمة الموضوع بصفة تبعية، وذلك بالتفصيل التالى.

350- (أ) حالة رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل:

إذا رفعت دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل فإنه يحكم الاختصاص المحلى بنظرها المادة 1/59 مرافعات التى تجرى على: "فى الدعاوى المتضمنة طلب إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء فى دائرتها".

ويبين من هذا النص أن الاختصاص المحلى بنظر دعوى الحراسة يثبت

لمحكمتين هما:

1- المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه.

2- المحكمة المطلوب فرض الحراسة فى دائرتها.

ونعرض لاختصاص هاتين المحكمتين بالتفصيل على النحو الآتى:

(أ) - المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه :

تختص بنظر دعوى الحراسة المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه.

وإذا كان للمدعى عليه أكثر من موطن في وقت واحد، جاز رفع الدعوى أمام أى منها (م/2/40 مدني).

أما إذا لم يكن له ثمة موطن (م/2/40 مدني) رفعت الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامته (م/2/49 مرافعات).

وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم (م/3/49 مرافعات).

ويعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة أو الحرفة (م/41 مدني)، ومن ثم يجوز رفع دعوى الحراسة المتعلقة بالتجارة أو المهنة أو الحرفة إما إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة المدعى عليه أو التي يقع في دائرتها المكان الذي يباشر فيه تجارته أو مهنته أو حرفته.

وموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً (م/1/42 مدني).

ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها (م/2/42 مدني).

ووفقاً للمادة 1/43 مدني "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين"، "والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة

قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى" (م 3/42 مدني). فإذا اتفق الطرفان على موطن مختار فيجوز للمدعى رفع دعوى الحراسة القضائية أمام المحكمة الكائن في دائرتها الموطن المختار وذلك إذا تعلق الحراسة بالعمل الذي اختير هذا الموطن له، وكان الاختيار شاملاً لأمثال هذه المنازعات. أما إذا اشترط قصر هذا الموطن له، وكان الاختيار شاملاً لأمثال هذه المنازعات. أما إذا اشترط قصر هذا الموطن المختار على عمل دون آخر واتضح أنه لا يشمل دعاوى الحراسة، فلا يجوز رفعها أمام المحكمة الكائن في دائرتها هذا الموطن المختار⁽¹⁾. والاتفاق على موطن مختار لا يمنع من رفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه عملاً بالمادة 1/62 مرافعات التي تقضى بأن: "إذا اتفق على اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه".

وموطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، وإذا كانت الدعوى متعلقة بشركة أو جمعية أو مؤسسة خاصة، فيجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع (م 52 مرافعات).

والشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية (م 2/53 - د مدني).

(ب) - المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها :

يجوز رفع دعوى الحراسة أمام المحكمة الكائن بدائرتها المال المراد وضع الحراسة عليه أو المكان الذي يراد أن تجرى فيه أعمال الحفظ والصيانة أو الإدارة

(1) راتب وآخرين ص 498 هامش (1).

موضوع الحراسة⁽¹⁾.

وقد قضى بأنه إذا رفع وارث دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقارات الموروثة طالبا وضعها تحت الحراسة القضائية، فدفع الورثة المدعى عليهم بعدم الاختصاص المحلى استنادا إلى أن المحكمة المختصة هي تلك الواقع بدائرتها محل افتتاح التركة عملا بنص المادة 2/59 مرافعات، كان الدفع فى غير محله، لأن المادة الواجبة التطبيق فى هذا المقام هي المادة 1/66 مرافعات التى تنص على أنه فى الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتى يكون الاختصاص للمحكمة التى يتبعها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء فى دائرتها. وهذا النص يسرى على جميع الدعاوى المتعلقة بالإجراءات الوقتية دون باقى النصوص التى تنظم قواعد الاختصاص المحلى، وإذا تعارض معها فهو الواجب التطبيق دون سواه عملا بالقاعدة الأصولية التى تقضى بأنه إذا تعارض نص خاص ونص عام طبق الخاص دون العام.

(شبين الكوم الجزئية 5 مارس سنة 1951)

351- حالة رفع دعوى الحراسة بالتبعية أمام محكمة الموضوع:

تختص المحكمة التى تنتظر دعوى الموضوع بنظر طلب الحراسة الذى يبدى أمامها بالتبعية، ولو كانت هذه المحكمة غير مختصة محليا بنظرها فيما لو رفعت إليها مستقلة لأن دواعى الارتباط تعلق على قواعد الاختصاص المحلى. وينبنى على ذلك أن المحكمة الجزئية تختص بالدعوى المستعجلة التى ترتبط بدعوى الموضوع المنظورة أمامها حتى ولو كانت داخل دائرة المدينة التى يوجد بها مقر المحكمة الابتدائية. فاختصاص محكمة الأمور المستعجلة بنظر المسائل

(1) صلاح الدين بيومى واسكندر زغلول ص 344 وما بعدها - على عبد العال العيساوى

المستعجلة، لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضا بطلب الحراسة إذا رفع إليها بطريق التبعية (م3/45).

352- عدم تعلق الاختصاص المحلى بالنظام العام:

لا تتعلق قواعد الاختصاص المحلى بالنظام العام (م109 مرافعات) ومن ثم يجوز للطرفين أن يتفقا على مخالفتها، كما يجوز التنازل عن التمسك بها صراحة أو ضمنا، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها محليا بنظر الدعوى من تلقاء نفسها، بل يتعين أن يتمسك بذلك المدعى عليه فى الوقت المناسب طبقا للقانون.

(ثالثاً)

اختصاص القضاء الإدارى ولائياً بنظر بعض دعاوى الحراسة**353- مضمون هذا الاختصاص :**

تنص المادة 1/15 من القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 (المعدل) بشأن السلطة القضائية على أنه: "فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص".

وتنص المادة 17 منه على أنه: "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل فى:

1- المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك.

2- فى كل المسائل الأخرى التى يخولها القانون حق النظر فيها".

كما قضت المادة 174 من الدستور الصادر سنة 2012 (المعدل) على أن: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره من جهات القضاء بالفصل فى كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه. ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

ونصت المادة 10 من القرار بقانون رقم 46 لسنة 1972 على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها فى المسائل الواردة بها ومنها.

(خامساً) الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

(عاشراً) طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها فى البنود السابقة

سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

(حادى عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأى عقد إدارى آخر.

(رابع عشر) سائر المنازعات الإدارية.

ويستفاد مما تقدم أن جهة القضاء العادى (المحاكم) هى صاحبة الولاية الكاملة فى كافة المنازعات والجرائم عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة، وما يستثنى بنص خاص، كما يخرج عن اختصاص جهتى القضاء معا المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة.

والمقرر أنه حيث لا تكون لجهة القضاء العادى ولاية نظر الدعوى، سواء لدخولها فى ولاية جهة القضاء الإدارى أو لخروجها عن ولاية القضاء عموماً، فإن القضاء المستعجل باعتباره أحد تشكيلات جهة القضاء العادى لا تكون له هذه الولاية فى المسائل المستعجلة المتعلقة بها، رغم أنه لا يصدر إلا أحكاماً وقتية، فيخرج عن ولاية القضاء العادى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت إذا كانت المسألة الموضوعية المتعلقة بها تخرج عن اختصاص القضاء العادى، وتدخل هذه المسألة المستعجلة فى اختصاص القضاء الإدارى.

وعلى ذلك يمتنع على القضاء المستعجل الحكم بفرض الحراسة القضائية إذا كان من شأن هذا الحكم وقف تنفيذ القرار الإدارى لأنه بهذا القضاء يمس القرار الإدارى بطريقة مباشرة⁽¹⁾. وإنما يدخل فرض الحراسة فى اختصاص القضاء الإدارى. والقرار الإدارى هو ذلك القرار الذى تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة، بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز

(1) راجع مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فقا وقضاء 1996 ص 140 وما بعدها - عبد

الحكيم فراج ص 289 - الدكتور المستشار محمد كمال الدين منير قضاء الأمور الإدارية

المستعجلة 1990 ص 925 وما بعدها، 1051 وما بعدها.

قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا وكان الباعث عليه مصلحة عامة⁽¹⁾.

(1) الدكتور مجلد الحلو القضاء الإدارى 1985 ص 271 - الدكتور حسنى درويش نهاية القرار الإدارى عن غير طريق القضاء ص 30.

=

= وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

1- "إن القرار الإدارى هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانونى معين ابتغاء مصلحة عامة".

(طعن رقم 674 لسنة 12 ق جلسة 1967/9/2)

2- "إن القرار الإدارى تتوافر مقوماته وخصائصه إذا ما اتجهت الإدارة أثناء قيامها بوظائفها إلى الإفصاح عن إرادتها الذاتية الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح فى الشكل الذى يتطلبه القانون بقصد إحداث أثر قانونى معين متى كانت ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة. ويفترق القرار الإدارى بذلك عن العمل المادى الذى لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية وإن رتب القانون عليها آثارا معينة لأن مثل هذه الآثار تعتبر وليد الإرادة المباشرة للمشرع وليست وليدة إرادة الإدارة الذاتية".

(طعن رقم 930 لسنة 11 ق جلسة 1968/2/24)

3- "إن محل العمل المادى الذى لا يختص به القضاء الإدارى يكون دائما واقعة مادية أو إجراء مثبتا لها دون أن يقصد به تحقيق آثار قانونية معينة إلا ما كان منها وليد إرادة المشرع مباشرة لا إرادة جهة الإدارة. أما امتناع مأمورية الشهر العقارى على التأشير على محرر المدعية بقبوله للشهر قبل محرر المدعى عليه الثانى صاحب الأسبقية اللاحقة على أسبقية محرر المدعية فإنه يحدث أثرا قانونيا مخالفا لأحكام قانون الشهر العقارى بما تضار به المدعية إذ امتنع عليها شهر البيع وانتقال ملكية العقار المبيع إليها إلى آخر مما يترتب على هذا الامتناع من أضرار قد تلحق بها بسبب ذلك".

(طعن رقم 240 لسنة 13 ق جلسة 1969/1/11)

4- "ومن حيث إن قرار وزير الداخلية المطعون فيه الصادر فى 28 من مارس سنة 1965 باعتماد قرار لجنة العمدة والمشايخ بإعادة انتخاب عمدة القرية لما شاب إجراءاتها من مأخذ، يتمخض عن قرار بعدم تعيين المدعى فى وظيفة عمدة للقرية رغما عن فوزه فى الانتخابات، وهو بهذه المثابة قد توافرت له كل مقومات القرار الإدارى كتصرف إدارى

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض بتاريخ 1970/12/31 فى الطعن

رقم 319 لسنة 36 ق بأن:

"لما كان محل القرار الإدارى هو المركز القانونى الذى تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه وذلك بإنشاء حالة قانونية أو تعديلها أو إلغائها فإن قرار اللجنة العليا للتعليم الخاص - برفض تحديد الاستيلاء على إحدى المدارس وتسليمها للمالك الظاهر - لا يعتبر قراراً إدارياً إلا بالنسبة لعدم تجديد الاستيلاء أما أمره بتسليمها إلى المالك الظاهر فلا يعدو أن يكون عملاً مادياً قصدت به إلى مواجهة الحالة الناجمة عن رفع يد مديرية التعليم عن إدارة المدرسة، ومن ثم فإن تعيين حارس على المدرسة لا يمس القرار الإدارى المذكور وتختص به المحاكم العادية".

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعدم اختصاص المحاكم المختلطة بالنسبة إلى وظيفتها بتعيين حارس على مقبرة مكتشفة فى وادى الملوك وما بها من آثار، بناء على طلب من كان مرخصاً له فى الحفر، عند حصول نزاع بينه

أفصحت به الجهة الإدارية المختصة عن إرادتها الملزمة فى هذا الشأن بما لها من سلطة بمقتضى القانون رقم 59 لسنة 1964 سالف الذكر، متجهة إلى إحداث أثر قانونى هو عدم تعيين المدعى عمدة، ومن ثم تختص المحاكم الإدارية بالفصل فيه باعتباره من المنازعات المتعلقة بالتعيين وفقاً لحكم المادة 13 من القانون رقم 55 لسنة 1959 فى شأن مجلس الدولة والقوانين المعدلة له الذى صدر فى ظلّه الحكمان مثار الطعن المائل، ويكون طلب إلغائه جائزاً قانوناً".

(طعن رقم 383 لسنة 18 ق جلسة 1977/2/12).

كما عرفت محكمة النقض القرار الإدارى بأنه:

"هو ذلك القرار الذى تفصح به الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباحث عليه مصلحة عامة".

(طعن رقم 117 لسنة 36 ق جلسة 1970/6/16)

وبين وزارة الأشغال، ترتب عليه صدور قرار من وزير الأشغال بإلغاء الترخيص واستيلاء مصلحة الآثار على الحفائر لإتمام عملية الحفر بمعرفة مديرها وموظفيها، واستندت المحكمة فى ذلك إلى أن الإجراءات والأعمال التى اتخذتها وزارة الأشغال ومصلحة الآثار هى من الأعمال الإدارية بالمعنى المقصود من المادتين الحادية عشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة القديمة والمادة السابقة من القانون المدنى المختلط القديم التى لا تختص المحاكم المختلطة بوقف تنفيذها عن طريق تعيين حارس قضائى.

(2 إبريل سنة 1924).

كذلك يمتنع على القضاء المستعجل الحكم بفرض الحراسة القضائية فى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، لأن الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية يدخل فى ولاية القضاء الإدارى، وفى اختصاص محكمة القضاء الإدارية عملا بالفقرة حادى عشر من المادة العاشرة من القرار بقانون رقم 47 لسنة 1972 (المعدل)، ومن ثم فإن فرض الحراسة فى هذه الحالة يندرج فى اختصاص محكمة القضاء الإدارى تأسيسا على أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، طالما لم يسلبها المشرع ولاية الفصل فى هذه المسائل بنص خاص ويعهد بها إلى جهة أخرى⁽¹⁾.

(1) المستشار سمير صادق العقد الإدارى فى مبادئ الإدارة العليا ص50- الدكتور عبد المجيد فياض العقد الإدارى فى مجال التطبيق الطبعة الأولى ص110- ماجد الحلو ص258 وما بعدها- محمد كمال منير ص1051 وما بعدها.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص. ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية- الهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية- والمدعى عليه بقصد الاستفادة من

خدمة المرفق الاقتصادى الذى تديره الهيئة، دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره، فإنه يخضع للأصل المقرر فى شأن العقود التى تنظم العلاقة بين المرافق =
= الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتهاء مقومات العقود الإدارية فيها، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقدا مدنيا تختص جهة القضاء العادى بالفصل فيما يثار بشأنه من نزاع".

(القضية رقم 7 لسنة 1 قضائية "تنازع" جلسة 19 يناير سنة 1980)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

1- "إن العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص".

(طعن رقم 576 لسنة 11 ق جلسة 1967/12/30)

1- "إن العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها فى إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء فمنها ما يعد بطبيعته عقودا إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص، ومناطق العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بقية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح".

(طعن رقم 559 لسنة 11 ق جلسة 1968/3/24)

كما قضت محكمة النقض بأن:

"العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقودا إدارية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إلا إذا تعلق بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيته فى الأخذ فى شأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه بتضمين العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة تتأى بها عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة".

(طعن رقم 618 لسنة 43 ق جلسة 1977/4/19)

ويشترط لى يكون العقد إداريا أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتصل العقد بمرفق عام وأن ينطوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى مجال القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع جهة الإدارة الاشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام.

وعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هى عقود إدارية دائما وفقا لخصائصها الذاتية وصلتها الوثيقة بمبادئ القانون الإدارى، أما عقد التوريد فيكون إداريا أو غير إدارى⁽¹⁾.

ويشمل اختصاص محكمة القضاء الإدارى كافة المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية سواء كانت المنازعة الخاصة بالعقود الإدارية متعلقة بانعقاد العقد أم بصحته أم بانتظام تنفيذه أم بانقضائه أم بالتعويض عنه أم بتنفيذ بند من بنوده.

وقد قضى بأن:

1- "من حيث إنه ظاهر من الأوراق أن القرار مثار النزاع قد صدر من منطقة بورسعيد الطبية وأكدته وزارة الصحة استنادا إلى المادة 27 من الاشتراطات العامة الخاصة بالمناقصات والتوريدات الملحقة بالعقد المبرم بين المنطقة والمدعى، ومن ثم فإن المنازعة فى شأن هذا القرار تدخل فى منطقة العقد الإدارى، فهى منازعة حقوقية وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإدارى دون ولاية قضاء الإلغاء، فتفصل المحكمة فيما يطرح عليها من منازعات أصلية أو منازعات متفرعة عنها اعتبارا بأن محكمة القضاء الإدارى أصبحت بمقتضى المادة 10 من القانون رقم 55 لسنة 1959 هى

(راجع أيضا طعن رقم 42 لسنة 31 ق جلسة 1965/11/11)

(1) الدكتور عبد الحميد فياض ص 48 وما بعدها - نقض طعن رقم 277 لسنة 30 ق جلسة

1965/10/19.

وحدها دون غيرها المختصة بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى تختص بالفصل فى هذه المنازعات سواء كانت أصلية أو فرعية. واختصاص محكمة القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات المذكورة اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ويستوى فى ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إدارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فى المنازعة حقيقة التعاقد الإدارى- وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإدارى فى الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية المستندة إلى العقد الإدارى لا اعتبار أنه من طلبات وقت التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التى تعرض على قاضى العقد لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير وتدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها إلى أن يفصل فى موضوعه، ولا يهيم فى هذا الصدد أن يصف صاحب الشأن طلبه بأنه وقف التنفيذ، إذ العبرة فى وصف الطلب بحقيقته وجوهره وهدفه حسبما يظهر من أوراق الدعوى، وعلى حسب التصوير القانونى الصحيح المستفاد من وقائعها".

(المحكمة الإدارية العليا رقم 1109 لسنة 8 ق جلسة 1963/12/28 - ذات المبدأ الطعن رقم 605 لسنة 23 ق جلسة 1980/1/26)⁽¹⁾.

2- "مقتضى ما نصت عليه المادة العاشرة من القانون 165 لسنة 1955 بشأن تنظيم مجلس الدولة وما يقابلها من القانون رقم 55 لسنة 1955 خروج المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد آخر عن ولاية المحاكم وبالتالي خروج المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت ومنها دعوى إثبات الحالة الناشئة عن هذه العقود أو المتعلقة بها عن ولاية

(1) مشار إليهما فى مؤلف الدكتور فياض ص110 وما بعدها.

القضاء المستعجل".

(نقض طعن رقم 353 لسنة 30 ق جلسة 1965/3/31)

3- "لا تملك المحاكم العادية ومنها القضاء المستعجل وهو فرع منها بالفصل في طلب إلغاء الأمر الإداري أو وقف تنفيذه والاختصاص بذلك لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري... إلخ".

(نقض طعن رقم 239 لسنة 32 ق جلسة 1968/2/8)

ويفصل القضاء الإداري في طلب فرض الحراسة القضائية بالضوابط المقررة للفصل في الطلبات المستعجلة أمام القضاء الإداري.

354- هل يجوز رفع دعوى الحراسة استقلاً أمام القضاء الإداري؟

فرق القضاء الإداري في هذا الخصوص بين الطلبات المستعجلة (ويدخل فيها طلب فرض الحراسة القضائية) المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية أو منازعات القضاء الكامل بصفة عامة، وبين الطلبات المستعجلة المتعلقة بمنازعات قضاء الإلغاء. فأجاز رفع الطلبات الأولى سواء بطلب أصلي مستقل قبل إقامة الدعوى الأصلية، أو على سبيل التبع للدعوى الأصلية المعروضة على المحكمة. أما بالنسبة للطلبات الثانية فقد اشترط لقبولها ورودها في ذات صحيفة دعوى الإلغاء شأنها في ذلك شأن طلبات وقف التنفيذ.

فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأنه :

1- (أ) "ولئن كانت المادة 21 من القانون رقم 55 لسنة 1959 قد اشترطت أن يكون وقف التنفيذ قد طلب في صحيفة الدعوى، فإن هذا الشرط لا يكون إلا حيث تكون الدعوى تستهدف إلغاء قرار من القرارات المعينة في المادتين 8 ، 11 من هذا القانون، أي في نطاق القضاء الناقص لمجلس الدولة. أما حين يباشر المجلس ولاية القضاء كاملة فلا يلتزم الحكم الوارد في المادة 21، ذلك لأن الآثار المترتبة على القرار الإداري تتشكل بمجرد صدوره بينما الآثار المترتبة على الإخلال بالالتزامات العقدية قد تجمد بعد رفع الدعوى الأصلية، فيكون للمضروب

فى أى وقت أن يتقدم إلى القضاء ويطلب الحكم بوقف الإجراء إذا ما توافرت فى الطلب صفة الاستعجال وكافة الضرر الناشئ عنه مما لا يمكن تداركه أى مما يخشى عليه من فوات الوقت".

2- (ب) "وبالتفريع على ما تقدم يجب التفرقة بين طلب وقف التنفيذ الموجه لقرار إدارى وبين الطلب المستعجل فى مجال القضاء الكامل لمجلس الدولة، فى الحالة الأولى يتعين أن تتضمن صحيفة الدعوى طلب وقف تنفيذ القرار، فإذا قدم الطلب على استقلال أو قدم لاحقا للدعوى الأصلية وجب القضاء بعدم قبوله إنفاذا للحكم الوارد فى المادة 21 سالفه الذكر، أما الطلب المستعجل فى نطاق القضاء الكامل فإنه يتحرر من هذا القيد ويستقل بجانبه الزمنى طالما تكاملت أسبابه".

(الدعوى رقم 166 لسنة 2 ق جلسة 1959/11/19)

(ذات المبدأ: 1956/11/18 ، 1957/3/8 ، 1957/3/24 ، 1963/5/12)(1).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"لما كانت الحراسة القضائية وهى نيابة قانونية وقضائية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها والقضاء هو الذى يسبغ على الحارس صفته تاركا تحديد نطاق مهمته للقانون، ولما كانت الحراسة القضائية من الإجراءات الوقتية التى تقتضيها ضرورة المحافظة على حقوق أصحاب الشأن ومصالحهم ودفع الخطر عنها شأنها فى ذلك شأن الطلب الوقتى بوقف تنفيذ القرار الإدارى.

ومن حيث إن المادة 49 من القانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة تقضى.... وقد جرى أحكام القضاء الإدارى على أن مفاد هذا النص أن المشرع قصد كشرط جوهرى لقبول طلب وقف التنفيذ أن يكون واردا فى صحيفة دعوى

(1) مشار إلى هذه الأحكام بمؤلف الدكتور المستشار محمد كمال الدين منير ص 1084 وما بعدها.

الإلغاء ذاتها، وهذا الشرط يستوى في المرتبة مع الشرط الموضوعى وهو أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج قد يتعذر تداركها.

ومن حيث إن الشركة الطاعنة أقامت دعواها مقتصرة إياها على طلب وقتى حاصله على تعيين رئيس مجلس إدارتها حارسا قضائيا على أرض النزاع دون أن يقتزن هذا الطلب بطلب موضوعى يتناول إلغاء القرار الإدارى بالامتناع فى إرساء الممارسة عليها فإن الدعوى تغدو - والحالة تلك - غير مقبولة عملا بحكم المادة 1/49 من القانون رقم 49 لسنة 1972 السالف ذكره.....".

(طعن رقم 666 لسنة 24 ق جلسة 14/4/1979)⁽¹⁾

(1) منشور بمؤلف الدكتور المستشار محمد كمال الدين ص 1087 وما بعدها.
العقود الإدارية للدولة أو منازعة منطوية على طلب إلغاء قرار إدارى (طعن رقم 889 لسنة 26 ق جلسة 20/3/1982 منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة السنة 27.
وبالنسبة لدعوى إثبات الحالة المتصلة بدعوى الإلغاء، اشترطت المحكمة الإدارية العليا تقديمها مع طلب الإلغاء لا استقلالا (1959/6/27 مشار إليه بالمرجع السابق ص 1071)
ثم اضطرر قضاؤها بعد ذلك على عدم قبول دعوى تهينة الدليل التى ترفع استقلالا عن المنازعة الموضوعية سواء كانت منازعة من المنازعات التى تنظرها المحكمة بولاية القضاء الكامل كمنازعات العقود الإدارية أو منازعة منطوية على طلب إلغاء قرار إدارى (طعن رقم 889 لسنة 26 ق جلسة 20/3/1982 منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة السنة 27 العدد الأول ص 208- طعن رقم 851 لسنة 26 ق ذات الجلسة مشار إليه بذات العدد 210- طعن رقم 956 لسنة 27 ق جلسة 15/1/1983- طعن رقم 138، 179 لسنة 38 ق جلسة 14/4/1984 مشار إليهما فى مؤلف المستشار الدكتور محمد كمال منير ص 1075.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا عدلت عن ذلك فى حكم منشور لها صادر بتاريخ 28/2/1981 فى الطعن رقم 527 لسنة 25 ق ذهبت فيه إلى أن:

"ومن حيث إن دعوى إثبات الحالة دعوى مستقلة قائمة بذاتها لا غنى عن وجوب تحضيرها وتقديم تقرير فيها من قبل هيئة مفوضى الدولة، ولا سبيل إلى الخلط بينهما وبين

إجراءات دعوى الحراسة

كيفية رفع الدعوى:

355- (أ) - فى حالة رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل:

إذا رفعت دعوى الحراسة أمام القاضى المستعجل فإنها ترفع - كسائر الدعاوى المستعجلة - بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م 1/63 مرافعات). ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات المنصوص عليها فى المادة 2/63 مرافعات.

وذهبت بعض الأحكام إلى وجوب تعيين الأموال المطلوب وضعها تحت الحراسة فى صحيفة الدعوى وإلا كانت الصحيفة باطلة⁽¹⁾. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن صحيفة الدعوى لا تبطل لعدم بيان الأموال بها بوضوح إذا كانت تلك الأعيان معروفة للطرفين المتنازعين، خصوصا إذا

طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى، ذلك أنه لئن جمعت بينهما ظروف الاستعجال التى لا محيص عن وجوب توافرها فى كليهما، إلا أن طلب وقف التنفيذ لا يتمخض أبدا دعوى مستقلة قائمة بذاتها ولا يقبل الادعاء به بصريح نص المادة 49 من قانون مجلس الدولة المشار إليه ما لم يرتبط بدعوى موضوعية يطلب فى صحيفتها وقف التنفيذ وهذه الدعوى الأصلية دون طلب وقف التنفيذ المقترن بها هى التى تستلزم لها إجراءات تحضير الدعوى من قبل هيئة المفوضين أما دعوى إثبات الحالة كدعوى مستقلة لم يرد فى شأنها مثل القيد المنصوص عليه فى المادة 49 المشار إليها فلا معدى عن وجوب تحضيرها - شأن سائر الدعاوى - من قبل هيئة مفوضى الدولة تحضيراً يوائم طبيعتها ولا يخل بطابع الاستعجال الذى لا ينفك عنها".

(مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة 26

العدد الأول ص 681).

(1) استئناف مختلط 1930/6/15.

كانت بعض المستندات المودعة بملف الدعوى تشير إليها فى جلاء⁽¹⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأخير.

ولا تعتبر الخصومة منعقدة فى الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى

عليه، ما لم يحضر بالجلسة (م3/68 مرافعات).

356- (ب) - فى حالة رفع الدعوى بطريقة التبعية إلى محكمة الموضوع:

إذا رفعت دعوى الحراسة تبعا لدعوى الموضوع، فإن طلب الحراسة إما أن

يبدى بصحيفة الدعوى، أو بإحدى الطرق التى ترفع بها الطلبات العارضة

المنصوص عليها فى المادة 123 مرافعات وهى صحيفة لاحقة لصحيفة الدعوى

قبل يوم الجلسة أو طلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى

محضرها، بشرط أن يبدى الطلب العارض قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى.

357- هل يجوز طلب فرض الحراسة القضائية بأمر على عريضة؟

تنص المادة 194 مرافعات (مستبدلة بالقانون رقم 23 لسنة 1992) على أنه:

"فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون فيها للخصم وجه فى استصدار

أمر، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتية... إلخ". وواضح من النص أن

المشرع قيد سلطة القاضى فى إصدار الأمر على عريضة فأصبح لا يجوز

للقاضى إصدار أمر على عريضة فى غير الحالات التى يرد فيها نص خاص

يجيز له إصدار هذا الأمر⁽²⁾. وقد خلا القانون من نص يجيز فرض الحراسة

القضائية بطلب على عريضة⁽³⁾. ومن ثم لا يجوز فرض الحراسة القضائية بأمر

على عريضة.

(1) استئناف مختلط 19/4/1933.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 23 لسنة 1992.

(3) وكان النص قبل تعديله بالقانون رقم 23 لسنة 1992 يجرى على أن: "فى الأحوال التى

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1996/10/5 فى القضية رقم

26 لسنة 12 قضائية "دستورية" بأن:

"وحيث إن الحراسة- على ضوء مقاصد الدستور وبمراعاة ما تقدم- تعتبر تسلطا على الأموال المشمولة بها فى مجال صونها وإدارتها فلا يكفى لرفضها مجرد أمر على عريضة يصدر فى غيبة الخصوم، بل يكون توقيعها فصلا فى خصومة قضائية تقام وفقا لإجراءاتها المعتادة، وتباشر علانية فى مواجهة الخصوم جمعيتهم، وعلى ضوء ضماناتها القانونية التى تتكافأ معها مراكزهم وأسلحتهم، لتكون خاتمة- إذا توافر الدليل على قيام الخطر العاجل فى شأن أموال بذاتها تعيين حارس قضائى عليها، يكون نائبا عن أصحابها، يباشر سلطة عليها

يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر يقدم على عريضة إلى قاضى الأمور الوقتية =
= بالمحكمة المختصة أو إلى رئيس الهيئة التى تنتظر الدعوى...." وقد ذهب رأى فى ظل هذا النص إلى أن الحالات التى يجوز فيها إصدار أوامر على عرائض وردت فى التشريع على سبيل الحصر فى حين ذهب رأى السائد قضاء وفقها إلى أن تلك الحالات لم ترد على سبيل الحصر بينما يتيح إصدار قضاء وفقها إلى أن تلك الحالات لم ترد على سبيل الحصر بما يتيح إصدار الأمر فى كل حالة يرى القاضى أنها تحتاج إلى الحماية الوقتية بالإجراء الذى يراه مناسباً لهذه الحماية، غير أن رأى قد استقر على أن الحراسة القضائية تفرض بناء على دعوى قضائية، ولا يجوز فرضها بناء على أمر على عريضة، وقد استند البعض فى تأييد هذا رأى إلى ما جاء بالمادة 730 من أن: "يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة. 1-....."، وأن المقصود بالقضاء هنا "المحكمة"، وما جاء بالمادة 733 مدنى من أن: "يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وماله من حقوق وسلطة... إلخ".

وما جاء بالمادة 1/738 مدنى من أن: "تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء".

(راتب وآخرين ص500 وما بعدها - الشواربى ص69 - على عبد العال العيساوى ص100).

فى الحدود التى يبينها الحكم الصادر بفرضها إلخ".

358- الأشخاص الواجب اختصاصهم فى دعوى الحراسة:

يجب على طالب الحراسة اختصاص جميع ملاك المال المراد وضعه تحت الحراسة فى حالة تعددهم أو أصحاب الحق العينى على المال، إذ كان من شأن الحراسة المساس بحقوقهم.

ولا يترتب على عدم اختصاص أى من هؤلاء عدم قبول دعوى الحراسة. وإنما يترتب على ذلك أن يصبح أى من هؤلاء من الغير، ويحق له الاستشكال فى تنفيذ حكم الحراسة، يحق له رفع دعوى الحراسة، وعلى المحكمة إجابته إلى طلبه إذا استبان لها صحة دفاعه.

أما أصحاب الحقوق الشخصية فالأصل أن رافع الدعوى لا يلزم باختصاصهم طالما أن فرض الحراسة لا يمس حقوقهم.

وعلى ذلك لا يجوز لمن قام بإصلاح ماكينة أن يستشكل فى تنفيذ الحكم الصادر بوضعها تحت الحراسة لأنه صاحب حق شخصى.

359- وجوب توافر المصلحة والصفة فى دعوى الحراسة:

يجب أن يتوافر فى رافع دعوى الحراسة المصلحة والصفة بالقدر اللازم لطبيعة الدعوى المستعجلة.

أما الأهلية فلا تتطلب فى الدعاوى المستعجلة عموماً، ومنها دعوى الحراسة⁽¹⁾. فيجوز لناقص الأهلية الذى بلغ الثمانى عشرة سنة أو حتى قبل ذلك

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضى لأن الحكم المطلوب يكون حكماً وقتياً لا يمس الموضوع، ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانونى من وقت".

فى حالة الضرورة القصوى وكذلك للسفيه رفع دعوى الحراسة، ومن ثم يجوز لناقص الأهلية أن يرفع دعوى الحراسة إذا تعارضت حقوقه مع مصلحة الوصى أو القيم أو الولى مهما كان الباعث على ذلك.

إلا أن ذلك غير جائز بالنسبة لعديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، لأنه لا يدرى ما يقول أو يفعل ولا يسأل عن أعماله⁽¹⁾.

360- لا محل للتصدى لطلب فرض الحراسة الذى يرفع تبعا لدعوى الموضوع إذا قضت المحكمة برفضها :

إذا رفع طلب فرض الحراسة تبعا لدعوى الموضوع، وانتهت المحكمة إلى رفض الطلبات الموضوعية، فإنه لا يعدو هناك ثمة محل للتصدى للطلب المستعجل بفرض الحراسة القضائية.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت محكمة الموضوع قد انتهت بحق إلى رفض طلبات الطاعن الموضوعية، فإن بحث طلبه المستعجل الخاص بفرض الحراسة القضائية على السينما لا يكون له محل".

(ظعن رقم 569 لسنة 34 ق جلسة 1969/6/12)

361- دعوى الحراسة لا تقطع التقادم :

دعوى الحراسة القضائية إجراء تحفظى لا يمس موضوع الحق، فهى لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم المكسب للملكية.

(ظعن رقم 96 لسنة 48 ق جلسة 1981/3/26)

(1) راجع فى التفصيل مؤلفنا الدفوع فى قانون المرافعات فقا وقضاء ص 407 وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"دعوى الحراسة القضائية هى إجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق فهى بذلك لا تعد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم - المكسب للملكية - والقضاء برفض الدعوى يؤدى إلى إلغاء صحتها وما يكون قد ترتب عليها من آثار".

(طعن رقم 825 لسنة 44 ق جلسة 1979/6/4)



مادة (732)

يكون تعيين الحارس سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم كانت قضائية باتفاق ذوى الشأن جميعا، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه.

الشرح

**362- التمييز بين وضع المال تحت الحراسة وتعيين الحارس
القضائى :**

تنص المادة 732 مدنى على أن: "يكون تعيين الحارس سواء أكانت الحراسة اتفاقية أو كانت قضائية باتفاق ذوى الشأن جميعا، فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه".

فهناك مسألتان منفصلتان: الأولى وضع المال تحت الحراسة والثانية تعيين شخص الحارس.

والمسألة الأولى هى التى تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية فإذا اتفق الطرفان على وضع المال تحت الحراسة كانت الحراسة اتفاقية أما إذا لم يتفقا وفرضها القضاء كانت الحراسة قضائية، أما تعيين الحارس فيترك فى كلا الحالين إلى الطرفين، فقد يتفقان فى الحراسة الاتفاقية على وضع المال تحت الحراسة ويختاران الحارس، وقد يتفقان على الحراسة ولا يتفقان على الحارس فى هذه الحالة يجوز اللجوء إلى المحكمة لتعيين حارس. وفى الحراسة القضائية قد يتفقان على اختيار الحارس وعندئذ تلتزم المحكمة بتعيين الحارس المختار، وقد لا يتفقان عليه فتتولى المحكمة تعيينه.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"سواء أكانت الحراسة اتفاقية أم قضائية فهناك مسألتان منفصلتان: أولاهما

وضع المال تحت الحراسة، والثانية تعيين شخص الحارس. والمسألة الأولى هي التي تسبغ على الحراسة صفتها الاتفاقية أو القضائية، فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلا الحالين إلى المتنازعين إن أمكنهما أن يتفقا عليه، وإلا فنقوم به المحكمة المختصة⁽¹⁾.

غير أنه يلاحظ أن اتفاق الطرفين على وضع المال تحت الحراسة لا يلزم القضاء المستعجل إذا لم يتوافر شرطا اختصاصه، بمعنى أن الاتفاق وحده لا يكفي لإسباغ الاختصاص عليه بالحكم بالحراسة. أما اتفاق الطرفين في شأن تعيين الحارس فإنه يلزم القاضى المستعجل بتعيين الحارس المتفق عليه إذا ما حكم بفرض الحراسة القضائية على المال عند توافر أركانها⁽²⁾.

363- هل يلزم القاضى بتعيين الحارس الذى يختاره أصحاب

الأغلبية فى المال الشائع؟

يثير هذا التساؤل ما تنص عليه المادة 828 مدنى من أن:

"1- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

2- وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا".

3- -" فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن هذا النص يؤدي إل أنه إذا

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص287.

(2) راتب وآخرين ص504 هامش (1).

فرضت الحراسة على المال المشترك وانفقت أغلبية الشركاء (بحسب قيمة أنصبتهم)، على اختيار مدير لهذا المال، ولم يوجه أحد من أصحاب الأقلية أى مطعن ضده يضعف الثقة به، تعين على القاضى المستعجل أن يعهد إلى مرشح الأغلبية بإدارة المال على الوجه الذى اتفقت عليه الأغلبية أى بتعيينه حارسا، وذلك تمثيا مع اتجاه الشارع فى احترام رأى الأغلبية عند اختيار مدير لإدارة المال الشائع، بل إن الشارع أوجب إعمال رأى الأغلبية إلى حد النص على أن يكون لها الحق لا فى تعديل الغرض الذى أعد له المال الشائع وإحداث تغييرات أساسية فيه (م 829 مدني) بل وفى التصرف فى هذا المال (م 832 مدني)⁽¹⁾.

إلا أن الرأى الغالب ذهب إلى أن اتفاق الأغلبية على اختيار الحارس لا يلزم المحكمة إذا اعترض عليه صاحب النصيب الأقل، فللقاضى أن يعين حارسا آخر إذا استبان جدية الطاعن الموجهة إلى الحارس الذى وقع عليه اختيار الأغلبية. لأن مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الواردة بالمادة 828 وما بعدها من القانون المدنى يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة⁽²⁾.

وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض إذ ذهبت إلى أن:

"مجال تطبيق أحكام إدارة المال الشائع الوارد بالمادة 828 وما بعدها من القانون المدنى يختلف عن مجال تطبيق أحكام الحراسة على منقول أو عقار قام فى شأنه نزاع وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطر عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه- فإن الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد 729 وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة ويكون تعيين الحارس سواء كانت الحراسة اتفاقية أو قضائية باتفاق ذوى

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 321.

(2) السنهورى ص 907 - راتب وآخرين ص 504 - الدناصورى وعكاز ص 531.

الشأن جميعا فإذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه وذلك وفقا للمادة 732 من ذلك القانون، وإذن فمتى كانت واقعة الدعوى هى قيام نزاع بين ورثة بائع وورثة مشتري على إدارة أعيان أطيان التركة التى وقع البيع على جزء شائع فيها وذلك بسبب منازعة البائع فى صحة هذا البيع ومنازعة المشتري فى قسمة هذه الأطيان مما اقتضى تعيين البائع حارسا قضائيا على كافة عقارات التركة ثم ضم حارس فى الحراسة إليه، وكانت المحكمة الاستئنافية قد طبقت أحكام الحراسة فى شأن هذا النزاع- فإن النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة 828 من القانون المدنى يكون فى غير محله".

(طعن رقم 165 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/29)

364- تعيين أحد الطرفين حارسا :

كانت المادة 600/491 مدنى قديم تنص صراحة على جواز تعيين أحد الطرفين المترافعين فى الحراسة حارسا قضائيا، ولم يرد بالتقنين المدنى الجديد نص صريح يجيز ذلك، إلا أنه يبين من إطلاق نص المادة 732 مدنى جواز ذلك، فيجوز إذن تعيين أحد الطرفين حارسا إذا اتفق مع الطرف الآخر على ذلك، كما يجوز للقاضى تعيينه دون اتفاق، حتى لو اعترض الطرف الآخر عليه، إذا اطمأن إلى أمانته وكفايته فى الإدارة والاستقلال فى العمل وعدم جدية الطعون الموجهة إليه، ورأى فى تعيينه مصلحة محققة للطرفين، لاسيما إذا قبل الحراسة بدون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لا تتحمل عبء أجر الحارس، ويترتب على تعيين أجنبى إرهابا للخصوم، أو كان أكثر يسارا من الخصم الآخر⁽¹⁾.

وليس ثمة تناقض فى أن تعين المحكمة المدعى عليه نفسه حارسا قضائيا،

(1) راتب وآخرين ص 505 - السنهورى ص 908 - عبد اللطيف الشواربى ص 152.

فى الوقت الذى تقضى فيه بفرض الحراسة على المال لقيام الخطر الموجب
للحراسة.

وفى هذا قضت محكمة النقص بأن :

"اختيار المدعى عليه (الطاعن الأول) حارسا لملاءته وللاعتبارات الأخرى التى أوردها الحكم فى صدد تبرير اختياره لا يتعارض بحال مع تقرير الحكم قيام الخطر الموجب للحراسة متى كان الحكم مع اختياره هذا الخصم قد حدد مأموريته وجعله مسئولاً عن إدارته أمام الهيئة التى أقامته بما يكفل حقوق جميع الخصوم فى الدعوى حتى تنتضى الحراسة بزوال سببها ومن ثم فإن النص على الحكم الناقص فى هذا الخصوص يكون على غير أساس".

(طعن رقم 43 لسنة 20 ق جلسة 1951/6/7)

ويرى البعض إمكان تعيين ملاك الأعيان حارسا كل بقدر ما يوازى نصيبه، وأن ذلك يحقق عدة مزايا منها تمكين طالب الحراسة المحق فى دعواه من تسلم ما يوازى نصيبه فى المال والانتفاع به والشعور بالعدالة السريعة، وعدم انتزاع ما يخص المدعى عليه من الأعيان من يده وتركه عاطلا بلا عمل، ومنع تدخل أجنبى قد يغتال شيئاً من غلة الأعيان، والاقتصاد فى نفقات الحراسة وهى كثيرة⁽¹⁾.

أما إذا رأى القاضى أن مصالح الطرفين متعارضة أو أن الثقة منعدمة بينهما، أو أن الخلاف بينهما بلغ حدا لا يرجى معه أى توفيق وجب عليه أن يعهد بالحراسة إلى أجنبى حتى يتمكن من إدارة المال المتنازع عليه فى حيدة تامة وعزلة عن موطن الخلاف القائم بين الطرفين⁽²⁾.

وقد قضى بأنه لا يجوز أن يعين حارسا الوارث الذى كانت حيازته للتركة

(1) محمد كامل مرسى ص 663 وما بعدها - مستعجل الإسكندرية 25 فبراير سنة 1932.

(2) الدكتور عبد الحميد الشواربى ص 152.

موضوع الشكوى سببا للحراسة⁽¹⁾.

إلا أننا نرى ترك تقدير ذلك للمحكمة التي تقضى بتعيين الحارس. ويجب على القاضى أن يحدد لكل منهم مهمته على وجه التحديد فى الحكم، سواء مجتمعين أم منفردين، ذلك أنه لا يشترط فى كل عمل من أعمال الإدارة أن يصدر منهم جميعا.

وإذا حدد القاضى مهمتهم مجتمعين وبأشهر المهمة أحدهم، اعتبر العمل الصادر من أحدهم كأنه صادر من الجميع إذا أجازوه ولو ضمنا، فلا يشترط أن يوقعوا على العقود التي تقتضيها الإدارة⁽²⁾.

وإذا أوجب الحكم على الحراس مباشرة أعمال الإدارة مجتمعين، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه، إذ فى هذه الصورة تنتفى علة وجوب اجتماع رأى الحراس إذ لا خطر من الانفراد على مصلحة ذوى الشأن ويستند ذلك إلى المادة 733 مدنى التي تقضى بأن: "يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية" والفقرة الثانية من المادة 707 مدنى التي تقضى بأن: "وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين ووفائه".

وإذا توفى أحد الحراس المتعددين الغير مأذون لهم بالانفراد فإن وفاته وإن لم يترتب عليها سقوط حراسة الباقيين إلا أنها توقف صلاحيتهم وسلطتهم فى القيام

(1) استئناف مختلط 1923/3/14.

(2) محمد على رشدى ص 368.

بأعمال الإدارة حتى يقرر القاضى ما يراه فى شأنهم وهذا ما أخذت به محكمة النقض.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

1- "تنص المادة 733 من القانون المدنى على أنه: "يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة كما أن مؤدى نص المادة 2/707 من ذات القانون أن الحراس إذا كانوا متعددين ولم يرخص فى انفرادهم بالعمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل رأي- فإذا كانت الخصومة قد انعقدت بين الطاعنين والمطعون عليهما فى النزاع المائل بوصف هذين الأخيرين حارسين على محلج، وكانت المحكمة قد كلفتهما بتقديم صورة من سند الحراسة للوقوف على مدى سلطة كل منهما ولكنهما لم يقدم ما يدل على جواز انفراد أى منهما بالعمل، وكان اختصام أحد الحارسين دون الآخر لا يعتبر صحيحا للمحكوم له، فإن إعلان المطعون عليه الأول فى الطعن بصفته حارسا على المحلج يكون لازما لقبول الطعن- وإذ كان إعلانه بتقرير الطعن قد وقع باطلا- فإن ذلك يستتبع بطلان تقرير الطعن بالنسبة للمطعون عليه الثانى ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن فى محله".

(طعن رقم 228 لسنة 24 ق جلسة 1959/6/25)

2- "النص فى المادة 733 من القانون المدنى على أن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يحدد ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة وإلا تطبق أحكام الوديعة أو الوكالة، وكانت المادة 701 قد نصت على أن "الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة.... لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات. كما نصت

المادة 559 على أنه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة.. ونصت المادة 745 على أنه لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء، وكان النص فى المادة 707 ف2 على أنه.. إذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخّص فى انفرادهم فى العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه يدل على أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من أحكام فى هذا الصدد وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدده الحكم القاضى بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد فى الحكم أو فى القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته، وكان من المقر فى قضاء النقض أنه إذا عين الحكم أكثر من حارس على الأعيان المشمولة بالحراسة وحظر عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل ثم أجر أحدهم هذه الأعيان فإن جهة الحراسة لا تتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية، وأنه إذا توفى أحد الحراس المتعددين الغير مأذون لهم بالإنفراد فإن وفاته وإن لم يترتب عليها سقوط حراسة الباقيين إلا أنها توقف صلاحيتهم وسلطتهم فى القيام بأعمال الإدارة حتى يقرر القاضى ما يراه فى شأنهم. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الحكم القاضى يفرض الحراسة على أعيان التركة والشركة موضوع التداعى ويتعيين المطعون عليه الثانى وآخر حارسين منضمين قد أناط بهما أن يقوموا مجتمعين وغير منفردين بإدارة الأعيان واستغلالها فيما أعدت له وأنه بعد وفاة الحارس الآخر انفرد المطعون عليه الثانى بتأجير محل النزاع فى 1/5/1970 إلى زوجته المطعون عليها الأولى لمدة خمس سنوات تجدد برغبة المستأجر لخمس سنوات أخرى، ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنين ببطلان عقد الإيجار المذكور على سند من القول بأنه صدر من

المطعون عليه الثاني في حدود نيابته باعتباره حارسا يجوز له قانونا الانفراد بالعمل بعد وفاة الحارس المنضم وذلك حتى لا تتعطل أعمال الحراسة، فضلا عن أنه تصرف لا يحتاج إلى تبادل رأى لما فيه من نفع للشركة، وأنه لا يقدر في ذلك مخالفته للقاعدة المقررة من عدم جواز التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات فالجزاء على ذلك هو إنقاص المدة إلى ثلاث سنوات وهو ما تم تداركه في العقد التالي المبرم بين المطعون عليهما الأولى والثالث، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه لانفراد الحارس.. المطعون عليه الثاني.. في هذه الحالة بالتأجير وهو عمل من أعمال الإدارة التي أوجب حكم الحراسة إجرائها بمعرفة الحارسين المنضمين مجتمعين دون انفراد- ولا ينال من ذلك ما ذهب إليه الحكم الابتدائي- المؤيد بالحكم المطعون فيه- من موافقة ذوى الشأن والحراس على هذا التأجير وعلى انفراد المطعون عليه الثاني بإيرامه وهو ما دلت عليه بالاتفاق المؤرخ 1970/11/28 وبايصالين للأجرة، ذلك بأن هذه الأوراق لا تحمل توقيعاً من ذوى الشأن اللهم إلا لاثنتين من الورثة- المطعون عليهما الثالث والرابع- لم يكونا في تاريخه حراسا فضلا عن انتفاء علمهما في حينه بواقعة التأجير حتى إذا ما علما به بادر أحدهما إلى رفع الدعوى الماثلة بطلب بطلانه إلخ".

(طعن رقم 950 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/9)⁽¹⁾

(1) كما قضت بأن:

"إذا أوقفت محكمة الاستئناف دعوى الحراسة المتقدمة الذكر لوفاة أحد الخصوم، ثم قضى ببطلان المرافعة فيها في مواجهة النظار الذين حلوا محل الناظر المعين حارسا، فإن حكم الحراسة المستأنف إذا كان قد أصبح نهائيا فما هذا إلا بالنسبة لمبدأ الحراسة القضائية فقط، ولكنه غير ملزم من جهة الشخص المعين حارسا وعدم إلزامه لا يمكن القول معه بنهائيته بالنسبة لهذا التعيين، ولا بأن وضع يد الناظر على الأطيان المتنازع عليها قد تغير من كونه النظر على وقف هذه الأرض إلى كونه الحراسة القضائية عليها. ولا بأن ناظر

وقضت محكمة النقض في حكم حديث لها بأنه يجوز للحارس القضائي رفع الدعاوى المتعلقة بحفظ المال الموضوع تحت الحراسة ولو لم يكن هو الحارس الوحيد، كما يجوز رفعها عليه.

(ظن رقم 6672 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/23 - منشور سلفا)

ويقاس عجز الحارس عن أداء مهام الحراسة على وفاته. غير أن بعض الشراح ذهبوا إلى أن وفاة أحد الحراس لا يمنع الباقين من اتخاذ كل الإجراءات القضائية التي تدعو إليها ضرورة عاجلة⁽¹⁾. وتوسع البعض الآخر فأجاز لباقي الحراس الاستمرار في أداء عملهم، وذلك حفظاً لأموال الحراسة إلى أن تتم المأمورية التي انتدبوا من أجلها، أو يحصل استبدال حارس آخر به، لأنه لو قيل بغير ذلك لأصبحت مهمة الحراس مصابة بالشلل⁽²⁾.

365- هل تصلح المرأة حارسة؟

جرى العمل في فرنسا على عدم جواز تعيين المرأة حارسة قضائياً وذلك لمنافاة مركزها الاجتماعي مع وظيفة الحارس وطبيعة عمله والتي لها بعض خصائص السلطة العمومية.

أما في مصر فقد أجاز القضاء تعيين المرأة حارسة قضائياً أسوة بتعيينها وصية وقيمة وذلك لاختلاف مركز المرأة القانوني عنه في فرنسا⁽³⁾. غير أن الفقه يذهب - بحق - إلى عدم إسناد الحراسة إلى المرأة إلا في الحالات الضرورية فقط والتي لا يمكن فيها تعيين شخص آخر خلافها في

الوقف أو نظاره مسئولون عن الحساب مسئولية الحراس القضائيين".

(ظن رقم 74 لسنة 4 ق جلسة 1935/6/20)

- (1) محمد على رشدي ص 368.
- (2) راتب وآخرين ص 507 وما بعدها - الدناصوري وعكاز ص 531 - الشواربي ص 153.
- (3) راتب وآخرين ص 507 - المستشار مجدى هرجه ص 419.

الحراسة، للاعتبارات التى أخذ بها القضاء فى فرنسا، ولما فى أعمال الحراسة من متاعب ومشاق يصعب على المرأة تحملها، ولما أظهره العمل فى هذه الحالات من أنها تترك الإدارة فى يد آخر وكيل عنها لتعذر قيامها بأعبائها على الوجه الأكمل⁽¹⁾.

366- هل يجوز تعيين أكثر من حارس؟

يجوز للقاضى أن يعهد بالحراسة إلى أكثر من حارس إذا تبين له أن إدارة المال محل الحراسة تقتضى ذلك، وهو ما يخضع لتقدير القاضى.

367- تعيين الحارس على الشركات والمحال التجارية:

فى حالة فرض الحراسة على الشركات والمحال التجارية فإنه يحسن إسناد الحراسة إلى الشريك أو المدير القائم بالإدارة حتى لا تتعطل أعمال الشركة أو المحل بسبب تعيين حارس أجنبى ليس له دراية بشئون الشركة أو المحل وكيفية إدارته، ودرء ما قد يقع من خطر على حقوق الجميع ومن تعطيل للإدارة.

وإذا اقتضى الأمر إسناد الحراسة إلى أجنبى فيحسن أن يعين مع المدير أو الشريك القائم بأعمال الإدارة، على أن يختص الأخير بأعمال الإدارة من بيع وشراء وملاحظة العمال والمستخدمين وخلافه، ويختص الأول بمراقبة أعمال الإدارة عن كثب وتسلم أثمان المبيعات والإنذ بصر المبالغ اللازمة لاستمرار الإدارة⁽²⁾.

368- عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول:

من المستحسن عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول والحكومات، إذ قد تحول أعباء ووظائفهم دون القيام بمهام الحراسة، فضلا عن أن عدم إسنادها إليهم فيه

(1) راتب وآخرين ص 507 - الدناصورى ص 532.

(2) راتب وآخرين ص 506 وما بعدها - الدناصورى وعكاز ص 532 - المستشار مجدى هرجه ص 419 وما بعدها.

رفع للحرج عنهم حتى لا يتحملوا أعباء المسؤولية المترتبة على الحراسة⁽¹⁾.
وترتيباً على ذلك قضت محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة بتاريخ
1951/12/31 فى الدعوى 2759 سنة 1951 بأن:

"حيث إنه فيما يتعلق بترشيح صاحب الجلالة (....) للحراسة فإن الحراسة بذاتها تفرض على الحارس التزاماً إذ يصبح الحارس وكيلاً عن القاضى فى إدارة الأموال المعهود إليه للمحافظة عليها، وهذا ما يتعارض مع طبيعة مركز الملك القانونى بحسب أحكام الدساتير العامة فإن الملك هو رئيس الدولة الأعلى وذاته مصونة لا تمس وأنه يتولى سلطته بواسطة وزرائه فهو بمنأى عن كل مسؤولية فى إدارة شئون بلاده، وبالتالي فإن منطق القانون يقتضى أيضاً أن يكون بعيداً عن القيود والالتزامات التى يفرضها القانون على الحارس".

369- تعيين حارس أجنبى عن الطرفين:

إذا رأى القاضى عدم ملاءمة تعيين أحد الطرفين حارساً لأسباب الموضحة بالبند السابق، وجب عليه أن يعين أجنبياً عن الطرفين حارساً على المال محل الحراسة.

ولا يؤثر فى سلطة المحكمة فى تعيين أجنبى حارساً أن يكون أحد الخصوم معيناً من محكمة الأحوال الشخصية وصياً على الخصوم القصر فى الدعوى أو أن يكون بعض الخصوم قد اتفقوا على تعيين واحد منهم فى الحراسة. ويشترط فى الحارس أن يكون مشهوداً له بالنزاهة والذمة والاستقامة، وأن يكون قادراً على مهام الحراسة.

كما يجوز للمحكمة أن تعهد بالحراسة إلى أحد الحراس المقيدى بجدول المحكمة وهم من المشهود لهم بالصفات السابقة، حتى يتمكن من إدارة المال محل

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص322.

الحراسة في حيدة تامة وفي عزلة عن موطن الخلاف القائم بين ذوى الشأن⁽¹⁾.
 أما إذا كانت قيمة المال محل الحراسة ضئيلة ولا تتحمل أجر حارس الجدول،
 فيحسن تعيين أحد الأشخاص من غير حراس الجدول للحراسة لاسيما إذا كان
 يقبلها بدون أجر.
 وبصفة عامة فإن القاضى يستهدى فى اختياره للحارس بوقائع الدعوى
 وظروفها، وبما يحقق صالح الطرفين.

370- إثبات المطاعن الموجهة إلى شخص المرشح للحراسة:

إذا طلب أحد الطرفين المتخاصمين تعيين أحد الأشخاص حارساً قضائياً
 ووجه إليه الطرف الآخر مطاعناً على شخصه، كان على الطاعن إثبات صحة ما
 يدعيه بصرف النظر عما إذا كان هو المدعى أصلاً فى الدعوى أو المدعى عليه
 فيها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المطاعن التى يثيرها الخصم على شخص المرشح لتعيينه حارساً إنما يقع
 عبء إثباتها على عاتق هذا الخصم الذى يدعيها، إذ يصير بذلك مدعياً مطالباً
 بأن يقيم الدليل على ما يدعيه بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أصلاً فى
 الدعوى أو المدعى عليه فيها، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو
 التفت عن دفاع الطاعن- المدعى عليه- الذى أثار بصدده اعتراضاً على شخص
 المطعون ضده الأول- المدعى- فى إسناد الحراسة إليه لعدم تقديمه الدليل المؤيد
 لاعتراضه".

(طن رقم 1425 لسنة 47 ق جلسة 1980/1/17)

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص322.

371- وجوب قبول الحارس الحراسة :

الحراسة اختيارية وليست إجبارية، فلا يجبر الحارس على الحراسة، وإنما يشترط قبول الحارس الحراسة، سواء كانت الحراسة باتفاق ذوى الشأن أم بحكم القضاء. فإذا عين الشخص حارساً قضائياً بغير علمه أو بغير موافقته، فله أن يعتذر عن قبول الحراسة أو يقبلها، ولا يجوز فى حالة اعتذاره عنها إرغامه على قبولها بل يجب تعيين آخر خلافه⁽¹⁾.

وإذا اعتذر الحارس المعين من محكمة ثانى درجة على قبول الحراسة فلصاحب المصلحة فى الحراسة أن يلجأ إلى ذات المحكمة طالبا تعيين آخر بدلا منه لأداء ذات الأمور⁽²⁾.

ولكن إذا صدر قبول الحارس بعد الحكم الصادر بالحراسة، فإن صفته تثبت من وقت صدور الحكم ولا تتراخى إلى وقت القبول.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا عين القاضى ناظر وقف حارسا على قطعة أرض متنازع عليها بين الوقف وجهة أخرى، ولم يقبل الناظر حكم الحراسة ولا أن يكون حارسا بل استأنف الحكم طالبا رفض دعوى الحراسة فإن عدم قبوله للحراسة - سواء أكان تعيينه فيها هو بصفته الشخصية أم بصفته ناظرا- لا يجعل لمنازحته سبيلا إلى طلب الحساب منه ولا ممن يحل محله فى النظارة".

(طعن رقم 74 لسنة 4 ق جلسة 1935/6/30)

372- التكييف القانونى لصفة الحارس القضائى :

سبق أن تكلمنا عن الطبيعة القانونية للحراسة القضائية وأوضحنا أنها ليست

(1) راتب وآخرين ص 528 هامش (2).

(2) الدعوى رقم 176 لسنة 1958 مدنى مستأنف إسكندرية جلسة 1958/5/25.

بعقد وكالة، ولا بعقد وديعة، بل هى نيابة قانونية قضائية.

فهى نيابة قانونية لأن القانون هو الذى يحدد نطاقها ويبين حالاتها ويوضح أركانها ويعين آثارها وهى نيابة قضائية أيضا لأن القضاء هو الذى يضى على الحارس صفته، فلا تؤول إليه صفة النيابة إلا بمقتضى حكم منه ولو اتفق على شخصه ذوو الشأن.

ويعتبر الحارس القضائى نائبا عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة لأنه إذا كان معروفا منذ البداية كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين فإن المدين يكون هو الأصيل والحارس القضائى يكون نائبا عنه، أما إذا لم يكن معروفا منذ البداية كما وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته، كان الحارس القضائى نائبا عن أى من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه صاحب المال فيكون نائبا عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين⁽¹⁾.

والقضاء هو الذى يتولى فى غالب الأحوال تحديد نطاق سلطة الحارس القضائى وفقا لنصوص القانون، وهو الذى يقدم له الحارس حسابا عن عمله، وأخيرا هو الذى ينهى مأمورية الحارس القضائى⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة القضائية ليست له فى القانون قواعد خاصة يرجع إليها لمعرفة الحارس ومدى سلطته فى إدارة شئون الوقف، إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحفظى مستعجل ومؤقت يلجأ إليه عند الضرورة. فالحكم الصادر بالحراسة هو وحده الذى يبين مداها ومبلغ حدها من سلطة الناظر صاحب الولاية الشرعية على الوقف. وإذن فلا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول

(1) الدناصورى وعكاز ص538.

(2) عبد الحكيم فراج ص53- بيومى وإسكندر ص356.

مقاضاة النظار وحدهم دون الحراس إلا على أساس ما يكون واردا في حكم الحراسة خاصة بمهمة الحارس فإذا كان الحكم في قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصاص الحراس فيها قد اكتفى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحراس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأصلي الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار في كل شئونه، أم أن مهمتهم محصورة في نطاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصليا، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتائجها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحراس، فلا شك في أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه ويجعل النتيجة التي وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها".

(طعن رقم 71 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/29)

2- إن الحراسة إجراء تحفظى وقتى تدعو إليه الضرورة فهو يؤقت بها ويستمد منها سبب وجوده وإذن فمتى كان الحكم قد بين مأمورية الحارس وهى تسليم وجرد أموال الشركة بحضور طرفى الخصوم، وكان لازم ذلك أنها تنتهى بمجرد انتهاء العمل الموكول إلى الحارس، وكانت مأمورية الحارس تختلف عن مهمة المصطفى ولا تتعارض معها. إذ سلطة كل منهما تغاير فى جوهرها سلطة الآخر. فإن ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه لم ينص فى منطوقه على توقيع الحراسة أو أنه أمر بهذا الإجراء مع قيام التصفية لا مبرر له قانونا".

(طعن رقم 215 لسنة 21 ق جلسة 1952/10/30)

والحارس القضائى نائب ومن ثم فإن أعماله القانونية التى يعقدها بصفته حارسا قضائيا تخضع لقواعد النيابة والوكالة بالقدر الذى لا يتعارض مع الأوضاع الخاصة للحراسة القضائية.

والقاعدة العامة فى النيابة هى أن شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فى

المرحلة الخاصة بإتمام العمل القانوني الذي يباشره، بينما شخص الأصيل - لا النائب - هو الواجب الاعتداد به عند ترتيب آثار هذا العمل القانوني⁽¹⁾.
وسنعرض تفصيلا فيما بعد لآثار هذا التكييف القانوني لصفة الحارس القضائي.

الحكم بالحراسة

373- إصدار حكم الحراسة :

يكون النطق بحكم الحراسة، بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق به علانية وإلا كان باطلا (م174 مرافعات). غير أنه يستثنى من ذلك الحالة التي يجوز فيها الفصل في دعوى الحراسة بمنزل القاضى، فلا يشترط النطق بالحكم فى علانية.

ويجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من القاضى عند النطق بالحكم وإلا كان الحكم باطلا، ويكون المتسبب فى البطلان ملزما بالتعويضات إن كان لها وجه (م175 مرافعات).

وتحفظ مسودة الحكم المشتملة على منطوقه وأسبابه بالملف، ولا تعطى منها صور، ولكن يجوز للخصوم الاطلاع عليها إلى حين إتمام نسخة الحكم الأصلية (م177 مرافعات).

ويجب أن يبين فى الحكم المحكمة التى أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وأنه صادر فى مادة مستعجلة، واسم القاضى وأسماء القضاة (إذا كان صادرا من دائرة استئنافية) الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم. كما

(1) راتب وآخرين ص 541.

يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرى، ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه. والقصور فى أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم (م178 مرافعات).

ويوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ فى ملف الدعوى وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة وإلا كان المتسبب فى التأخير ملزماً بالتعويضات (م179 مرافعات).

374- الإنفاذ المعجل واجب لحكم الحراسة :

يعتبر حكم الحراسة أياً كانت المحكمة التى أصدرته أى سواء صدر من قاضى الأمور المستعجلة أم من قاضى الموضوع حكماً صادراً فى مادة مستعجلة، ومن ثم فإن الحكم المذكور يكون واجب الإنفاذ بغير كفالة بقوة القانون ما لم ينص الحكم على تقديم كفالة، وذلك عملاً بالمادة 288 مرافعات التى تقضى بأن: "الإنفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التى أصدرتها، وللأوامر الصادرة على العرائض وذلك ما لم ينص الحكم أو الأمر على تقديم كفالة".

375- إعطاء صورة بسيطة وصورة تنفيذية من حكم الحراسة :

يجوز إعطاء صورة بسيطة من نسخة الحكم الأصلية لمن يطلبها ولو لم يكن له شأن فى الدعوى وذلك بعد دفع الرسم المستحق (م180 مرافعات). وتختتم صورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية ولا تسلم إلا للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم ولا

تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزاً تنفيذيه (م 181 مرافعات).

وإذا امتنع قلم الكتاب عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى جاز لطلبها أن يقدم على عريضة بشكواه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي أصدرت الحكم ليصدر أمره فيها طبقاً للإجراءات المقررة في باب الأوامر على العرائض (م 182 مرافعات).

ولا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية لذات الخصم إلا في حالة ضياع الصورة الأولى وتحكم المحكمة التي أصدرت الحكم في المنازعات المتعلقة بتسليم الصورة التنفيذية الثانية عند ضياع الأولى بناء على صحيفة تعلن من أحد الخصوم إلى خصمه الآخر (م 183 مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النزاع حول فرض الحراسة القضائية على تركة مورث طرفيه وتعيين حارس قضائي لإدارتها. غير قابل للتجزئة. عدم اختصاص باقي المحكوم عليهم الذين أمرت محكمة النقض باختصاصهم. أثره. عدم قبول الطعن".

(الطعن رقم 5016 لسنة 64ق - جلسة 2004/3/13)

376- تصحيح الحكم وتفسيره:

تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة. ويجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها سالف الذكر وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال (م 19 مرافعات).

ويجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية (م192) مرافعات.

377- إغفال الحكم فى بعض الطلبات :

إذا أغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه (م193 مرافعات).

378- حجية حكم الحراسة :

حكم الحراسة سواء كان صادرا من قاضى الأمور المستعجلة أو من محكمة الموضوع - كسائر الأحكام المستعجلة- حكم وقتى وهو وإن كان حكما وقتيا إلا أنه حكم قطعى يلزم الخصوم بما قضى به. وله حجية أمام القاضى الذى أصدره طالما لم تتغير الظروف التى قام عليها الحكم.

وعلى هذا فإن حجية حكم الحراسة نسبية ومؤقتة فهى حجية نسبية لأنها لا تلزم قاضى الموضوع عندما يقضى فى أصل الحق، فإجراء الحراسة هو إجراء مستعجل ليس من شأنه أن يحسم النزاع بين الطرفين فى أصل الحق، فهو تقدير وقتى عاجل يتحسس به القاضى المستعجل ما يبدو للنظرة الأولى أن يكون وجه الصواب مع بقاء أصل الحق سليما يتناضل فيه ذوو الشأن لدى محكمة الموضوع.

وهى حجية مؤقتة لأنها لا تستمر ولا تدوم إلا طالما بقيت الظروف التى بنى عليها الحكم⁽¹⁾.

(1) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحراسة الأولى باعتبارها إجراء موقوتا بالبت فى الإشكال الذى رفعه المطعون عليه الأول فى تنفيذ العقد الرسمى الذى اشترى الطاعن بموجبه الأطنان موضوع النزاع من المطعون عليه الثانى، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيسا على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل فى الإشكال، وكانت الدعوى الثانية التى رفعها =

فليس للقضاء المستعجل أن يعدل عن حكمه وليس لطرفي الخصومة أن يرفعا دعوى ثانية بذات الموضوع ونفس السبب للوصول إلى تعديل الحكم الأول إلا إذا تغير المركز السابق للخصوم سواء من ناحية الواقع أو من ناحية القانون. فإذا حدث تغيير في الظروف وظهر جديد يستوجب تعديل حكم الحراسة، زالت الحجية التي تثبت لحكم الحراسة أمام القاضى المستعجل، ويستطيع هذا القاضى تعديل الحكم⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أنه إذا حكم القاضى المستعجل بتعيين حارس قضائى حتى يقضى نهائيا فى نزاع معين، وقبل الفصل فى موضوع النزاع تغير مركز أحد الطرفين جاز طلب إنهاء الحراسة.

وإذا قضت المحكمة برفض دعوى الحراسة لأسباب معينة، ثم حصل تغيير فى مركز الطرفين جاز رفع دعوى حراسة جديدة.

ولا يشترط فى الوقائع التى تغير مركز الخصوم أن تكون قد حدثت بعد صدور حكم الحراسة، بل يكفى وجودها ولو حصلت قبل صدوره مادامت لم تطرح أمام المحكمة ويفصل فيها القاضى المستعجل بالقبول أو الرفض⁽²⁾.

= الطاعن بطلب وضع الأطيان تحت الحراسة قد استند فيها إلى أن منازعة المطعون عليه الأول له فى ملكيتها ووقتها بالفصل فى هذه الملكية فضلا نهائيا، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة فى كل من الدعويين مختلف عن الآخر فضلا عن أن المحكمة لم تتعرض فى الدعوى الأولى بحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها- لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها قد أخطأ فى تأويل الحكم الصادر فى الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطؤه فى تطبيق المادة 405 من القانون المدنى".

(طعن رقم 194 لسنة 22 ق جلسة 1953/12/10)

(1) عبد الحكيم فراج ص 317 وما بعدها - السنهورى ص 901.

(2) السنهورى ص 903- صلاح الدين بيومى وإسكندر زغلول ص 353.

ولا حجبية لأحكام الحراسة إلا على طرفى الخصومة وخلفائهما كالأشأن فى باقى الأحكام، فلا يجوز التمسك بالحجبية من شخص لم يمثل فى الخصومة الصادر فيها الحكم، كما لا يجوز الاحتجاج بحكم الحراسة عليه، ولا يكون أمام المحكوم له بالحراسة إلا رفع عوى حراسة جديدة ضد هذا الشخص⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "القضاء بإجراء أمر وقتى لا يحوز قوة الشيء المحكوم به فى أصل موضوع النزاع. فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر فى موضوع النزاع المقضى باتخاذ ذلك الإجراء فيه..... إلخ".

(طعن رقم 93 لسنة 2 ق جلسة 1933/2/16)

2- "إنه وإن كان الأصل فى الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة أنها لا تحوز حجبية الأمر المقضى باعتبارها وقتية ولا تؤثر فى أصل الموضوع إلا أن هذا ليس يعنى جواز إثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد متى كان مركز الخصوم هو والظروف التى انتهت بالحكم هى بعينها لم يطرأ عليها أى تغيير- إذ هنا يضع الحكم المستعجل طرفى الخصومة فى وضع ثابت واجب الاحترام بمقتضى حجبية الأمر المقضى بالنسبة لنفس الظروف التى أوجبه ولذات الموضوع الذى كان محل البحث فى الحكم السابق صدوره مادام أنه لم يحصل تغيير مادى أو قانونى فى مركز الطرفين يسوغ إجراء مؤقتا للحالة الطارئة الجديدة".

(طعن رقم 186 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/22)

3- "دعوى الحراسة ليست بالدعوى الموضوعية فهى لا تمس أصل الحق ولا تعتبر فاصلة فيه، والمقصود منها هو حفاظ المؤجرة على حقها فى استئداء الأجرة

(1) راتب وآخرين ص 123.

سواء من الطاعن أو ممن أجز إليه من باطنه ولا تحمل فى هذا الخصوص أى دلالة، فيكون النعى على غير أساس".

(طعن رقم 424 لسنة 40 ق جلسة 1975/12/24)

4- "سبق صدور حكم القضاء المستعجل بتعيين حارس على نادى القضاة لدعوة الجمعية العمومية وإجراء انتخابات أعضاء مجلس الإدارة، واستند الحكم فى أسبابه إلى انعدام القرار بالقانون المطعون فيه ذلك أن الحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة هو حكم وقتى لا يحوز حجية الأمر المقضى عند طرح النزاع على محكمة الموضوع".

(طلبان رقما 16 لسنة 43 ق ، 42 لسنة 45 ق "رجال القضاء" جلسة

1977/12/29)

5- "الحكم المستعجل الصادر بفرض الحراسة القضائية على أعيان تركة المورث لا يعتبر حجة على أن هذه الأطيان هى كل ما يملكه عند الوفاة، لأن هذا الحكم لا يمس أصل الحق ولا يعتبر فاصلا فيه".

(طعن رقم 69 لسنة 48 ق جلسة 1981/3/26)

6- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة فى الأمور المستعجلة لا تحوز حجية الأمر المقضى أمام محكمة الموضوع، باعتبارها أحكاما وقتية لا تؤثر فى أصل الحق، ولما كان قاضى الموضوع لا يلتزم بالرد على وجوه الدفاع غير المنتجة فى الدعوى فلا يعيب الحكم إغفاله استناد الطاعنة فى دفاعها إلى الحكم الصادر من قضاء الأمور المستعجلة بطرد المطعون ضدها الأولى من عين النزاع".

(طعن رقم 870 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/13)

7- "الأحكام المستعجلة وقتية لا تمس أصل الحق فلا تحوز حجية أمام محكمة الموضوع التى تفصل فى أساس الحق المتنازع عليه وبالتالي فإنها لا

تتقيد بما انتهى إليه قاضي الأمور المستعجلة في قضائه الوقتي القائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق".

(طعن رقم 735 لسنة 54 ق جلسة 1989/1/29)

8- "حجية الأحكام المستعجلة وهي مؤقتة بطبيعتها لا تقيد الخصوم أو المحكمة إلا إذا كانت المراكز القانونية للخصوم والوقائع المادية والظروف التي انتهت بالحكم هي عينها لم يطرأ عليها أى تغيير".

(طعن رقم 21407 لسنة 60 ق جلسة 1995/1/25)

(ذات المبدأ طعن رقم 1078 لسنة 54 ق جلسة 1992/1/5 - طعن رقم 1099

لسنة 57 ق جلسة 1992/1/16 - طعن رقم 2084 لسنة 61 ق جلسة

(1992/2/26)

(أنظر أيضا الحكم الصادر بالمحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1996/10/5

المنشور سلفا).

والمقرر أن قوة الشيء المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق إلا

بما كان من الأسباب مرتببا بالمنطوق ارتباطا وثيقا.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان من المقرر أن قوة الشيء المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا

تلحق إلا بما كان من الأسباب مرتببا بالمنطوق ارتباطا وثيقا، فإذا كانت المحكمة

قد عرضت تزييدا في بعض أسبابها إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح

عليها ولم تكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى، فإن ما عرضت له من ذلك لا

يكون له قوة الشيء المحكوم فيه. وكان يكفي قيام قضاء الحكم المطعون فيه

استناده إلى أن الحراسة إجراء تحفظي، والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء

يحتمل التنفيذ المادى في ذاته، إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء

المهمة التي تناط به، وإن إبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادي، فلا يقتضى تنفيذ الحكم بتعيين الحارس طرد المطعون عليه الأول واطع اليد على العقار بعد أن قضى بإيقاف تنفيذ الحكم الذى صدر بطرده من العقار الذى يمتلك حصة شائعة فيه، فإن ما تطرق إليه الحكم المطعون فيه فى خصوص قيام عقد إيجار المطعون عليه الأول، لم يكن لازماً لقضائه، ولا يعدو أن يكون تزيدياً فيما لم يطلب منه القضاء به، ومن ثم لا تحوز هذه الأسباب حجية الأمر المقضى. لما كان ذلك وكان ما ورد بالحكم المطعون فيه فى شأن تنفيذ الحكمين المستشكل فيهما يندرج فى مهمة الحارس، ومن ثم يكون فى غير محله التحدى بأن الحكم المطعون فيه.. الصادر من محكمة ابتدائية قد فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، ويتعين لذلك القضاء بعدم جواز الطعن".

(طعن رقم 904 لسنة 47 ق جلسة 1981/1/20)

ومن المآخذ القضائية:

1- أن الحكم المستعجل بفرض الحراسة القضائية له قوة مؤقتة تزول بانتهاء النزاع الذى فرضت الحراسة لسبب قيامه.

(الدعوى رقم ... مدنى جزئى)⁽¹⁾.

الوقائع:

إشكال وقتى فى تنفيذ حكم مستعجل استصدره المستشكل ضده الأول ضد المستشكل وآخرين يقضى بفرض الحراسة القضائية على أطيان زراعية وتعيين

(1) منشور بمؤلف المستشار السيد خلف قضاء المحاكم الجزئية والابتدائية فى ضوء أحكام النقض ومبادئ التفتيش القضائى الطبعة الأولى 1988 ص 292 وما بعدها.

آخر غيره حارسا عليها لاستلامها وإدارتها وذلك حتى يفصل فى الدعوى رقم 1042 لسنة 1972 مدنى كلى.... وهى قد أقامها المستشكل ضده الأول بطلب صحة ونفاذ عقد شرائه هذه الأطيان من المستشكل وآخر والتسليم، تدخل فيها خصم ثالث بطلب رفضها استنادا إلى شرائه الأطيان بمقتضى عقد مسجل من نفس البائعين، ثم حال نظر الإشكال صدر الحكم فى الدعوى رقم 1042 لسنة 1972 مدنى كلى..... وأيضا فى الاستئناف رقم 5 لسنة 49 ق.... الذى يقضى بصحة ونفاذ عقد شراء المستشكل ضده الأول وتسليمه الأطيان ورفض طلبات الخصم الثالث لأن عقده صورى صورية مطلقة، وبجلسة 1976/1/31 حكمت المحكمة فى مادة تنفيذ وقتية وبصفة مستعجلة بقبول الإشكال شكلا وفى الموضوع برفضه والاستمرار فى تنفيذ الحكم رقم 470 لسنة 1973 مدنى وألزمت المستشكل بالمصاريف ومبلغ مائتى قرش مقابل أتعاب المحاماة.

وجاء بأسباب الحكم:

ومن حيث إنه بإنزال القواعد على البادى للمحكمة من ظاهر المستندات يبين أن الحكم الصادر فى الدعوى رقم 470 لسنة 1973 بفرض الحراسة القضائية إنما كان بناء على منازعة المستشكل ضده الأول ابتغاء صالحه وحماية لمركزه القانونى والواقعى لحين الفصل فى النزاع الموضوعى الصادر بشأنه الحكم فى الدعوى رقم 1042 لسنة 1972 مدنى كلى.... وقد صدر الحكم فى دعوى الحراسة مجيبا لطلبه كما صدر الحكم الاستئنافى مؤيدا للحكم الصادر لصالحه فى الدعوى رقم 1042 لسنة 1972 ومن ثم فلا يمكن القول بتغيير المركز القانونى أو الواقعى للمستشكل ضده الأول بما ينقص من الصفة التنفيذية للحكم المستشكل فى تنفيذه الأمر الذى يكون معه هذا السبب للإشكال مرفوضا.

يؤخذ على هذا الحكم:

إنه لما كان الحكم المستعجل بفرض الحراسة القضائية ذا قوة مؤقتة تزول بانتهاء النزاع الذى فرضت الحراسة لسبب قيامه بما يستتبع أن يعود لصاحب الشأن حقه فى استلام المال موضوعها بعد أن كانت يده عليه قد غلت نتيجة فرضها فيما يناط بالحارس حتى ولو كان هو طالبها....، وكان الثابت فى الدعوى أن الحكم المستشكل فى تنفيذه قضى بفرض الحراسة القضائية على أطيان النزاع حتى يفصل فى الدعوى رقم 1042 لسنة 1972 مدنى كلى. وقد فصل فعلا فى هذه الدعوى وفى الاستئناف الذى رفع عن حكمها لصالح المستشكل ضده الأول- قبل خصومه فى دعوى الحراسة- بصحة ونفاذ عقد شرائه تلك الأطيان وحقه فى تسلمها وكان الحكم قد ضمن قضاءه الاستمرار فى تنفيذ الحكم المستشكل فى تنفيذه على سند من القول ببقاء القوة التنفيذية لهذا الحكم وعدم تغير المركز القانونى والواقعى للمستشكل ضده الأول فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

2- الحكم الصادر بفرض الحراسة لا حجية له على الغير.
(الدعوى رقم مدنى جزئى)⁽¹⁾.

الوقائع:

إشكال وقتى من الغير فى تنفيذ حكم حراسة على أعيان تركة على سند من أن المستشكل وهو ابن المتوفى أحد الورثة وقد باعه والده حال حياته أطيانا زراعية يضع يده عليها كمالك - انضم وكيل المدعى عليها السابعة للمدعى فى طلب وقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه- قضت المحكمة بجلسة 77/11/30 بصفة مستعجلة بقبول الإشكال شكلا وفى موضوعه بالرفض والاستمرار فى تنفيذ الحكم رقم..... المستشكل فى تنفيذه.....

وجاء بأسباب الحكم:

(1) المستشار- السيد خلف ص294 وما بعدها.

وحيث إن ما أثاره المستشكل بخصوص إنه لم يكن ممثلاً في دعوى الحراسة ومن ثم فإن الحكم الصادر لا يعتبر حجة عليه فإن هذا القول مردود عليه بأن الحراسة القضائية متى فرضت عند توافر أركانها فإنها تفرض كإجراء وقتي تحفظي تقتضيه الظروف العاجلة التي تحسبها القاضى من ظروف الدعوى فضلاً عن أن الحكم المستعجل الصادر فى دعوى الحراسة له حجية مؤقتة ببقاء الظروف التى صدر فيها على حالها... كما وإن دعوى الحراسة القضائية على أعيان تركة المتوفى إنما توجه إلى أعيان هذه التركة وليست إلى أشخاص الورثة فضلاً عن أن الحكم الصادر فى دعوى الحراسة قد قضى بتوزيع صافى ريع التركة على جميع ورثة المتوفى كل حسب نصيبه الشرعى وعند النزاع فى ذلك التوزيع يودع صافى الريع خزانة محكمة..... إلى أن ينتهى النزاع قضاء أو رضاء.

يؤخذ على هذا الحكم :

لما كان الحكم الصادر بفرض الحراسة لا حجية له على الغير فإن الحكم إذ لم يناقش ما قال به المستشكل من أنه أحد ورثة المتوفى ورفض شكلاً إشكاله المؤسس على أنه من الغير - بقالة إن دعوى الحراسة لا شأن لها بأشخاص الورثة وأن صافى الريع يودع عند النزاع خزانة المحكمة - يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

379- من يلزم بمصاريف دعوى الحراسة؟

ذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن قاضى الأمور المستعجلة يختص فقط بالحكم فى الإجراءات الوقتية التى لا تمس أصل الحق، وأنه يتعين عليه أن يبقى الفصل فى المصروفات إلى حين الحكم فى الموضوع.

وذهب رأى آخر إلى اختصاصه فى كافة الأحوال بالفصل فى مصروفات الدعوى، سواء أكان الحكم صادراً بصفة ابتدائية أم بصفة استثنائية طبقاً للقاعدة

القائلة بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع وبأن كل هيئة قضائية تختص بالفصل فى مصاريف الدعوى التى تنظرها⁽¹⁾.

وانضم رأى فى الفقه المصرى إلى الرأى الأخير استنادا إلى أن المشرع ألزم المحكمة فى المادة 184 مرافعات بالحكم من تلقاء نفسها فى مصاريف الدعوى دون تمييز بين القضاء المستعجل والقضاء الموضوعى والقاعدة العامة أن يلتزم من خسر الدعوى مصاريفها واستثناء يجوز إلزام كل من حكم لصالحه بها وفقا لنص المادة 185 مرافعات ويجوز توزيعها على الخصوم وفقا لنص المادة 186 من ذات القانون⁽²⁾.

أما الرأى الراجح فى مصر، فيفترق فى هذا الشأن بين أمرين:

الأول: إذا كان الحكم الذى يصدره القضاء المستعجل يتطلب عرض النزاع أمام محكمة الموضوع (كدعوى إثبات الحالة وبعض دعاوى الحراسة) فإنه يتعين على القاضى المستعجل أنه يبقى الفصل فى المصروفات إلى أن يستقر النزاع موضوعا بين الطرفين وتقضى محكمة الموضوع فى هذه المصاريف. وعلة ذلك أن فصل القاضى المستعجل فى المصاريف يعتبر قاطعا فى الحق أو فى موضوع التقاضى والفصل فيه خارج عن اختصاصه.

الثانى: إذا كان الإجراء الوقتى الذى يفصل فيه القضاء المستعجل لا يحتمل معه رفع الدعوى إلى محكمة الموضوع، أو انتهى بالصلح أمامه، أو قضى بترك الخصومة أو قضى برفض الدعوى أو بعدم اختصاصه لعدم توافر الاستعجال، أو كان القضاء المذكور مختصا بالفصل فيه بنص القانون، أو كان يتعين عليه الحكم بالمصاريف- فى هذه الحالة يختص القاضى المستعجل بالحكم

(1) راجع فى الرأىين راتب وآخرين ص110 وما بعدها.

(2) الدناصورى وعكاز ص577 وهو يقرر حكما خاصا بالنسبة لدعوى الحراسة كما سنرى.

بالمصاريف، إذ لا معنى لتكليف الخصوم برفع دعوى بالمصاريف أمام محكمة لم تنظر الدعوى أصلاً وحرمان محكمة نظرتها من الحكم فيها مع ما يترتب على ذلك من زيادة في المصاريف وصعوبة في التقاضى وخلافه⁽¹⁾.

غير أنه بالنسبة لدعوى الحراسة القضائية فقد جرى القضاء على إضافة المصروفات شاملة مقابل أتعاب المحاماة إلى جانب الحراسة، استناداً إلى أن الحراسة القضائية إجراء وقتى لصالح الخصوم جميعاً يقصد به المحافظة على المال محل الحراسة إذ أن مصاريف الدعوى في هذه الحالة حكمها حكم ما ينفق على حفظ مال الحراسة وصيانته ويلزم بها وفقاً للقانون صاحب المال عند ثبوت الحق فيه، ولما كان الحق غير ثابت لأحد الأطراف عند فرض الحراسة فإن إلزام الحراسة بتلك المصروفات هو إلزام لمن يثبت له الحق في المال⁽²⁾.

(مستعجل القاهرة الدعوى رقم 7426 لسنة 1975 جلسة 1975/5/26 -
مستعجل دمنهور الدعوى رقم 109 لسنة 1994 جلسة 1995/11/20 - الدعوى
رقم 53 لسنة 1995 جلسة 1996/1/15 - الدعوى رقم 81 لسنة 1995 جلسة
1996/4/8)

ولا يمنع ذلك ممن ثبت له الحق في أموال الحراسة أن يلجأ لقاضى الموضوع طالبا الحكم بالتعويض على الخصم الذى تسبب في فرض الحراسة ومصروفاتها عملاً بالقواعد العامة.

أما إذا حكم برفض دعوى الحراسة، فإن المدعى يكون قد خسر دعواه ويحكم عليه بمصاريف الدعوى طبقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 184 مرافعات.

(1) راتب وآخرين ص 111 - المستشار محمد عبد اللطيف ص 586 - وفي هذا المعنى المستشار مجدى هرجه ص 567.

(2) من هذا رأى الدناصورى وعكاز ص 577 وما بعدها - على العيساوى ص 267.

الطعن فى حكم الحراسة

380- الطعن فى حكم الحراسة بالاستئناف:

الاستئناف هو طريق الطعن العادى على الأحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة، وقد نصت المادة 220 مرافعات على أن: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرتها".

وعلى ذلك يجوز الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الحراسة سواء كان الحكم صادرا من قاضى الأمور المستعجلة أم من قاضى الموضوع.

ويجوز الطعن فى الحكم بالاستئناف بصرف النظر عن قيمة النزاع، ولو كان الحكم الصادر فى دعوى الموضوع التى رفع طلب الحراسة تبعا لها غير جائز الاستئناف، وهذا ما يتفق ونص المادة 220 سالفه الذكر، فقد نصت على جواز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة، وجاء نصها مطلقا وعماما ولم تقيد هذا الحكم العام بأى قيد والحكمة فى ذلك واضحة وهى أن الإجراء التحفظى بالحراسة يصدر عقب بحث سريع بناء على ما يستخلصه القاضى من ظاهر المستندات وظروف الدعوى وملابساتها الأمر الذى يتطلب دائما أن يكون الحكم فيه محلا للمراجعة من محكمة أعلا⁽¹⁾.

وإذا كان حكم الحراسة صادرا من قاضى الأمور المستعجلة، فإنه يستأنف أمام المحكمة الابتدائية ويكون حكمها فى الاستئناف نهائيا، وإذا كان الحكم صادرا من محكمة الموضوع، فإن كانت هذه المحكمة جزئية، فاستئناف الحكم يكون أمام المحكمة الابتدائية. وإذا كانت هذه المحكمة ابتدائية يكون الاستئناف أمام محكمة الاستئناف. وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما أيا كانت المحكمة التى أصدرته لأن حكم الحراسة- كما أوضحنا سلفا- حكم صادر فى مادة مستعجلة- وقد جعل القانون ميعاد الاستئناف بالنسبة لهذه المواد خمسة عشر يوما (م/2/227 مرافعات).

(1) عبد الحكيم فراج 321 وما بعدها- السنهورى ص898.

ويبدأ ميعاد الاستئناف من تاريخ صدور الحكم. ويبدأ من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة فى جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأى سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختتام من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته. ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلي. ويجرى الميعاد فى حق من أعلن بالحكم (م 213 مرافعات).

وإذا توفى المحكوم له أثناء ميعاد الطعن جاز لخصمه رفع الطعن وإعلانه إلى ورثته جملة دون ذكر أسمائهم وصفاتهم وذلك فى آخر موطن كان لمورثهم، ومتى تم رفع الطعن وإعلانه على الوجه المتقدم وجب إعادة إعلانه لجميع الورثة بأسمائهم وصفاتهم لأشخاصهم أو فى موطن كل منهم قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد التى تحدده المحكمة لذلك.

وإذا فقد المحكوم له أهليته للتقاضى أثناء ميعاد الطعن، أو إذا توفى أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه، جاز رفع الاستئناف وإعلانه إلى من فقد أهليته من توفى من كان يباشر الخصومة عنه، أو إلى من زالت صفته، على أن يعاد إعلان الطعن إلى من يقوم مقام الخصم، لشخصه أو فى موطنه، قبل الجلسة المحددة لنظر الاستئناف أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة لذلك (م 217 مرافعات).

وإذا كان المستأنف عليه هو المدعى، ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الأصلي، جاز إعلان الطعن فى موطنه المختار المبين فى هذه الصحيفة (م 14 مرافعات).

وإذا فرضت الحراسة على إحدى النقابات جاز لكل ذي مصلحة من أعضائها أن يطعن في الحكم الصادر بتعيين الحارس وأن يرفع دعوى بعزله أو استبداله.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"الحكم بتعيين حارس أو لجنة من الحراس القضائيين على النقابة تخلع على الحارس صفة النيابة عنه، وهى صفة لا تقبل التجزئة ولا يصح أن تكون قلقة مضطربة بحيث يحاج بها بعض أعضائها دون البعض الآخر لاتصالها اتصالاً وثيقاً بانتمائهم إلى المهنة وبالمصالح الجماعية لهم، فضلاً عن أن الحكم ينشئ حالة مدنية جديدة شأنه فى ذلك شأن الحكم بتعيين وصى أو قيم أو ناظر وقف أو سنديك ومن ثم فإن هؤلاء الأعضاء يعتبرون من الخصوم حكماً ولذلك أجاز القانون لكل ذي مصلحة منهم أن يطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس وأن يرفع دعوى بعزله أو باستبداله".

(طعان رقما 855 ، 1658 لسنة 68ق جلسة 1998/1/24)

381- الطعن فى حكم الحراسة بالنقض:

إذا كان حكم الحراسة صادراً من قاضى الأمور المستعجلة فإن الحكم الصادر فى الاستئناف المرفوع عنه أمام المحكمة الابتدائية يكون نهائياً، وغير قابل للطعن فيه بالنقض.

وإنما يستثنى من ذلك حالتان:

الحالة الأولى:

إذا كان حكم الحراسة قد فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى عملاً بالمادة 249 مرافعات التى تجرى على أن: "للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى - أياً كانت المحكمة التى أصدرته - فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى". ففى هذه الحالة يجوز الطعن بالنقض

فى الحكم الاستثنائى.

الحالة الثانية: ما خولته المادة 250 مرافعات 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:

- 1- الأحكام التى لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.
- 2- الأحكام التى فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن. ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنتظر المحكمة الطعن فى غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم. ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

أما إذا كان الحكم صادرا من المحكمة الابتدائية وطعن فيه بالاستئناف فإن الحكم الصادر فى الاستئناف يقبل الطعن فيه بالنقض طبقا للمادة 248 مرافعات وفى الحدود الواردة بها.

وإذا صدر حكم الحراسة من محكمة الاستئناف، فى حالة ما إذا كانت دعوى الموضوع مستأنفة أمامها، ودعت الضرورة إلى أن تصدر حكما بصفة مستعجلة بوضع المال تحت الحراسة، فإن الحكم يكون نهائيا غير قابل للطعن فيه بالاستئناف ولكن يجوز الطعن فيه بالنقض.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على جواز الطعن بالنقض فى الأحكام المستعجلة⁽¹⁾.

فقد قضت بأن:

- 1- "الدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم الصادر فى مسألة من المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت تأسيسا على أنه ليس حكما بالمعنى المفهوم والمقرر للأحكام بل هو مجرد أمر بإجراء تحظى بطبيعته وقتى فى

(1) السنهورى ص 899 هامش (3).

أساسه ومبناه ويجوز تغييره وتعديله، هذا الدفع غير صحيح ذلك أن الحكم الصادر فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت هو حجة يلتزم بها القاضى والخصوم فيما يقضى به القاضى فى حدود ما له من "صفة مؤقتة وعدم المساس بأصل الحق" ويكون قابلا للطعن عليه بطرق الطعن التى قررها له القانون إذ أن هذا الحكم عليه ما على جميع الأحكام من شرائط المداولة والتسبيب وغير ذلك مما نص عليه فى الفصل الأول من الباب العاشر من قانون المرافعات الخاص "بالأحكام" كما أن له ما لها من حجية فيما قضى به فى الحدود المتقدمة وفقا للمادتين 49 ، 349 مرافعات".

(طعن رقم 165 لسنة 22 ق جلسة 1955/12/29 - ذات المبدأ طعن رقم 134 لسنة 18 ق جلسة 1950/2/9 - طعن رقم 11 لسنة 17 ق جلسة 1948/1/15 - طعن رقم 23 لسنة 17 ق جلسة 1948/2/5)

2- "تجزير المادة 249 من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى أيا كانت المحكمة التى أصدرته فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وقد جاء النص عاما مطلقا بشأن كل حكم انتهائى صدر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم حاز قوة الأمر المقضى أيا كانت المحكمة التى صدر منها الحكم المطعون فيه، فيشمل النص الأحكام الصادرة من القضاء المستعجل، ويصبح الطعن وفقا للمادة المشار إليها حين يكون قضاء الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء سابقا حاز قوة الأمر المقضى فى مسألة استقرت الحقيقة بشأنها بالفصل فى منطوق الحكم السابق أو فى أسبابه المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق".

(طعن رقم 2555 لسنة 52 ق جلسة 1984/3/7)

ويشترط للطعن بالنقض في هذه الحالة ألا تكون الظروف الواقعية أو المراكز القانونية التي صدر في ظلها الحكم السابق قد تغيرت.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أمام قضاءه برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها على ما ظهر له من تغير مراكز الخصوم وتعديل أوضاعهم بما طرأ عليها من أمور استجدت بعد قضاء الحكم في الدعوى المذكورة واستئنافها، واستند في هذا الشأن إلى أسباب سائغة، وإذا كان تقدير وحدة الموضوع في الدعويين المستعجلتين واختلافه يعد فصلاً في مسألة تستقل بها المحكمة، بغير معقب عليها، متى كانت قد اعتمدت على أسباب من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأنه فصل في نزاع أمام محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى يكون في غير محله".

(ظن رقم 1127 لسنة 47 ق جلسة 1981/6/16)

382- مدى رقابة محكمة النقض على أحكام الحراسة :

لا يخضع لرقابة النقض تقدير الخطر العاجل فهو من المسائل الموضوعية التي تقرها محكمة الموضوع بلا رقابة عليها من محكمة النقض، ولا يخضع كذلك لرقابة محكمة النقض تقدير الطريقة المؤدية إلى صون حقوق المتخاصمين بعضهم قبل البعض، فهي من المسائل التي تتعلق بموضوع الدعوى، ولا تدخل في رقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "مهما يكن من خطأ القاضى المستعجل بدرجتيه الابتدائية والاستئنافية في تقديره الموضوعى أو في تصرفه القانونى فى الموضوع، بعد كون اختصاصه

(1) السنهورى ص 899 هامش (3) - صلاح الدين بيومى وإسكندر زغلول ص 351 وما بعدها.

ثابتاً، فإن سبيل إصلاح هذا الخطأ الواقع فى حكمه ليس هو الطعن بطريق النقض والإيرام مادام هذا الحكم ولو أنه صادر استثنائياً من محكمة ابتدائية لا يعتبر صادراً فى مسألة اختصاص مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض طبقاً للمادة العاشرة من قانون محكمة النقض".

(الطعن رقم 32 لسنة 5 ق جلسة 19/12/1935)

2- "إن توافر شرط الاستعجال الذى يبرر اختصاص القضاء المستعجل هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها القاضى المستعجل فمتى كان الحكم قد عنى ببيان أوجه الاستعجال وكان ما بينه من ذلك يبرر الاختصاص فلا تجوز إثارة ذلك أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 131 لسنة 19 ق جلسة 29/11/1951)

382 مكرراً- هل يجوز الطعن فى حكم الحراسة بالتماس إعادة

النظر؟

الطعن بالتماس إعادة النظر هو طريق طعن غير عادى يهدف حالة نجاحه إلى سحب الحكم المطعون فيه، وإعادة الفصل فى النزاع بناء على أسباب الالتماس. وهو يجوز فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية سواء من محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية.

وقد ذهب رأى على أنه لا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة عموماً- ومن بينها أحكام الحراسة- استناداً إلى أن الطعن بالالتماس هو طريق استثنائى يوجه ضده الأحكام الانتهائية، أما الأحكام المستعجلة فلا تفصل نهائياً فى أصل النزاع. ولما كانت هذه الأحكام أحكاماً وقتية يأمر فيها القاضى باتخاذ إجراء تحفظى لا يؤثر على الموضوع، فهى لا تحوز قوة الشيء المقضى فيه أمام محكمة الموضوع، فيجوز لذوى الشأن الالتجاء للقضاء العادى لاستصدار حكم فى أصل النزاع ولمحكمة الموضوع أن

تقضى فيه على خلاف ما قضى به الحكم المستعجل إذا تبين لها أن هذا الإجراء فى غير محله، فضلا عن أنه يجوز للطرفين أو لأحدهما الالتجاء إلى القاضى المستعجل بطلب تعديل الحكم أو إلغائه عند حصول تغيير فى وقائع الدعوى المادية أو فى مركز أحد الطرفين القانونى أو كليهما⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر على أنه يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الأحكام المستعجلة وذلك استنادا إلى ما يأتى:

1- أن نص المادة 241 مرافعات التى أجازت التماس إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الواردة بها جاءت عامة، ومن ثم لا يجوز الانتقاص منها بغير نص.

2- لا يجوز القول بعدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الأحكام الانتهائية المستعجلة بحجة أن هذه الأحكام تولد حماية وقتية إلى أن يفصل فى أصل الحق من محكمة الموضوع، لأن هذا القول محل نظر، ففى الطعن بالتماس إعادة النظر تنقيد محكمة الالتماس بإجراءات وسلطات القاضى المستعجل ومنها عدم المساس بأصل الحق وتوافر الاستعجال بمعنى أنه إذا اتضح أن التثبيت من توافر إحدى حالات الالتماس يقتضى تحقيقا موضوعيا، أو أن الفصل فى الطعن يقتضى بالضرورة المساس بأصل الحق، فإنه يجب على محكمة الالتماس أن تقضى بعدم قبوله.

3- أن الأحكام المستعجلة هى أحكام بالمعنى القانونى، فهى تفصل فى نزاع ولو مؤقتا، وقد أباح المشرع استئنافها، وبالتالي يجوز الطعن فيها بالتماس إعادة النظر حينما تعتبر نهائية لعدم وجود نص قانونى يمنع ذلك.

4- أن الأحكام المستعجلة يجوز الطعن فيها بالنقض، وعلى هذا إجماع الفقه، ولم

(1) السنهورى ص 900- راتب وآخرين ص 142- محمد عبد اللطيف ص 603- فتحى والى

الوسيط فى قانون القضاء المدنى 1980 ص 796- عبد الحميد الشواربى ص 178.

يقول أحد بعدم جواز ذلك، كما قال الرأى الأول بالنسبة لالتماس إعادة النظر⁽¹⁾.

الآثار التي تترتب على حكم الحراسة

383- ثبوت صفة الحارس بمجرد صدور الحكم بتعيينه :

تثبت صفة الحارس بمجرد صدور الحكم بتعيينه حارساً، دون حاجة إلى إعلان حكم الحراسة من المحكوم له للمحكوم عليه، لأن حكم الحراسة ليس في طبيعته ما يقتضى من المحكوم عليه إجراء فعل ولا أداء دين، وتعبير آخر ليس من أحكام الإلزام وقانون المرافعات وإن كان قد أوجب في المادة 281 منه إعلان الحكم والتكليف بالوفاء قبل الشروع في التنفيذ الجبرى فإن ذلك لحكمة ارتأها المشرع هي تمكين المطلوب التنفيذ عليه من القيام بالوفاء ودياً بما هو مطلوب منه، حتى يقي نفسه متاعب التنفيذ الجبرى ونفقاته، وليس في الحكم بتعيين حارس ومنحه هذه الصفة إلزام المحكوم عليه بأداء أمر معين يمكن أن يفى به ودياً قبل التنفيذ به جبراً، ومن ثم تنتفى حكمة الإعلان والتبنيه⁽²⁾.

فالحراسة ليست وديعة لا تتعقد قانوناً إلا بتسليم الأعيان موضوع الحراسة إلى الحارس، لأن الحراسة وإن كانت تشبه الوديعة في بعض صورها في حالة وقوع

(1) الدكتور نبيل عمر الطعن بالتماس إعادة النظر الطبعة الأولى 1983 ص 74 وما بعدها = محمد كمال عبد العزيز تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء الجزء الأول الطبعة الثالثة 1995 ص 1613 وما بعدها - الدناصوري وعكاز ص 529 ، 667 وما بعدها - الدكتور رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثامنة 1968 - 1969 ص 859- وقد جاء في المؤلف الأخير هامش (4) ما يأتي: "يبدو أن الأعمال التحضيرية لقانون المرافعات الملغى تؤيد الرأى الذى نقول به فقد تساءل أحد أعضاء اللجنة الحكومية التى وضعت القانون (لجنة سنة 1944) عن جواز الالتماس فى الأحكام المستعجلة أو عدم جوازه، وقد رأت اللجنة أن شأن الأحكام المستعجلة فى هذا شأن غيرها من الأحكام يجوز الطعن فيها بالالتماس إذا توافرت شروطه".

(2) عبد الحكيم فراج ص 319- السنهورى ص 911- راتب وآخرين ص 508 وما بعدها.

الحراسة على منقول فقط، فإن هذا لا يجعلها وديعة فى طبيعتها ولا فى كل أحكامها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "الحارس القضائى يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه، وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وإذن فللحارس بمجرد صدور الحكم بإقامته أن يقاضى عن العين الموضوعة تحت حراسته ولو لم يكن حكم الحراسة قد أعلن قبل رفع الدعوى.

وإذا كان القانون لا يوجب إعلان الأحكام إلا توسلا للتنفيذ الجبرى فلا يكون إعلان حكم الحراسة إلى المحكوم عليه واجبا إلا إذا أريد تنفيذه بتسلم الأعيان محل الحراسة، أما القول بأن الحراسة القضائية وديعة فلا تتعقد قانونا إلا بتسليم الأعيان موضوع الحراسة إلى الحارس فمردود بأن الحراسة القضائية إن كانت تشبه الوديعة فى بعض صورها فى حالة وقوع الحراسة على منقول فقط فإن هذا لا يجعلها وديعة فى طبيعتها ولا فى كل أحكامها".

(طعن رقم 24 لسنة 17 ق جلسة 1948/4/22)

2- "إذا كانت الحراسة القضائية ليست بعقد وكالة لأن القضاء - لا اتفاق ذوى الشأن - هو الذى يفرضها فإن الحارس يصبح بمجرد تعيينه، وبحكم القانون نائبا إذ يعطيه القانون سلطة فى حفظ وإدارة الأموال الموضوعة تحت حراسته وردها لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وتقديم حساب عن إدارته لها ونيايته هذه نيابة قانونية من حيث المصدر الذى يحدد نطاقها إذ ينوب عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة وتثبت له هذه الصفة بمجرد صدور حكم الحراسة".

(طعن رقم 1318 لسنة 48 ق جلسة 1981/6/25)

3- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الحراسة إجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس قضاء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته وإنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة

التي تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم- وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادى فيستمد الحارس سلطته من الحكم الذى يقيمه وثبتت له هذه الصفة بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر كالتسليم ويكون هو صاحب الصفة فى الأعمال التى نظمت به وفى الدعاوى المتعلقة بها وبمجرد صدور الحكم بعزل الحارس فإنه يفقد صفته وجميع التصرفات التى يجريها بعد عزله تعتبر صادرة خارج حدود نيابته- وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول تدخل الطاعنة بصفقتها حارسة قضائية على العقار على ما جاء بمدوناته من أن الحكم رقم 280 لسنة 1977 مستأنف مستعجل القاهرة الصادر بتاريخ 14/2/1978 قد قضى بعزلها من الحراسة وتعيين المطعون ضدها الأولى حارسة على العقار وأن هذا الحكم يحدث أثره من تاريخ صدوره- فإنه يكون قد التزم صحيح القانون- ولا عليه إن لم يرد على المستندات المقدمة من الطاعنة للتدليل على أن هذا الحكم قد أوقف تنفيذه إذ أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالتحدث عن مستند ليس من شأنه أن يكون له تأثير فى الفصل فى الدعوى ومتى كانت محكمة الاستئناف وعلى ما سلف قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله فإنها لا تكون ملزمة بتتبع الخصوم فى أقوالهم وحججهم مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى والمسقط لتلك الأقوال والحجج ويكون النعى بهذين السببين على غير أساس".

(طعن رقم 2117 لسنة 52 ق جلسة 1989/11/26)

4- "الحارس القضائى يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه وثبتت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر".

(طعن رقم 321 لسنة 30 ق جلسة 1991/2/30)

5- "إذ كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن فرض الحراسة القضائية على مال من الأموال يقتضى غل يد المالك عن إدارة هذا المال فلا يجوز له- بمجرد

صدر حكم الحراسة- أن يباشر أعمال الإدارة المتعلقة به ومنها الإيجار وإنما يكون ذلك للحارس القضائي في حدود المهمة المكلف بها بمقتضى ذلك الحكم وتثبت للحارس هذه الصفة بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر كالتسليم".

(طعن رقم 1113 لسنة 57 ق جلسة 1992/5/4)

6- "الحراسة القضائية. الحكم الصادر فيها ماهيته. ثبوت صفة الحارس

القضائي بمجرد صدور الحكم الذى يقيمه".

(طعن رقم 6672 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/23)

7- "فرض الحراسة القضائية على العقار. أثره غل يد المالك عن إدارته

الحارس القضائي هو صاحب الصفة فى مباشرة أعمال الإدارة المتعلقة به ثبوت صفته بمجرد صدور الحكم الذى يقيمه دون حاجة إلى أى إجراء آخر. تأجيله عين النزاع اعتباره نافذا فى حق جميع الشركاء علة ذلك".

(طعن رقم 1593 لسنة 54 ق جلسة 1994/7/11)

8- "الحارس القضائي. ثبوت صفته بمجرد صدور الحكم الذى يقيمه".

(طعن رقم 5675 لسنة 63 ق جلسة 1998/9/6)

9- "الحارس القضائي. يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه. ثبوت صفته.

بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى إجراء آخر. اعتباره وحده صاحب الصفة فى كل ما يتعلق بإدارة العقار محل الحراسة وغل يد ملاكه عن إدارته بمجرد وضع المال تحت الحراسة".

(طعن رقم 4694 لسنة 66 ق - جلسة 2007/2/28)

وبالترتيب على ذلك يجوز للحارس مطالبة المستأجرين بأجرة الأطنان

الموضوعة تحت حراسته قبل إعلان هذا الحكم، لأن هذه المطالبة من إجراءات التقاضى وليست عملا من أعمال التنفيذ، أما إذا أريد تنفيذ حكم الحراسة بتسليم الأعيان محل الحراسة إلى الحارس فإن ذلك يكون من قبيل التنفيذ الجبرى ويجب إعلان السند التنفيذى.

والحكم الصادر بفرض الحراسة يخول الحارس انتزاع الأموال محل الحراسة من حائزها وتسليمها مع توابعها ولو لم ينص الحكم على ذلك.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"..... بما مؤداه أن الحراسة- بالنظر إلى طبيعتها ومداهها- لا تعدو أن تكون إجراء تحفظيا لا تنفيذيا، وأن الخطر العاجل الذى يقتضيها يعتبر شرطا موضوعيا متطلبا لفرضها، وأن صفتها الوقتية تحول دون استمرارها بعد زوال مبرراتها، وأن الحكم بها لا يمس أصل الحقوق المتنازع عليها، ولا يعتبر قضاء بإثباتها أو نفيها، وأن توقيعها يخول الحارس انتزاع الأموال محلها من حائزها وتسليمها مع توابعها- ولو لم ينص الحكم عليها ليباشر فى شأنها- لا مجرد الأعمال التحفظية- بل كل الأعمال التى تلائم طبيعتها وظروفها، وتقتضيها المحافظة عليها وإدارتها بما فى ذلك رد المخاطر عنها وتوقيعها قبل وقوعها".

(طعن رقم 26 لسنة 12 قضائية "دستورية" جلسة 1996/10/5)

384- تقرير صفة الحارس بمقتضى الحكم لا يعنى إجبار الحارس

على الحراسة:

ليس معنى ثبوت صفة الحارس من مجرد صدور الحكم بتعيينه حارسا، إلزام الحارس بقبول الحراسة رغما عنه مهما كانت الطريقة التى عرضت بها عليه. فإذا عين شخص حارسا قضائيا بغير علمه أو بغير رضائه كان له رفض الحراسة.

385- لزوم إعلان حكم الحراسة للتنفيذ الجبرى وجواز التنفيذ

بمسودته:

يجب أن يسبق تنفيذ حكم الحراسة تنفيذا جبريا إعلان حكم الحراسة لشخص المدين أو فى موطنه الأصلي، وإلا كان التنفيذ باطلا (م 281 مرافعات). ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أو المحكمة الموضوعية حسب الأحوال أن تأمر بتنفيذ

الحكم بمسودته بغير إعلانه، وفي هذه الحالة يسلم الكاتب المسودة للمحضر وعلى المحضر أن يردها بمجرد الانتهاء من التنفيذ (م286 مرافعات).

386- شمول الحراسة الشيء الأصلي المتنازع عليه وتوابعه :

تشمل الحراسة الشيء الأصلي المتنازع عليه الموضوع تحت الحراسة وتوابعه، ولو لم ينص الحكم على دخول هذه التوابع في الحراسة صراحة، لأن دخولها تحت الحراسة مع الشيء المتنازع عليه إنما يحصل بقوة القانون⁽¹⁾.
فإذا قضى بفرض الحراسة على شركة، فإن الحراسة تشمل الأدوات والبضائع والمنقولات الأخرى الموجودة بالمحل.

ووضع عقارات تركة تحت الحراسة القضائية يشمل المنقولات الموجودة فيها المملوكة للمورث ولو لم ينص الحكم على وضعها تحت الحراسة. ولا يعتبر من التوابع العقارات المؤجرة من الغير والموضوع فيها الأموال المفروضة عليها الحراسة، أو العقارات المملوكة للغير والمستخدمة على سبيل التسامح لمنفعة الأموال المفروضة عليها الحراسة⁽²⁾.

ولا يعتبر من توابع شركة أو موجوداتها الأشياء المتنازع جدياً على ملكيتها بين أصحاب الأموال الموضوعه تحت الحراسة وبين الغير⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وحيث إن النعى مردود، ذلك أنه لما كانت الحراسة تشمل الشيء الأصلي المتنازع عليه وتوابعه سواء نص على هذه التوابع في الحكم صراحة أو لم ينص لأن دخولها تحت الحراسة مع الشيء المتنازع عليه إنما يحصل بقوة القانون، وكان

(1) عبد الحكيم فراج ص337 وما بعدها- راتب وآخرين ص525 وما بعدها- صلاح الدين

بيومي وإسكندر زغول ص359.

(2) السنهوري ص903- الدناصوري وعكاز ص519.

(3) راتب وآخرين ص526.

النزاع حول تبعية الشيء للأموال محل الحراسة يتعلق بتحديد ما للحارس من سلطات وما يقع على عاتقه من التزامات فإنه يكون وحده صاحب الصفة فى الدعاوى التى ترفع حسما لهذا النزاع تبعا لما تلقىه عليه المادة 734 من التقنين المدنى من التزام بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها. لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن النزاع فيها يدور حول ما إذا كانت شقة النزاع مستأجرة لسكنى المطعون عليها وفق صريح عبارات عقد استئجارها أم أنها مخصصة لخدمة المحل موضوع الحراسة وأن ما ورد بالعقد خلافا لذلك صورى وبالتالي تتبع هذا المحل وكان النزاع بهذه الصورة يدور بين المطعون عليها باعتبارها المستأجرة الظاهرة لعين النزاع وبين الطاعنة التى تدعى صورية العقد وأنه فى حقيقته صادر لصالح المحل موضوع الحراسة وهو ادعاء يدخل فى نطاق التزامها بالمحافظة على الأموال المعهودة إليها حراستها فإنها تكون صاحبة الصفة فى مخاصمة المطعون عليها إذا امتنعت عن تسليمها هذه العين يحق للأخيرة مخاصمة الطاعنة للحصول على حكم بعدم تبعية العين للمحل موضوع الحراسة وبأحقيتها فى استلامها. لما كان ما تقدم، وكان لا يغير من طبيعة هذا النزاع أن يكون أحد ملاك المحل وهو زوج الطاعنة قام بنقل بعض منقولات المحل إلى شقة النزاع فى غيبة شقيقته المطعون عليها قبل فرض الحراسة على المحل المشار إليه طالما وضعت الطاعنة يدها عليها باعتبارها من توابع المحل وقامت الأدلة على عدم صحة هذه التبعية المدعى بها وهى جوهر النزاع فى الدعوى، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق يكون على غير أساس".

(طعن رقم 35 لسنة 47 ق جلسة 1979/6/6)

387- أثر حكم الحراسة على الشريك فى العين الموضوعة تحت

الحراسة:

لا يؤثر حكم الحراسة على حقوق الشريك فى التصرف أو الانتفاع بحصته شائعة، وكل ما هنالك أن إدارتها وصيانتها تصبح من حقوق الحارس. غير أنه إذا ثبت أن وجود الشريك فى العين الموضوعة تحت الحراسة يمثل عبءة تعرقل أعمال الحارس كما لو استأثر بوضع يده على العين جميعها ومنع الحارس من إدارتها واستغلالها على أى صورة من الصور، أو منعه من إجراءات الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانتها فتصبح الحراسة عديمة الجدوى من الناحية العملية، وتستهدف حقوق باقى الشركاء لخطر لا يمكن تداركه مستقبلاً إذا استمر هذا الشريك واضعاً اليد على العين، فيصبح فى هذه الأحوال درء الخطر عن طريق الالتجاء للقضاء المستعجل بطرد الشريك المشاغب من العين حتى تتاح الفرصة للحارس فى أداء مأموريته التى رسمها له حكم الحراسة محافظة على حقوق باقى الشركاء وأصحاب المصلحة فى المال الشائع⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الحراسة القضائية إجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته وإنما هو تقرير يتوافر به صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تتاط به فى الحد الذى نص عليه الحكم، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادى، فلا يجوز للحارس انتزاع الأعيان الموضوعة تحت الحراسة والتى يضع اليد عليها الشريك على الشيوخ بسند قانونى من قبل فرض الحراسة، كما أن الحراسة لا تؤثر فى حق هذا الشريك فى التصرف أو الانتفاع بهذه الحصاة فيما لا يتعارض مع سلطة

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص320- السنهورى ص904 هامش (2)- المستشار

الحارس".

(طعن رقم 1014 لسنة 51 ق جلسة 1988/5/8)

- 2- "عدم جواز انتزاع الحارس الأعيان الموضوعة تحت الحراسة والتي يضع اليد عليها الشريك على الشيوع بسند قانوني من قبل فرض الحراسة.
- 3- "فرض الحراسة. أثره. امتناع الشريك على الشيوع القيام بأى عمل من أعمال إدارة العقار المفروضة عليه الحراسة. علة ذلك".

(طعن رقم 5675 لسنة 63 ق جلسة 1998/9/6)

388- أثر حكم الحراسة على مستأجر العين:

إذا كانت الأعيان الموضوعة تحت الحراسة القضائية يشغلها مستأجر بعقد إيجار صحيح، فإن تسلم الحارس لها لا يعنى نزعها من يد المستأجر وإخراجها منها، بل يعنى أن يحل الحارس محل واضع اليد السابق فى قبض الأجرة المستحقة على هذا المستأجر⁽¹⁾.

ولا يجوز للحارس إخلاء المستأجر إلا إذا كان عقد الإيجار قد انتهى، أو إذا كان المستأجر قد أدخل بأحد التزاماته، ويكون ذلك برفع الحارس دعوى أمام المحكمة المختصة.

أما إذا كان عقد الإيجار باطلا أو سوريا، كان على الحارس رفع دعوى ببطلانه أو صوريته وبإخلاء المستأجر من العين، فإذا قضى له بطلباته كان له الحق فى تسلم العين.

وكذلك يكون للحارس طلب إخلاء واضع اليد على العين إذا امتنع عن التعاقد معه.

أما إذ نفذ الحارس حكم الحراسة بطرد المستأجر من العين، فهو مسئول

(1) السنهورى ص 904- راتب وآخرين ص 526- بيومى وزغلول ص 353 وما بعدها.

شخصيا عن التضمنيات التي يطالبه بها⁽¹⁾.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "لما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الإشكال في تنفيذ حكم الحراسة أقام قضاءه على أسباب جاءت قاصرة في الرد على ما تمسكت به المستشكلة من حيازتها لجزء من الأطنان موضوع الحراسة بمقتضى عقد إيجار صحيح وعلى ما تمسكت به من أن الحارس القضائي لا يجوز له أن ينزع هذه الأطنان من تحت يدها تنفيذا لحكم الحراسة بل كل ما يخوله هذا الحكم من حقوق قبلها هو أن يستولى منها على الأجرة المتفق عليها في مواعيد استحقاقها، وكان ما قرره الحكم المطعون فيه من أن حكم الحراسة يعتبر حجة على المستشكلة بوصفها مستأجرة وأنها كانت ممثلة في دعوى الحراسة في شخص المؤجر لها وأن ما ترمى إليه من وراء الإشكال إنما هو احترام عقد الإيجار الصادر لها من أحد خصوم دعوى الحراسة وأن هذا لا يجوز أن يقف في طريق تنفيذ حكم الحراسة باستلام الأطنان لإدارتها واستغلالها في حدود منطوق ذلك الحكم لأن إدارة الحارس للأطنان لا يضيع على المستشكلة أى حق لها- هذا القول لا يبزر القضاء برفع يد المستشكلة عن الأطنان المؤجرة لها تنفيذا لحكم الحراسة ذلك أن صفة الحارس في قبض الأجرة المستشكلة لم تكن محل نزاع منها في الدعوى وأن تنفيذ حكم الحراسة عليها برفع يدها عن الأطنان المؤجرة لها لا يصح إلا إذا تراءى لمحكمة الإشكال من ظاهر المستندات المقدمة في الدعوى ترجيح مظنة صورية عقد الإيجار الذي تتمسك به، وكان الحكم المطعون فيه لم يتعرض لهذا البحث الذي كان مدار النزاع بين الخصوم في الدعوى- لما كان ذلك فإن هذا الحكم يكون قاصر البيان قصورا يستوجب نقضه".

(طعن رقم 448 لسنة 21 ق جلسة 1953/4/16)

2- "الحراسة إجراء تحفظي والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل

(1) محمد على رشدي ص 371 وما بعدها.

التفويض المادى فى ذاته إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التى تتاط به فى الحد الذى نص عليه الحكم، وإبراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملاً حكماً ليس له كيان مادى فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضع اليد على العقار مادام مستأجراً بعقد لا شبهة فى جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل، بل يحق له فقط تحصيل الإيجار المستحق من المستأجر".

(طعن رقم 36 لسنة 22 ق جلسة 1955/2/10)

3- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذ حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار فى انتفاعه وطلب الأخير تعيين حارس قضائى لإدارة الأقطان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك فإن يده لا تعتبر أنها رفعت عن الأقطان المؤجرة بوضعها تحت الحراسة القضائية لأن الحارس ينوب عنه هو وغيره من المتنازعين فى دعوى الحراسة".

(طعن رقم 1124 لسنة 47 ق جلسة 1981/2/25)

389- أثر حكم الحراسة على حقوق الدائنين:

لا يترتب على الحكم الصادر بالحراسة حرمان الدائنين من اتخاذ إجراءات التنفيذ على مال مدينهم الموضوع تحت الحراسة. لأن الحراسة ليست قيدياً على الملكية، تحد من حق مالك العقار فى التصرف فى المال المملوك له الموضوع تحت الحراسة، وتخرجه من ضمان ديونه وتنفيذ الدائنين على رقبته بنزع ملكيته. إنما هى قيد على حق الانتفاع بالعقار واستعماله، تغل يد مالكة عن إدارته وقبض ثماره، وتوفر للحارس الصفة فى ذلك. وعلى ذلك يجوز للدائنين اتخاذ إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير على الأموال الموجودة تحت يد الحارس استيفاء لديونهم⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن:

(1) محمد على رشدى ص 372 وما بعدها- محمد عبد اللطيف ص 321.

"لا يجوز لمن كان له دين على أحد ملاك العين الموضوعة تحت الحراسة القضائية أن ينفذ بدينه على محصولات تلك العين مباشرة، بل الواجب في هذه الحالة هو أن ينفذ تحت يد الحارس القضائي بطريق حجز ما للمدين لدى الغير"⁽¹⁾.

(نقض جنائي 14/11/1932)

390- أثر حكم الحراسة على حقوق المالك :

لا يترتب على حكم الحراسة أى تأثير على ملكية الشخص المحكوم بوضع أمواله تحت الحراسة أو على أهليته المدنية فيظل له بالرغم من حكم الحراسة حق التصرف في هذه الأموال بكافة وجوه التصرف القابلة لها قانونا ما لم تكن ملكيته لها متنازعا عليها جديا⁽²⁾.

وللمالك أيضا أن يرفع باسمه دعاوى المتعلقة بالحقوق العينية، وله عند الضرورة أن يرفع باسمه دعاوى اليد عند حصول تعرض مادي أو قانوني على الأعيان محل الحراسة، وأن يتخذ كافة الإجراءات التحفظية التي من شأنها المحافظة على هذه الأعيان إذا تراخى الحارس عن اتخاذها في الوقت المناسب. ويجوز للمالك اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقوقه قبل الحارس، فله أن يرفع دعوى بإثبات حالة الأعيان الموضوعة تحت الحراسة لمعرفة مدى عناية الحارس بها وبيان مدى الضرر الذى أصابه بسبب تقصير الحارس أو إهماله، كما يجوز له أن يرفع دعوى بطلب تمكينه من إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانة هذه الأعيان إذا كان الحارس قد أهمل العناية بها، وله أيضا أن يرفع دعوى مستعجلة فى مواجهة الحارس بطلب طرد المستأجر من

(1) منشور بمؤلف المستشار محمد عبد اللطيف ص 321 هامش (1).

(2) عبد الحكيم فراج ص 330 وما بعدها - محمد عبد اللطيف 318 - الدناصورى وعكاز

العين المؤجرة عند تحقق الشرط الصريح الفاسخ المترتب على التأخير فى أداء الأجرة إذا ظلت الأجرة تتراكم فى ذمة المستأجر دون أن يتخذ الحارس أى إجراء ضده.

ويجوز للغير أن يرفع ضد المالك كافة الدعاوى العينية العقارية وسائر الدعاوى الأخرى المتعلقة بالعقار دون حاجة إلى إدخال الحارس القضائى خصما فيها، وذلك فيما عدا الدعاوى المتفرعة عن أعمال الإدارة فيجب أن ترفع على الحارس وإلا كانت غير مقبولة⁽¹⁾.

غير أن الحراسة تفقد مالك المال كل سبب قانونى فى وضع اليد عليه، وتحرمه من الانتفاع به أو استغلاله إلا عن طريق الحارس وبمقدار صافى الربح بعد تنفيذ حكم الحراسة فيه فللحارس وحده حق التأجير لشخص دون آخر، فلا يستطيع المالك إجباره على التأجير لشخص معين، بل يراعى الحارس فى ذلك مصلحة جميع من يمثلهم.

وللحارس تبعا لذلك حق قبض الأجرة، ولا يجوز للمالك أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الحارس والمستأجر⁽²⁾.

فالحارس هو الشخص الوحيد المسئول عن إدارة الأيطان واستغلالها وصيانتها وحفظها قبل المتخاصمين وقبل الغير والنقضى فى شأنها فيما يتعلق بأعمال الحراسة، وكل ذلك بالقدر الذى تتطلبه أعمال الإدارة وبالشروط التى يعينها له حكم الحراسة.

(1) محمد كامل مرسى ص 670- محمد عبد اللطيف ص 318 وما بعدها- الدناصورى وعكاز ص 525.

(2) محمد على رشدى ص 374.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- (أ) - "متى قضى بإقامة حارس قضائي على أعيان وقف وخوله الحكم الذى أقامه إدارة هذه الأعيان فإنه يصبح بمثابة ناظر مؤقت ويكون هو صاحب الصفة فى تمثيل الوقف أمام القضاء ولا يملك التحدث فى شئون إدارة الوقف سواه".

(ب) - "يترتب على مجرد صدور حكم فى مواجهة الناظر بإقامة حارس على نصيبه فى الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلى أى إجراء آخر. وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن استأجر من الناظر السابق حصته فى الوقف بعد أن قضى فقى مواجهة هذا الأخير بوضعها تحت الحراسة القضائية ولما لم يتمكن الطاعن من وضع يده على العين المؤجرة نظرا لوجودها فى حيازة آخرين مستأجرين من الحارس أقام دعواه على المؤجر بصفته ناظرا للوقف يطالبه بالمبلغ الذى قبضه منه من الإيجار وبالتعويض المنصوص عليه فى العقد وقد انتهت هذه الدعوى بتحرير محضر صلح بين الطاعن وبين الناظر صدقت عليه المحكمة وتعهد فيه المؤجر بصفته ناظرا على الوقف بأن يدفع إلى الطاعن المبلغ المطلوب وفوائده وكان ذلك أثناء قيام الحراسة القضائية على الوقف فإن هذا الصلح لا يعتبر حجة على الوقف ومن ثم يكون اعتبار الحكم المطعون فيه الوقف أجنبيا عنه لا يحاج به هو اعتبار صحيح لا مخالفة فيه للقانون".

(طعن رقم 68 لسنة 19 ق جلسة 1951/4/19)

2- "أثار حيازة الحارس القضائي باعتباره وكيلًا عن أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة تتصرف إليهم بحيث يكون لهم دون غيرهم الاستناد إليها كسبب من أسباب الملكية".

(طعن رقم 552 لسنة 45 ق جلسة 1978/5/4)

3- "الحراسة القضائية لا تبيح للحارس إلا أعمال الإدارة فى نطاق المهمة الموكولة إليه بموجب الحكم وكان فرضها لا يمس حق أصحاب الأموال فى اتخاذ كافة الأعمال المتصلة بها والتي لا تدخل فى مهمة الحارس وسلطته إذ لا أثر لها على الأهلية المدنية لهم فى هذا النطاق، وكانت الدعاوى العينية وكافة الدعاوى المتعلقة بهذه الأموال - محل الحراسة- عدا تلك الخاصة بالإدارة والحفظ تخرج عن نطاق مهمة الحارس القضائى فلا يمثلها فيها".

(طعن رقم 1357 لسنة 49 ق جلسة 1983/5/31)

ولما كان حكم الحراسة وقتى لا يمس أصل الحق ولا يعتبر فاصلا فيه، فإن الحكم الصادر بفرض الحراسة على أطيان المورث لا يعتبر حجة على أن هذه الأطيان هى كل ما كان يملكه عند الوفاة.

(راجع نقض طعن رقم 14 لسنة 39 ق "أحوال شخصية" جلسة 1973/3/14)

(منشور سلفا)

وعدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص له فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"عدم منازعة المدين فى دعوى الحراسة ووضع أمواله تحت يد الحارس والترخيص فى اقتضاء حق الدائن من ريعها لا ينطوى على إقرار ضمنى بالحق، ذلك أن المدين لا يترك أمواله بإرادته تحت يد الحارس حتى ينسب إليه ما يتضمن هذه الإقرار، وإنما هو يلتزم بذلك تنفيذاً لحكم الحراسة. كما أن مطالبة الحارس بتقديم كشف الحساب لا يمكن اعتبارها بالتالى ونتيجة لما تقدم إقراراً ضمناً بالحق قاطعاً للتقادم".

(طعن رقم 168 لسنة 32 ق جلسة 1966/11/22)

391- الصعوبات التى تعترض الحارس عند تنفيذ حكم الحراسة :

قد تعترض الحارس صعوبات فى تنفيذ حكم الحراسة، كأن يمانع شخص فى تسليم الحارس عيناً من الأعيان الموضوعه تحت الحراسة بدعوى أنه مستأجر لها، أو يدعى شخص أنه مالك لها ولم يختصم فى دعوى الحراسة.

ولما كان تسليم الحارس للأطيان مما يقتضى تنفيذه جبراً، فإن الصعوبات سالفه الذكر تعتبر عقبة فى التنفيذ، ويختص بالفصل فيها قاضى التنفيذ بصفته المستعجلة عملاً بالمادة 275 من قانون المرافعات، ويتعين على قاضى التنفيذ أن يبحث مدى جدية ادعاء المستشكل من ظاهر أوراق الدعوى دون المساس بأصل الحق فإذا استبان له جدية ادعاء المستشكل قضى بوقف تنفيذ حكم الحراسة أما إذا استبان له عدم جديته قضى برفض الإشكال والاستمرار فى تنفيذ حكم الحراسة⁽¹⁾.



(1) السنهورى ص 904- بيومى وزغلول ص 354 وما بعدها - الدناصورى وعكاز 509 وما بعدها.

مادة (733)

يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية.

الشرح

392- كيفية بيان التزامات الحارس وحقوقه :

تنص المادة 733 مدنى على أن: "يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة، وإلا فتطبق أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام الآتية".

ونخلص من هذا النص أنه إذا كانت الحراسة اتفاقية فإن الطرفين يحددان فى عقد الحراسة ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة. أما إذا كانت الحراسة قضائية، فقد ترك المشرع للقاضى سلطة تحديد التزامات الحارس وحقوقه وسلطته.

وقد يرد هذا التحديد إما فى منطوق حكم الحراسة أو فى أسبابه. وقد ينص الحكم على تضييق سلطة الحارس كأن ينص على حق الحارس فى زراعة الأطنان الموضوعة تحت الحراسة أو فى تأجيرها بالمزاد العلنى فلا يجوز تأجيرها بالممارسة. أو فى التأجير لمدة لا تزيد على سنة بدلا من ثلاث سنوات، أو ينص الحكم على عمل الجرد بشكل معين أو بحضور أشخاص معينين، أو على منع الحارس من بعض أعمال الإدارة بالذات، أو على ضم آخر إليه بحيث لا يجوز لأيهما الانفراد بالعمل.

وقد ينص الحكم على توسيع سلطة الحارس، كأن يجيز له التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو الانفراد بالعمل مع وجود حارس مضم، أو الإعفاء من التقدم بحساب سنوى والاكتفاء بحساب عند انتهاء الحراسة، أو القيام ببعض أعمال

التصرف كإجراء تحسينات فى الأعيان أو بيع ما يكون معرضاً للتلف أو ما يتكلف حفظه نفقات جسيمة⁽¹⁾.

ويجب فى جميع الأحوال أن يلتزم الحكم فى بيان سلطة الحارس، حدود الإجراءات التحفظية المؤقتة دون مساس بالحق.

فإذا سكت الحكم ولم يبين التزامات وحقوق وسلطات الحارس طبقت أحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع الأحكام التى نص عليها التقنين المدنى فى المواد (734 - 738) الواردة فى الحراسة. والتى سنعرض لها فى موضوعها.

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يحدد الاتفاق أو الحكم القاضى بالحراسة التزامات الحارس وحقوقه. فإذا لم يحدد شيء من ذلك تسرى فى شأنه أحكام المواد 1020 إلى 1024 وتكمل أحكام هذه المواد بأحكام الوديعة وأحكام الوكالة بالقدر الذى يتفق مع طبيعة الحارس، لأن الحارس منوط به حفظ الشيء كالوديعة، وإدارته كالوكيل"⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة 733 من القانون المدنى على أن الحكم القاضى بالحراسة هو الذى يحدد ما على الحارس من التزامات وما له من حقوق وسلطة وإلا تطبق أحكام الوديعة والوكالة، وكانت المادة 701 قد نصت على أن "الوكالة الواردة فى أفاظ عامة... لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات...." كما نصت المادة 559 على أنه "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة...." ونصت المادة 735 على أنه "لا يجوز

(1) السنهورى ص 919.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 288.

للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء"، يدل على أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من أحكام فى هذا الصدد، وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدده الحكم القاضى بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد فى الحكم أو فى القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته .

(طعن رقم 950 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/9)⁽¹⁾

(1) كما قضت محكمة النقض بصدد الحراسة على الوقف بأن:

1- "للحارس على مال موقوف من السلطة فى إدارة شئون الوقف ما لناظره فهو يملك التحدث عن شئون الوقف إلا أن يحد الحكم الذى أقامه من مهمته، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن عقد الإيجار الصادر من ناظر الوقف بعد إقامة حارس عليه لا يحاج به الوقف، فإن ما قرره هذا الحكم لا يخالف القانون".

(طعن رقم 139 لسنة 21 ق جلسة 1954/4/15)

2- "إن وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة القضائية ليس له فى القانون قواعد خاصة يرجع إليها لمعرفة مهمة الحارس ومدى سلطته فى إدارة شئون الوقف، إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحفظى مستعجل ومؤقت يلجأ إليه عند الضرورة. فالحكم الصادر بالحراسة هو وحده الذى يبين مداها ومبلغ حدها من سلطة الناظر صاحب الولاية الشرعية على الوقف وإذن فلا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول مقاضاة الناظر وحدهم دون الحراس إلا على أساس ما يكون واردا فى حكم الحراسة خاصة بمهمة الحارس. فإذا كان الحكم فى قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على ناظر الوقف لعدم اختصام الحراس فيها قد اكتفى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحراس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأسمى الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون الناظر فى كل شئونه، أم أن مهمتهم محصورة فى نطاق معين بحيث يبقى للناظر صفة تمثيل جهة الوقف أصليا، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتائجها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحراس، فلا شك أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه ويجعل النتيجة التى وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها".

=

(طعن رقم 71 لسنة 12 ق جلسة 1943/4/29)

ويفهم من النصوص المشار إليها ومن النصوص الواردة في شأن الوديعة والوكالة أن الحارس يلتزم بما يلتزم به المودع عنده، وبما يلتزم به الوكيل. وهذه الالتزامات هي التي تحدد في الوقت ذاته سلطته. وللحارس حقوق المودع عنده وحقوق الوكيل.

ولما كانت التزامات المودع عنده هي تسلم الشيء والمحافظة عليه ورده، وكانت التزامات الوكيل تنفيذ الوكالة (تنفيذ الوكالة في الحراسة هي إدارة الأموال) وعدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن في حفظ المال أو إدارته دون رضا الآخرين وتقديم حساب عن الوكالة ورد ما يكون للموكل عند الوكيل فإنه يترتب على ذلك أن التزامات الحارس تنحصر فيما يأتي:

- 1- تسلم المال.
- 2- المحافظة على المال.
- 3- إدارة المال.
- 4- عدم جواز إحلال أحد ذوى الشأن في حفظ المال أو إدارته دون رضا الآخرين.
- 5- تقديم الحساب.
- 6- رد المال.

= 3- للحارس على مال موقوف من السلطة ما للناظر عليه، فهو يملك التحدث عن شؤون الوقف إلا أن يحد الحكم الذى أقامه من مهمته. فإذا كان الحكم الذى أقام الحارس لم يقيد به الإدارة فإنه يكون له - كناظر الوقف - سلطة الترخيص بغير إذن من القاضى فى إحداث بناء فى الوقف ليكون لجهة الوقف متى كان فى ذلك مصلحة تعود على الوقف أو على المستحقين وللمأذون فى إحداث عمارة بوقف متهم أن يرجع فى غلة الوقف بما أنفق، ولا يعتبر ذلك من قبيل الاستدانة على الوقف فمتى كان الحكم قد استند إلى أسباب مسوعة فى تقريره أن ترخيص الحارس فى البناء كان لمصلحة الوقف والمستحقين وبناء على ذلك ألزم الوقف بمصاريف البناء الذى أحدث فى الوقف لمحدثه فإنه لا يكون قد أخطأ.

ولما كانت حقوق المودع عنده هي تقاضى الأجر واسترداد المصروفات والتعويض، وكانت حقوق الوكيل هي نفس حقوق المودع عنده، فإنه يخلص من ذلك أن حقوق الحارس قضائياً كان أو اتفاقياً هي:

1- تقاضى الأجر.

2- استرداد المصروفات.

3- تقاضى التعويض⁽¹⁾.



(1) السنهورى ص 920- عبد الحكيم فراج ص 336 وما بعدها.

مادة (734)

- 1- يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد.
- 2- ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضا الآخرين.

الشرح

التزامات الحارس:

393- الالتزام الأول:

التزام الحارس بتسلم الأموال الموضوعة تحت الحراسة:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال. ويقتضى التزامه بالمحافظة على هذه الأموال تسلمه لها ممن هي في حوزته. وعلى ذلك فإن التزامات الحارس تبدأ بتسلم الأموال الموضوعة تحت الحراسة من يد حائزها.

وإذا لم يتم تسليم هذه الأموال إلى الحارس اختيارياً، كان له تنفيذ التسليم جبرياً، بعد إعلان حكم الحراسة للحائز وتكليفه بالتسليم.

غير أن التسليم قد يكون حكماً إذا كانت الأموال الموضوعة تحت الحراسة موجودة في يد الحارس من قبل، كما لو كان أحد الخصمين هو الذى عين حارساً وكان المال في يده، فتبقى الأموال في يده ولكن على سبيل الحراسة.

ويجب على الحارس قبل تسلم الأموال أن يحرر محضر جرد يثبت فيه الأموال الموضوعة تحت الحراسة وتوابعها- بالتفصيل الذى ذكرناه سلفاً فى موضعه- وأوصافها والحالة التى عليها، فإذا كان هناك محضر جرد حرر قبل

مباشرة لمأموريته. بمعرفة هيئة أخرى أو بمعرفة الورثة أو الشركاء، وجب عليه عند تسلمه للأموال الموضوعة تحت الحراسة أن يراجع ذلك المحضر حتى يتثبت من مطابقته للواقع والحقيقة⁽¹⁾.

ويكون تحرير محضر التسليم بعد إخطار ذوى الشأن وفى حضورهم ويوقع الجميع ومعهم الحارس على محضر التسليم، فإن امتنع بعضهم أو جميعهم أثبت الحارس ذلك، وعلى الحارس أن يسلم كلا من ذوى الشأن صورة من محضر الجرد إن طلب ذلك.

وإذا كان استلام الأموال الموضوعة تحت الحراسة بطريق التنفيذ الجبرى، كان على المحضر أن يجرد الأموال محل الحراسة ويبين أوصافها وتابعها ويسلمها للحارس فى حضور ذوى الشأن.

ويسلم الحارس وكلا من أطراف الحراسة صورة من محضر التنفيذ⁽²⁾.

وتظهر فائدة محضر التسليم جلية واضحة عندما يجب على الحارس رد الأموال الموضوعة تحت الحراسة إلى صاحب الحق فيها عند انتهاء الحراسة أو عند انتهاء مأمورية الحارس إذ يجب أن تسلم إليه كما تسلمها الحارس طبقاً للثابت بمحضر التسليم.

والحراسة لا تنقل ملكية الأموال إلى الحارس بل تبقى ملكاً لصاحبها ومن ثم فإن تبعة هلاك هذه الأموال بعد التسليم تكون على المالك.

394- الالتزام الثانى :

الالتزام الحارس بالمحافظة على الأموال الموضوعة تحت الحراسة :

يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال التى تسلمها بمراعاة طبيعتها وما

(1) السنهورى ص 922- عبد الحميد فراج ص 337- محمد عبد اللطيف ص 330 وما بعدها.

(2) الدناصورى وعكاز ص 542.

تتطلبه من أعمال الصيانة. فإذا كانت الأموال مبان تعين عليه إجراء الإصلاحات الضرورية اللازمة لصيانتها وحفظ كيانها ومنعها من السقوط والتداعي⁽¹⁾. وإذا كانت أرضا زراعية وجب عليه أن يزرعها طبقا للأصول المألوفة فى الزراعة، أو أن يؤجرها ويطالب المستأجر ببذل عناية الرجل المعتاد فى صيانة الأرض وزراعتها⁽²⁾.

وإذا كانت آلات أو بضائع أو منقولات وجب عليه إجراء ما يلزم لحفظها ومنعها من التلف وإذا كان بها بعض العطب وجب عليه العمل على إصلاحه ومنع ازدياده.

والالتزام بالحفظ لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية بل يوجب عليه أيضا أن يتفادى ما قد يعتريها من أضرار باتخاذ ما تستدعيه من إجراءات قضائية أو إدارية بصددها.

فيلتزم باتخاذ الإجراءات القاطعة للتقادم الذى يسرى ضد مصلحة هذه الأموال، وقيد الرهن المقرر لصالح الحراسة وتجديده، وتوقيع الحجز التحفظية لصالح هذه الأموال ورفع الدعاوى المستعجلة التى يقتضيها مقام المحافظة عليها ودفع المضار عنها، والدفاع فى القضايا التى ترفع على الحراسة⁽³⁾.

(1) السنهورى ص 923.

(2) راتب وآخرين ص 529.

(3) السنهورى ص 923- وما بعدها- راتب وآخرين ص 529 وما بعدها.

والمحافظة على المال على النحو السابق هو التزام فى ذمة الحارس وفى الوقت ذاته ولاية له وسلطة، يتولاها وحده دون المالك للمال ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون الحارس وحده صاحب الصفة فى رفعها منه أو فى رفعها عليه. ولا يجوز رفعها من مالك المال ولا عليه لانعدام صفته. إذ الحراسة غل ليد المالك فيما هو من شئونها. ومن أهم شئونها حفظ المال، فىكون للحارس وحده دون المالك الولاية على مال الحفظ⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "وحيث إن هذا النعى فى غير محله، ذلك أنه لما كانت سلطة الحارس القضائى وفقا لنص المادة 734 من القانون المدنى تلزمه المحافظة على الأموال التى يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها، وما تتطلبه من أعمال لرعايتها باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يكتفى بالعناية التى يتوخاها عادة فى شئونه الشخصية وكان هذا الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية، بل يوجب عليه أيضا أن يتفادى بشأنها ما قد يعتريها من أضرار باتخاذ ما تستدعيه من إجراءات إدارية أو قضائية فى صدها، وكانت طبيعة هذا الالتزام وانصبابه على مال مشمول بالحراسة وموجود حكما أو فعلا فى حوزة الحارس. يقتضى أن ترفع منه أو عليه- دون المالك للمال- كافة الدعاوى المتعلقة بأعمال الحفظ والصيانة الداخلة فى سلطته، لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضده طلب طرد الطاعنين الأول والثانى على سند من شغلها شقة النزاع بغير سند وبطريق الغصب، فإن ما سلكه بوصفه حارسا قضائيا من إقامة الدعوى وتحديد الطلبات فيها- أيا كان وجه الرأى فى سدادها- يندرج ضمن سلطة الحارس القضائى فى تأدية التزامه بالحفاظ على الأموال المشمولة بحراسته، وهى بذلك تدخل فى أعمال الإدارة، لما كان ما

(1) السنهورى ص 926- بيومى واسكندر ص 367.

سلف وكان الحكم المطعون فيه قد ساير هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم 89 لسنة 47 ق جلسة 1981/5/16)

2- "الحراسة القضائية نيابة قانونية وقضائية، ذلك أن القانون هو الذى يحدد نطاقها والقضاء هو الذى يسبغ على الحارس صفته تاركا تحديد نطاق مهمته للقانون، ومن ثم يعتبر المطعون ضده الثانى نائبا عن ملاك العقار، ويعتبر العقد الأخير - بعد إجازته منه بصفته حارسا قضائيا وكأنه صدر من جميع الشركاء فى الملكية ويكون نافذا عملا بالمادة 828 من القانون المدني".

(طعن رقم 762 لسنة 52 ق جلسة 1984/3/15)

3- "سلطة الحارس القضائى وفقا لنص المادة 734 من القانون المدني تلزمه المحافظة على الأموال التى يتسلمها بمراعاة طبيعتها والظروف المحيطة بها وما تتطلبه من أعمال لرعايتها باذلا فى ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يكتفى بالعناية التى يتوخاها عادة فى شئونه الشخصية، وهذا الالتزام الملقى على عاتق الحارس لا يقتصر على حفظ الأموال مما قد يصيبها من أعمال مادية، بل يوجب عليه أيضا أن يتفادى فى شأنها ما قد يعثر بها من أضرار باتخاذ ما تستدعيه من إجراءات إدارية أو قضائية فى صددها، وطبيعة هذا الالتزام وانصبابه على مال مشمول بالحراسة وموجود حكما أو فعلا فى حوزة الحارس يقتضى أن ترفع منه أو عليه - دون المالك للمال - كافة الدعاوى المتعلقة بأعمال الحفظ والصيانة الداخلة فى سلطته، وإذ كان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليها طلبت فسخ عقد الإيجار والإخلاء وإزالة ما أقامه المستأجر على سند من أن الطاعنين عمدوا إلى إلغاء حديقة المنزل وأقاموا بدلها عدة أبنية كما هدموا سطح العقار وشيدوا فيه عدة حجرات دون موافقة المؤجر وبالمخالفة للحظر الوارد بالبند الثانى من العقد من منع إجراء التغيير أو استعمال العقار بطريقة تنافى شروطه، فإن ما سلكته المطعون عليها بوصفها حارسة قضائية من إقامة الدعوى وتحديد الطلبات فيها -

أيا كان وجه الرأى فى سدادها- يندرج ضمن سلطة الحارس القضائى فى تأديـة التزامه بالحفاظ على الأموال المشمولة بحراسته".

(طعن رقم 730 لسنة 46 ق جلسة 1978/11/22)

4- "مفاد نص المادتين 1/732 ، 1/734 من القانون المدنى أن الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة وتعدو المحافظة على هذا المال من أهم الالتزامات التى تعلق بذمة الحارس ومن ثم فإن جميع الدعاوى التى تنشأ عن أعمال الحفظ يكون هو ذو الصفة إذ خاصم أو خصم فيها، ومن هذه الأعمال إقامة الدعوى بطلب استرداد المال من تحت يد غاصبه، وله أن ينفرد بإقامتها ولو لم يكن هو الحارس الوحيد على المال".

(طعن رقم 458 لسنة 52 ق جلسة 1988/2/25)

(راجع أيضا طعن رقم 950 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/9 -

منشور سلفا)

5- "إن مفاد نصوص المواد 732 ، 733 ، 734 من القانون المدنى أن الحارس القضائى يصبح بمجرد تعيينه، وبحكم القانون نائبا عن صاحب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة، وتعدو المحافظة على هذا المال من أهم التزاماته، وأن سلطته تضيق أو تتسع بالقدر الذى يحدده الحكم القاضى بتعيينه".

(طعن رقم 7092 لسنة 64 ق جلسة 1995/12/12)

فإذا كان الحارس القضائى معينا للمحافظة على عقار المدين لصالح الدائنين، فيكون له صفة فى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لهذا الغرض، وخصوصا فى رفع دعوى بإبطال عقود إيجار صدرت مخالفة للقانون أو أبرمت بطريق التواطؤ.

ويكون للحارس القضائى الذى عين على أموال تركة لتصفيتها صفة رفع

دعوى إبطال هبة صدرت من المورث إضراراً بحقوق الدائنين⁽¹⁾.
 ويلتزم الحارس فى المحافظة على الأموال الموضوعة تحت الحراسة ببذل
 عناية الرجل المعتاد كما سنرى تفصيلاً فى موضعه.
 ويتقاضى الحارس النفقات اللازمة للمحافظة على المال على الوجه السالف
 الذكر همن نفس المال أو من ريعه، وإذا لم يوجد فى يده نقد للصرف منه ولم يمدّه
 أصحاب المال بالنقود اللازمة جاز له الاقتراض بغير فائدة أو بفائدة، ويشترط فى
 جميع الأحوال أن يراعى القصد فى الإنفاق فلا يغالى فيه⁽²⁾.
 ويتم ذلك دون حاجة إلى الحصول على إذن من القضاء⁽³⁾.
 وإذا بدد الحارس القضائى المال المنوط به حراسته أو إيراده، اعتبر خائناً
 للأمانة ويعاقب بالتطبيق لنص المادة 341 عقوبات.

395- الالتزام الثالث:

التزام الحارس بإدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 734 مدنى تنص على أن: "يلتزم الحارس
 بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال، ويجب أن
 يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد".
 ونخلص من ذلك إلى أن الحارس يلتزم بإدارة الأموال الموضوعة تحت
 الحراسة، وأن هذا الالتزام هو فى الوقت ذاته سلطة واسعة للحارس فى إدارة
 المال⁽⁴⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص340- السنهورى ص924- بيومى وإسكندر ص361.

(2) السنهورى ص925- راتب وآخرين ص530.

(3) راتب وآخرين ص530 وما بعدها.

(4) وقد قضت محكمة النقض بأن:

= "من المقرر فى القانون المدنى الملغى والقائم أن الحارس القضائى يلزم بإدارة المال

فيلتزم الحارس بإدارة الأموال التي يعهد إليه حراستها. والإدارة تشتمل على كل ما جرى العرف باعتباره من أعمال الإدارة. وأظهر أعمال الإدارة الإيجار وقبض الأجرة وإعطاء المخالصات عنها واستيفاء الحقوق ووفاء الديون⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لما كان الثابت من الحكم الصادر فى الدعوى 263 لسنة 1990 مدنى مستعجل الإسكندرية بفرض الحراسة القضائية على العقار الذى به شقة النزاع أنه استند فى قضائه بتوافر الخطر الموجب للحراسة على أن المطعون ضده يضع يده على العقار وباع وحداته ويستأثر بإيراداته دون محاسبة باقى الشركاء، وقد حدد منطوق الحكم مهمة الحارس بإدارة العقار وتحصيل ريعه وإيراداته وتوزيعها على الشركاء بما يفيد بطريق اللزوم أنه ناط به استيفاء أقساط الثمن المستحقة من ثمن

الموضوع تحت الحراسة القضائية وتقديم حساب عن هذه الإدارة ورد المال عند انتهاء الحراسة إلى صاحبه ومن ثم فإن هذه الالتزامات تقع على عاتق ناظر الوقف الذى يعين حارسا قضائيا على الأطيان المتنازع عليها".

(طعن رقم 264 لسنة 34 ق جلسة 1968/10/24)

(1) وقد قضت محكمة النقض فى حكم غير منشور لها بتاريخ 1986/6/25 فى الطعن رقم 1022 لسنة 51ق بأن إذن الحارس للمستأجر بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار يدخل فى أعمال الإدارة إذ ذهبت إلى أن:

"الحارس قضائيا كان أو اتفاقيا يعد نائبا عن صاحب المال فى أعمال الإدارة وسلطته فى هذه الأعمال هى سلطة الوكيل وكالة عامة.. وكان إذن الحارس للمستأجر بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار يدخل فى نطاق سلطته فى الإدارة فإن موافقة الطاعة بصفتها الصريحة أو الضمنية للمطعون ضده الأول بصفته على التنازل عن الإيجار للمنطقة التعليمية ينصرف إلى أصحاب الحق فى المال الموضوع تحت الحراسة ويلزمهم قبل المطعون ضدهما الثانى والثالث بصفتها".

الشقق التي باعها المطعون ضده، وإذ كان الثابت بالأوراق أن الحارس بصفته استوفى من الطاعن الأقساط المستحقة عليه من ثمن شقة النزاع حتى شهر مايو 1994 بموجب إيصالات موقعة منه، فإن ذلك الوفاء يبرئ ذمة الطاعن وينتقى موجب أعمال الشرط الصريح الفاسخ الوارد بعقد البيع سند الدعوى، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم 7092 لسنة 64 ق جلسة 1995/12/12)

ويدخل في أعمال الإدارة أيضا التأمين من الحريق ومن السرقة وغير ذلك من ضروب التأمين التي جرى العرف بأن تعتبر من أعمال الإدارة اليقظة، بل إن هذه تعتبر كذلك من أعمال الحفظ والصيانة، فتدخل بهاتين الصفتين في سلطة الحارس.

ويجوز للحارس القضائي تأجير العقارات التي يعهد إليه حراستها بدون إذن من المحكمة⁽¹⁾، وفي هذه الحالة تكون مدة التأجير ثلاث سنوات إلا إذا قضى حكم الحراسة بغير ذلك. ويجب على الحارس أن يؤجر الأعيان في الحدود المرسومة له ولا يجاوزها.

ويجب عليه اتباع العرف في طريقة التأجير، وقد جرى العرف في الحراسة على أن يكون التأجير بطريق المزاد العلني ومنعا لكل شبهة، فإذا لم يراع الحارس ذلك بأن أجر العقارات بالممارسة كأن التأجير على مسؤوليته. وفي هذه الحالة يقع عليه عبء الإثبات في أنه كان لديه من الأسباب الكافية المقنعة لتبرير مخالفة ما جرى عليه العرف في التأجير، كأن يثبت أنه لا يوجد إلا مستأجر واحد يمكن التأجير له، أو أن طريقة الممارسة هي الطريقة الممكنة في الجهة المنعزلة

(1) راتب وآخرين ص 532 - السنهوري ص 930 - نقض طعن رقم 870 لسنة 49 ق جلسة 1984/1312 (منشور فيما يلي في هذا البند) - وعكس ذلك عبد الحكيم فراج ص 341 -

التي توجد فيها الأعيان⁽¹⁾.

وعموما فإن اختيار الشخص الذي يؤجر له هو من أخص أعمال الحارس على أن يراعى فى اختياره مصلحة من يمثلهم⁽²⁾.

وتنص المادة 599 مدنى على أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره".

ولما كان الحارس لا يملك إلا حق الإدارة، فإنه يبنى على ذلك أنه إذا لم يرخص له حكم الحراسة بالتأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات، فإنه يجوز له التأجير لمدة ثلاث سنوات فقط، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ثلاث سنوات فلا يبطل الإيجار وإنما تنقص المدة إلى ثلاث سنوات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مقتضى الحكم بفرض الحراسة القضائية على المال الشائع، أن تخلص إدارته للحارس، ويحق له طبقا للمواد 2/701، 733، 734 من القانون المدنى أن يؤجره لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ما لم يقض حكم الحراسة بغير ذلك، وإذا كان للحارس أن يعقد الإيجار ابتداء فإنه يحق له أن يقر الإيجار الذى عقده أحد الشركاء الذين ليس لهم الانفراد بإدارته، قبل فرض الحراسة، ويصبح هذا الإيجار نافذا فى حق باقى الشركاء".

(طعن رقم 870 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/13)

غير أنه يجوز للحارس التأجير لمدة تزيد على ثلاث سنوات إذا حصل على

(1) السنهورى ص 930 وما بعدها - عبد الحكيم فراج ص 341- بيومى وإسكندر ص 363.

(2) عبد الحكيم فراج ص 342.

إذن بذلك. ويصدر الإذن من المحكمة التي عينته، سواء كانت محكمة الأمور المستعجلة أو محكمة الموضوع.

ويصدر هذا الإذن بناء على دعوى يرفعها الحارس بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس بأمر على عريضة⁽¹⁾.

والنص المذكور لا يمنع القاضى أن يقصر سلطة الحارس على التأجير لمدة تقل عن ثلاث سنوات، لأن له أن يوسع فى سلطة الحارس أو يضيق فيها.

وإذا ورد التأجير على أرض زراعية فى ظل الامتداد القانونى للإيجار المنصوص عليه بالمرسوم بقانون 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعى قبل تعديله بالقانون رقم 96 لسنة 1992 أو على مكان مما يخضع لأحكام الامتداد القانونى لتشريعات إيجار الأماكن، فلا يجوز للحارس التأجير لأى مدة إلا بإذن المحكمة⁽²⁾.

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وأجازت للحارس القضائى التأجير لأى مدة دون إذن من السلطة المختصة أو رضاء ذوى الشأن تأسيساً على أن الامتداد القانونى للإيجار مصدره قوانين الإيجارات المتعلقة بالنظام العام.

إذا جرى قضاؤها على أن:

1- "وحيث إنه مما ينعاها الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وذلك حين اعتبر عقد الإيجار الصادر إليه من الحارس القضائى قد جاوز به هذا الأخير حدود سلطاته لوروده على عين تخضع لأحكام قوانين إيجار الأماكن والتي تقضى بامتداده إلى مدة غير محددة مع أن سلطته فى إدارة المال الموضوع تحت

(1) وقد ذهب الفقه قبل تعديل المادة 194 مرافعات بالقانون رقم 23 لسنة 1992 إلى جواز الحصول على الإذن بأمر على عريضة.

(عبد الحكيم فراج ص 341- السنهورى ص 930 هامش 4).

(2) راجع فى التفصيل مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى أحكام عقد الإيجار فى التقنين المدنى طبعة 1994 ص 252.

الحراسة لا تسمح له بإبرام مثل هذا العقد لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة أو برضاء ذوى الشأن وهو ما لم يحدث ومن ثم فلا ينفذ هذا العقد فى حق المطعون ضده الأول وبالتالي يضحى به الطاعن غاصبا فى حين أن هذا الامتداد لعقد إيجاره يرجع إلى أحكام التسريع وليس إلى إرادة المتعاقدين بما يصح معه هذا العقد ويعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أنه وإن كان عقد الإيجار كغيره من العقود يخضع فى الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة فى القانون المدنى التى لا تخالف قاعدة أمره نصت عليها قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام. وكان مفاد المواد 559 ، 734 ، 735 ، 701 من القانون المدنى أن حق تأجير المال الموضوع تحت الحراسة يثبت للحارس القضائى باعتباره وكيلًا عن أصحاب الشأن ويكون نافذا فى حقهم لمدة ثلاث سنوات إلا أنه إذا كان محله مكانا خاليا خاضعا لقوانين إيجار الأماكن التى جعلت عقود الإيجار ممتدة تلقائيا وبحكم القانون إلى مدة غير محددة فإن العقد يمتد إلى أجل غير مسمى لأن امتداد فى هذه الحالة ليس مرده الاتفاق ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر حين ذهب إلى أن عقد الإيجار الصادر من الحارس القضائى إلى الطاعن عن عين النزاع والذى يحكمه قوانين إيجار الأماكن لا ينفذ فى حق المطعون ضده الأول باعتبار أن مدته تزيد على ثلاث سنوات ولم يتم الحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة أو على رضاء ذوى الشأن. ورتب على ذلك إخلاء الطاعن من العين المؤجرة باعتباره غاصبا رغم أن هذا العقد ممتد لمدة غير محددة بحكم القانون على ما سلف بيانه. فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن".

(طعن رقم 2731 لسنة 59 ق جلسة 1994/1/26)

2- "وحيث إن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ فى

تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقولان أن الحكم قضى ببطلان عقد الإيجار المؤرخ 1988/2/1 الصادر من الطاعنة الأولى بصفتها حارسة قضائية على العقار الكائن به الشقة محل النزاع للطاعن على سند من أن هذا العقد - وهو من عقود إيجار الأماكن الممتدة قانونا طبقا لتشريعات إيجار الأماكن الاستثنائية - غير محددة المدة فتزيد مدته على ثلاث سنوات، بما لا يعد من أعمال الإدارة التي تدخل في سلطة الحارس القضائي طبقا لنص المادة 599 من القانون المدني في حين أن المادة الأخيرة قد استثنت من تطبيقها النصوص الأخرى التي تقضى بأحكام تخالفها، وأن تطبيق أحكام الامتداد القانوني على عقود الإيجار الخاضعة لتشريعات إيجار الأماكن لا يغير من طبيعة هذه العقود أو ينقلها من عداد أعمال الإدارة إلى أعمال التصرف التي تخرج عن صلاحية الحارس القضائي هذا إلى أن تلك الأحكام أمره، واجبة التطبيق قانونا ولا شأن للحارس القضائي بتطبيقها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أنه لئن كان مؤدى نصوص المواد 559، 2/701، 733، 1/734، 735 من القانون المدني أن نيابة الحارس القضائي عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة تتحدد بالحكم الصادر بتعيينه فتضييق أو تتسع بالقدر الذي يحدده الحكم، وإلا فتطبق ما ينص عليه القانون من أحكام في هذا الصدد، والتي تجعل هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق بأعمال الإدارة وما تقتضيه - وأعمال الحفظ في نطاق المهمة الموكولة إليه، وأنه يعد من أعمال الإدارة الإيجار الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات، فإذا ما جاوز الحارس النطاق المحدد في الحكم أو في القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته، مما تقتضاه أنه لا يجوز للحارس أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يحصل على ترخيص بإبرامه من القضاء أو برضاء ذوى الشأن جميعا، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، إلا أن المشرع قد نص في عجز المادة 559 من القانون المدني على قصر القاعدة العامة الواردة

فى هذا النص على الحالات التى لا يوجد فيها نص يقضى بغيرها، وقد ورد النص فى هذا الصدد مطلقاً فلا محل لتخصيصه بنصوص معينة، لما كان ذلك وكان عقد الإيجار كغيره من العقود- يخضع فى الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة فى القانون المدنى- الذى يعتبر القانون العام فى هذا الشأن- إلا أنه لما كانت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين قد أملت اعتبارات تتعلق بالنظام العام فإنها تعتبر مقيدة لنصوص القانون المدنى التى تتعارض معها فلا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام. وإذ أخضعت هذه التشريعات عقود الإيجار التى ترد على عين خالية لأحكام الامتداد القانونى فأوجب امتدادها تلقائياً وبقوة القانون إلى مدة غير محددة- طالما بقيت تلك التشريعات قائمة- فإن مقتضى ما تقدم جميعه أن عقود إيجار الأماكن الخالية التى يبرمها الحارس القضائى نفاذاً لها تمتد بحكم هذه التشريعات وإعمالاً لما ورد بعجز المادة 559 من القانون المدنى- إلى مدة غير محددة دون أن يغير هذا الامتداد من طبيعة هذه العقود بوصفها عقوداً مؤقتة أو يخرجها من عداد أعمال الإدارة إلى أعمال التصرف لأن امتدادها ليس مرده الاتفاق فى ذاته ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المشار إليها- لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى ببطلان عقد الإيجار المؤرخ 1988/2/1 الصادر للطاعن الثانى من الطاعنة الأولى بصفتها حارسة قضائية على العقار الكائن به الشقة محل النزاع على سند من أن هذا العقد غير محدد المدة لخضوعه لتشريعات إيجار الأماكن فى خصوص أحكام الامتداد القانونى فلا يعد من قبيل أعمال الإدارة التى تدخل فى نطاق سلطة الطاعنة الأولى بصفتها حارسة قضائية لعدم حصولها على ترخيص بإبرامه من السلطة المختصة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

ولما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه".

(طعن رقم 6672 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/23)⁽¹⁾

3- "عقود الإيجار التى يبرمها الحارس القضائى والواردة على عين خالية. خضوعها لتشريعات إيجار الأماكن. أثره. امتدادها إلى مدة غير محددة دون أن يغير الامتداد من طبيعتها كعقود مؤقتة. علة ذلك".

(طعن رقم 8186 لسنة 75 ق جلسة 2006/12/24)

ولا يجوز للحارس القضائى استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"المادة 108 من القانون المدنى تنص على أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل". كما تنص المادة 706 على أنه "ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه..". مما مؤداه منع الحارس قانونا من استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه، وكان دفاع الطاعنين أمام محكمة الموضوع قد انصب على أن المطعون عليه الثانى هو المستأجر الفعلى المستغل الحقيقى لعين النزاع واستدلا على ذلك بعدة قرائن طلبا إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها، وكان هذا الدفاع جوهرى ومن شأنه لو صح تغيير وجه الرأى فى الدعوى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التفت مع هذا عن إجابة الطاعنين إلى ما طلباه من إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد الإيجار فإنه يكون - فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون - معيبا بالقصور فى التسبب والإخلال بحق الدفاع".

(طعن رقم 950 لسنة 46 ق جلسة 1981/5/9)

وكذلك لا يجوز للحارس استغلال الأيطان بطريق الزراعة بنفسه وتحت

(1) عبد الحكيم فراج ص343- وقارن السنهورى ص931 إذ يعطيه هذا الحق دون إذن إذا وجد أن هذه هى خير طريقة للاستعمال أو إذا لم يتقدم مستأجر بعرض الأجرة المناسبة.

مسئوليته إلا إذا خوله الحكم هذه السلطة⁽¹⁾.
 وإذا كان الحارس هو الذى يقوم بزراعة الأرض فإنه يدخل فى أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف يقتضيه زراعته لهذه الأرض.
 ومثل ذلك شراء ما يلزم لهذا الاستغلال من مواشى وآلات وبيذور وسماد وغير ذلك، وبيع المحصول.
 وللحارس أن يقتضى من المال ما يلزم هذه الأعمال إذا لم يقدم الخصوم له هذا المال⁽²⁾.
 كما يجوز له بيع المحصول المستقبل ليشتري بثمنه البذور والأدوات الضرورية اللازمة لزراعة الأرض⁽³⁾.
 كما يدخل فى أعمال الإدارة بيع ما يسرع إليه التلف فيما تلزمه الإدارة⁽⁴⁾.
 وللحارس سلطة تعيين الموظفين والعمال اللازمين لمساعدته فى القيام بمهام الحراسة.

وواضح أن أعمال التصرف هذه تدخل بطريق التبعية فى أعمال الإدارة والحفظ ولا تمتد نيابة الحارس إلى أعمال التصرف التى تمس أصل الحق ومنها بيع العقار المعهود إليه حراسته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

- (1) عبد الحكيم فراج ص343- وعكس ذلك السنهورى ص931 إذ يرى أنه يجوز للحارس أن يزرع الأقطان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هى خير طريقة للاستعمال أو إذا لم يتقدم مستأجر بعرض الأجرة المناسبة.
- (2) السنهورى ص932 هامش (1)- عبد الحكيم فراج ص343- استئناف مختلط 1932/2/17.
- (3) عبد الحكيم فراج ص342- استئناف مختلط 1935/1/31.
- (4) راتب وآخرين ص533.

"الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا نيابة قضائية عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة إلا أن هذه النيابة قاصرة على ما يتعلق بأعمال إدارة المال وأعمال المحافظة عليه وما يندرج تحت ذلك من أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة وأعمال الحفظ، ولا تمتد نيابة الحارس إلى أعمال التصرف التي تمس أصل الحق ومنها بيع المال، فلا يجوز للحارس القضائي مباشرتها إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء أو بإذن ممن يثبت أنه صاحب الحق الذي تبقى له أهليته الكاملة في هذه الأعمال لأن الحراسة لا تعزله عنها ولا تغل يده فيها ويكون صاحب الحق في القيام بها بنفسه أو بمن ينيبه فيها، ومؤدى ذلك أن الحارس القضائي لا تكون له صفة عن صاحب الحق في دعوى بيع المال جبرا ولا في الإجراءات المتعلقة بها وإذا حكم عليه بإيقاع البيع فإن الحكم لا يسرى على صاحب الحق".

(ظن رقم 1653 لسنة 48 ق جلسة 1983/5/22)

(أنظر أيضا حكم النقض التالي).

ولما كانت إجراءات ربط الضريبة التي كانت تستحق على التركة ورسم الأيلولة الذي كان يستحق على أنصبة الورثة والمنازعة فيها هي من الأعمال التي تعلق على مستوى أعمال الحفظ والإدارة- لتعلقها بعناصر التركة ومقوماتها وتقدير أصولها وخصومها وتحديد صافيها قبل أيلولتها إلى الورثة فإنه لا تكون للحارس القضائي على التركة صفة في تمثيل الورثة في تلك الإجراءات.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "النص في المادة 734 من القانون المدني على أن "يلتزم الحارس القضائي بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال.....". وفي المادة 735 على أنه "لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء"، يدل على أن الحراسة

مجرد إجراء تحفظى مؤقت ينوب فيه الحارس عن ذوى الشأن فى مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها، وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التى تلحق بها بالضرورة بحيث تكون له وحده - دونهم - الصفة فى مباشرتها والنقضى بشأنها، أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما فى حكمها التى تعلو على مستوى أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل الأموال ومقوماتها، أو لما قد يترتب عليها من إخراج جزء من المال أو إنشاء أى حق عينى عليه، فلا يكون للحارس صفة فى مباشرتها أو فى رفع الدعاوى منه أو عليه بشأنها، بل تظل لذوى الشأن وحدهم أهليتهم كاملة فى القيام بها ما لم يتفقوا على غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء، لما كان ذلك وكانت إجراءات ربط الضريبة التى تستحق على التركة ورسم الأيلولة الذى يستحق على أنصبة الورثة والمنازعة فيها هى من الأعمال التى تعلو على مستوى أعمال الحفظ والإدارة - لتعلقها بعناصر التركة ومقوماتها وتقدير أصولها وخصومها وتحديد صافيتها قبل أيلولتها إلى الورثة فإنه لا تكون للحارس القضائى على التركة صفة فى تمثيل الورثة فى تلك الإجراءات".

(طعن رقم 497 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/17)

2- "وحيث إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الحارس القضائى يلتزم بالمحافظة على الأموال الموضوعة تحت الحراسة وإدارتها ويصبح نائباً عن أصحاب الحق فيما يتعلق بهذه الأموال ويكون له وحده حق مباشرة إجراءات التقاضى عنهم فى هذا الشأن فإذا اختصم الشخص بصفته الشخصية كصاحب حق وبصفته كحارس قضائى فى دعوى تتعلق بإدارة المال الموضوع تحت حراسته كان بهذه الصفة الأخيرة فقط خصم حقيقى فى الدعوى فهو يقاضى ويتقاضى بتلك أما بصفته الشخصية فلا يكون إلا خصم مواجهة لا يقبل منه الطعن فى الحكم الصادر فى تلك الدعوى. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن النزاع كان

بشأن تحديد أجرة شقة كائنة بالعقار الموضوع تحت حراسة الطاعن وما تعلق بذلك من عدم سداد بعضا من الأجرة كان سندا لطلب الإخلاء واختصم الطاعن فى هذا النزاع عن نفسه وبصفته حارسا قضائيا وصدر الحكم المطعون فيه ضده بهاتين الصفتين فطعن فيه بطريق النقض بصفتيه أيضا إلا أن المحامى رافع الطعن لم يقدم سند وكالته عنه بصفته حارسا قضائيا حتى حجز الطعن للحكم ليتسنى للمحكمة التحقق من قيام تلك الوكالة ومداها ومن ثم فإن الطعن منه بهذه الصفة يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - غير مقبول إذ أن الحكم لم يتضمن قضاء ضده بصفته الشخصية فيكون الطعن غير مقبول منه بهذا الصفة أيضا".

(طعن رقم 1931 لسنة 52 ق جلسة 1989/5/25)

396- سلطة الحارس فى رفع الدعاوى:

الحارس وحده هو صاحب الصفة فى مباشرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف التابعة لها، ولا صفة للمالك فى ذلك فإذا قام المالك بعمل من هذه الأعمال كان باطلا. ويترتب على ذلك أن جميع الدعاوى التى تنشأ عن ذلك تكون من سلطة الحارس، فترفع منه أو عليه، فإذا رفعت من المالك أو عليه كانت مرفوعة من غير ذى صفة أو على غير ذى صفة. أما أعمال التصرف كالبيع والرهن والهبة، فهى من سلطات المالك، فلا صفة للحارس فى التقاضى بشأنها.

وبالترتيب على ذلك يلتزم الحارس برفع كافة الدعاوى التى تقتضيها أعمال الإدارة والتصرف التابعة لها، سواء كان ذلك أمام محكمة الموضوع أو أمام القضاء المستعجل متى قام موجب هذا الاستعجال⁽¹⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص 342.

فإذا امتنع المستأجر عن الوفاء بالأجرة وجب على الحارس مقاضاته لاقتضائها وإخلائه من العين المؤجرة⁽¹⁾.

ويجوز رفع الدعاوى المتعلقة بحفظ المال الموضوع تحت الحراسة من أحد الحراس في حال تعددهم، كما يجوز رفعها عليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه نائبا عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وهو بهذه المثابة ملزم بالمحافظة على الأعيان التي تحت يده الخاضعة للحراسة والقيام بإدارتها وهو صاحب الصفة في التقاضي فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات باعتباره نائبا عن ملاكها وكان الأصل وفقا لنص

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن وضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة القضائية ليس له في القانون قواعد خاصة يرجع إليها لمعرفة مهمة الحارس ومدى سلطته في إدارة شئون الوقف، إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد إجراء تحفظي مستعجل ومؤقت يلجأ إليه عند الضرورة. فالحكم الصادر بالحراسة هو وحده الذى يبين مداها ومبلغ حدها من سلطة الناظر صاحب الولاية الشرعية على الوقف. وإن فلا سبيل إلى القول بقبول أو بعدم قبول مقاضاة النظار وحدهم دون الحراس إلا على أساس ما يكون واردا في حكم الحراسة خاصا بمهمة الحارس. فإذا كان الحكم في قضائه بعدم قبول الدعوى المرفوعة على نظار الوقف لعدم اختصاص الحراس فيها قد اكتفى بالإشارة إلى الحكم الصادر بتعيين الحراس على الوقف دون أن يبين مدى سلطتهم، وهل هم أصبحوا وحدهم بمقتضى الحكم الأصلي الصادر بوضع الأعيان الموقوفة تحت الحراسة يمثلون الوقف دون النظار في كل شئونه، أم أن مهمتهم محصورة في نطاق معين بحيث يبقى للنظار صفة تمثيل جهة الوقف أصليا، ودون أن يبين كيف أن الخصومة القائمة من نتائجها المساس بإدارة الحراسة بحيث يجب توجيهها للحراس، فلا شك في أن قصور الحكم عن هذا البيان يعيبه ويجعل النتيجة التي وصل إليها غير مستندة إلى ما يبررها".

المادة 105 من القانون المدني أن ما يبرمه النائب في حدود نيابته ينصرف إلى الأصل إلا أن هذه النيابة تقف عند حد الغش فإذا تواطأ الحارس مع الغير للإضرار بحقوق صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى هذا الأخير".

(طعن رقم 1788 لسنة 53 ق جلسة 1986/12/25)

2- "فرض الحراسة القضائية على مال من الأموال يقتضى غل يد المالك عن إدارة هذا المال فلا يجوز له بمجرد تعيين الحارس القضائي أن يباشر أعمال الحفظ والصيانة أو أعمال الإدارة المتعلقة به. كذلك فإن الدعاوى التى تتعلق بالسلطات المخولة للحارس يمتنع على أصحاب الأموال الالتجاء إليها فإذا ما رفعت دعوى بالمخالفة لهذه القاعدة كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها من غير ذى صفة إذ أن صاحب الصفة فى رفعها هو الحارس".

(طعن رقم 13 لسنة 53 ق جلسة 1987/2/19 - طعن رقم 1425 لسنة 52 ق)

(جلسة 1988/12/7 - غير منشورين)

(راجع أيضا طعن رقم 1931 لسنة 52 ق جلسة 1989/5/25)

3- "وحيث إن الطاعنين ينعيان بالسبب الأول من أسباب الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون، وفى بيان ذلك يقولان أنهما دفعا بعدم قبول الدعوى المقامة من المطعون ضده لرفعها من غير ذى صفة لأنه قد انفرد بإقامتها دون الطاعنة الأولى - التى قضى بتعيينها حارسة معه بما يقتضى أن تكون أعمال الإدارة بشأن أموال الحراسة مشاركة بينهما وليس لأى منهما أن ينفرد بمباشرتها، هذا إلى أن الحكم الصادر بتعيينهما حارسين على العقار حكم بعدم الاعتداد بتنفيذه فى الدعوى رقم 2365 لسنة 88 تنفيذ الإسكندرية وبالتالي لا يحق له مباشرة الدعاوى المتعلقة بحفظ المال الموضوع تحت الحراسة، وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه".

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن مفاد نص المادتين 1/732 ،

1/734 من القانون المدني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وتغدو المحافظة على هذا المال من أهم الالتزامات التي تعلق بذمة الحارس، ومن ثم فإن جميع الدعاوى التي تنشأ عن أعمال الحفظ يكون هو ذو الصفة إذا خاصم أو خوصم فيها، وله أن ينفرد بإقامتها ضد أى شخص ولو لم يكن هو الحارس الوحيد على المال طالما أن الحكم الصادر بتعيينه لم يحظر عليه أن ينفرد بهذه الأعمال كما أن من- المقرر أن الحراسة إجراء تحفظي والحكم الصادر فيها ليس قضاء بإجراء يحتمل التنفيذ المادي إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التي تتاطب به في الحدود التي نص عليها الحكم وأن الحارس القضائي يستمد سلطته من الحكم الذي يقيمه وتثبت له صفته بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى أى إجراء آخر كالتسليم لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم 6672 لسنة 62 ق جلسة 1994/2/23)

4- "مؤدى المادتين 734 و 735 من القانون المدني أن الحارس القضائي ينوب عن ذوى الشأن فى مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحددة التى تلحق بها بالضرورة فيكون له وحده الحق فى التقاضى بشأنها، أما ما يجاوز تلك الحدود من أعمال التصرف الأخرى والمتعلقة بأصل تلك الأموال ومقوماتها فتظل لذوى الشأن وحدهم أهليتهم كاملة فى القيام بها والتقاضى بشأنها ما لم يتفقوا على غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء، لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم الصادر فى الدعوى رقم 2621 لسنة 1990 مدنى مستعجل الإسكندرية بفرض الحراسة على العقار التى تقع به شقة النزاع أنه قصر مهمة الحارس على إدارته، ولم يرخص له بأى عمل من أعمال التصرف، وإذ كانت الدعوى المقامة من المطعون ضده على

الطاعن بفسخ عقد بيع شقة النزاع تهدف إلى زوال التصرف المعقود بينهما، فإنها تخرج عن نطاق المهمة المنوط بالحارس القضائي لتعلقها بأصل الأموال الموضوعة تحت الحراسة، ومن ثم لا تتوافر الصفة في مباشرتها لغير المطعون ضده باعتبارها من ملاك العقار. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

(طعن رقم 7092 لسنة 64 ق جلسة 1995/12/12)

5- "المقرر- في قضاء محكمة النقض- أن مفاد نص المادتين 1/732 ، 1/734 من القانون المدني أن الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائباً عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وتعدو المحافظة على هذا المال من أهم الالتزامات التي تعلق بذمة الحارس، ومن ثم فإن جميع الدعاوى التي تنشأ عن أعمال الحفظ يكون هو ذو الصفة إذا خصم أو خصم فيها وله أن ينفرد بإقامتها ضد أي شخص ولو لم يكن هو الحارس الوحيد على المال".

(طعن رقم 7240 لسنة 65 ق جلسة 2007/6/20)

بل إن الحارس يملك المطالبة بحقوق للأموال المشمولة بحراسته ولو كان الملزم بوفاء هذه الحقوق للحراسة هم أصحاب تلك الأموال أنفسهم ومن ثم يحق للحارس مطالبة أصحاب هذه الأموال أمام القضاء بالريع المستحق عليهم مقابل شغلهم لأعيان الحراسة بغير سبب قانوني ويجوز له طلب طردهم إذا كان في وجودهم عرقلة لأعماله وعدم تمكينه من تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن إقامة أحد الورثة حارساً على التركة لا يمنع من الحكم عليه شخصياً ببيع

(1) راتب وآخرين ص 533 الهامش.

حصاة وارث آخر ثم تنفيذ هذا الحكم على مال الحراسة الذى لم يخرج عن كونه مملوكا لجميع الورثة".

(طعن رقم 100 لسنة 13 ق جلسة 1944/12/7)

397- هل يجوز للحارس أن يعقد صلحا مع المستأجرين أو أن ينزل عن

جزء من الأجرة؛

ذهبت بعض الأحكام⁽¹⁾ إلى جواز إبرام الحارس صلحا مع المستأجرين والنزول عن جزء من الأجرة، إذا كان فيه مصلحة لجميع أصحاب الشأن. وذلك على اعتبار أن الصلح فى هذه الحالة لا يخرج عن أن يكون عملا من أعمال حسن الإدارة.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يجوز للحارس أن ينزل عن جزء من أجرة الأيطان التى يديرها مهما توافرت لديه من أسباب الاعتقاد بأن هذا القدر من الأجرة لن يدفع لأن النزول عن الأجرة يخرج عن أعمال الإدارة التى يناط بها الحارس⁽²⁾.

وذهب رأي- فى الفقه- إلى أنه لا يجوز للحارس إبرام الصلح مع المستأجرين ما لم يكن قد استعصى عليه الحصول على الأجرة المتأخرة كما لو كان المستأجر معسرا وكان قد اتخذ إجراءات تنفيذية ضد المستأجر ولم يتمكن الحارس من الحصول على الأجرة المتأخرة، ففى هذه مثل هذه الحالة يجوز للحارس أن يعقد الصلح مع المستأجر لأن ذلك مما يدخل فى حدود الإدارة الحسنة⁽³⁾.

وأغلب الفقه يؤيد الرأى الثانى للقضاء استنادا⁽⁴⁾ إلى أن القانون المدنى ينص

(1) محكمة الاستئناف المختلطة 1919/6/20.

(2) محكمة الاستئناف المختلطة 1929/11/20.

(3) المستشار محمد عبد اللطيف ص 329.

(4) راتب وآخرين ص 533- السنهورى ص 931- الشواربى ص 188- الدناصورى وعكاز

صراحة على اعتبار الصلح من أعمال التصرف (م1/702)، وقد أشارت المادة 735 إلى أن الحارس لا يجوز له في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء.

ويضيف - بحق - بعض أنصار هذا الرأي⁽¹⁾ أنه لا يجوز للحارس أن يبزم صلحاً مع مدين الحراسة سواء كان دين إيجار أو أى دين آخر مهما كانت الظروف والأحوال لأن إباحة الصلح للحارس فى هذه الحالة يترك له تقدير الظروف والملابسات التى تحيط بمركز المدين المالى ومدى تعنته فى السداد دون رقابة من القضاء.

398- التزام الحارس ببذل عناية الرجل المعتاد فى القيام بأعمال

الحفظ والإدارة:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة 734 من التقنين المدنى نصت على "أن يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد".

وواضح من عجز الفقرة المذكورة أن التزام الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارتها، هو التزام بوسيلة لا التزام بغاية. فلا يكون هناك ثمة تقصير من جانب الحارس متى قام ببذل العناية المطلوبة منه فى المحافظة عليها وفى إدارتها حتى ولو لم تؤد هذه العناية إلى حفظها فعلاً أو إلى إدارتها إدارة حسنة فالالتزام بوسيلة لا يفرض على الحارس نتيجة يلتزم بتحصيلها، وإنما هو يفرض عليه قدراً من العناية يجب عليه القيام بها⁽²⁾.

وقد أوجب النص على الحارس أن يبذل فى أعمال الحفظ والإدارة عناية

ص542.

(1) الدناصورى وعكاز ص542.

(2) عبد الحكيم فراج ص344.

الرجل المعتاد، ولم يكتف منه بالعناية التي يبذلها عادة في شئونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما في الوديعة والوكالة، وذلك لأن ظروف المتنازعين هي التي فرضته إلى حد ما عليهما فلم يملك كل منهما ملء حريته في وضع المال تحت الحراسة وفي تعيين شخص الحارس، هذا فضلا عن أن المشرع قد جعل الأجر في الحراسة هو الأصل ما لم يتنازل عنه الحارس، كما سنرى - فوجب بالتالي معاملته كالوديع بأجر ولو تنازل هو عن الأجر⁽¹⁾.

ومن ثم فإن الحارس يسأل عما يصيب الأموال من هلاك أو تلف ما لم يثبت أن أيهما نشأ عن قوة قاهرة أو حادث فجائي أو بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال وإدارتها إدارة حسنة، فيطلب منه أن يبذل فيها عناية الرجل المعتاد (المادة 1020 فقرة أولى)، ولا يكتفى منه بالعناية التي يبذلها عادة في شئونه الشخصية إذا كانت دون المتوسط كما في الوديعة والوكالة. وذلك لأن ظروف المتنازعين هي التي فرضته إلى حد ما عليهما، فلم يملك كل منهما ملء حريته في وضع المال تحت الحراسة، وفي تعيين شخص الحارس".

كما قضت محكمة النقض بأن :

1- "استحدثت المادة 1/734 من القانون المدنى القائم بما أوجبه على الحارس مأجورا كان أم غير مأجور - من أن يبذل عناية الرجل المعتاد فى المحافظة على أموال الحراسة وفى إدارتها حكما جديدا لم يكن له مقابل فى القانون القديم، إذ لم يتضمن هذا القانون نصوصا تنظم سلطة الحارس والتزاماته تنظيميا كاملا ولم يورد فى شأن الحراسة غير مادتين مقتضبتيّن تخللتا النصوص المتعلقة بالوديعة. وإذا كان الحارس منوطا به حفظ الشيء كالوديع وإدارتها

(1) محمد كامل مرسى ص 669 - محمد على رشدى ص 375 - محمد عبد اللطيف ص 331.

كالوكيل فإنه لذلك يسرى على الحراسة في ظل القانون المدني القديم أحكام الوديعة وأحكام الوكالة في ذلك القانون وبالقدر الذي يتفق مع طبيعة الحراسة، ومن هذه الأحكام ما كانت تقرره المادتان 485 و 521 من أن كلا من الوديع والوكيل لا يسأل إلا عن تقصيره الجسيم إذا كان بغير أجر، أما إذا كان مأجورا فيسأل عن تقصيره اليسير، ومن ثم فإن الحارس غير المأجور لا يكون مسئولاً في حكم القانون المدني القديم إلا عن تقصيره الجسيم".

(طعن رقم 399 لسنة 29 ق جلسة 1964/5/7)

2- "النص في المادة 1/734 من القانون المدني على أن يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد، يدل على وجوب بذله عناية الرجل المعتاد في إدارة الأموال الخاضعة لحراسته وحفظها ولو زادت على عنايته في شئونه الخصوصية، مما يلزمه بتحصيل أجره الأتيان الموضوعة تحت حراسته في مواعيدها، ولا يجوز أن يحتج على المطعون عليهم بأنه لم يحصل شيئاً من أجره هذه الأتيان في مواعيدها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بأسبابه أن الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه سلم الأتيان المذكورة للمطعون عليهم تنفيذاً لحكم القسمة في تاريخ سابق على المدة التي ألزمه الحكم المطعون فيه بريعتها، كما أنه لم يقدم المستندات المؤيدة لكشف الحساب المقدم منه إلى محكمة الاستئناف سواء بالنسبة للإيرادات أو المصروفات التي تكاد تستغرق الإيراد، واستدل الحكم من ذلك على عدم جدية هذا الكشف ونزوع الطاعن إلى المغالطة والتسويق فإن دفاعه المؤسس على أنه لا يلتزم من ريع الأتيان إلى بما حصله من أجرتها، وبأن الخبير كان عليه أن ينتقل إلى أتيان النزاع ويطلع لدى مستأجريها على الثابت بمخالصاتهم من الأجرة، يكون غير قائم على أساس قانوني صحيح، ومن ثم فلا تثريب على المحكمة إن هي لم ترد على هذا الدفاع، مما يكون النعي على الحكم المطعون فيه بالقصور، على غير أساس. هذا إلى أن

الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، أقام قضاءه على ما ثبت له من مراجعة تقرير مكتب الخبراء من أنه تأسس على مقدمات سليمة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها. ولما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن رأى الخبير مجرد دليل في الدعوى وعنصر من عناصر الإثبات فيها، يخضع لتقدير محكمة الموضوع وموازنتها بين الأدلة وأنها متى رأت في حدود سلطتها التقديرية الأخذ بتقرير الخبير لاقتناعها بصحة أسبابه، فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك بالرد استقلالاً على الطعون التي وجهها الطاعن إلى ذلك التقرير، لأن في أخذها به محمولاً على أسبابه ما يفيد أنها لم تجد في تلك الطعون ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير. لما كان ذلك، فإن النعى على الحكم المطعون فيها بالقصور في التسبب يكون في غير محله".

(طعن رقم 738 لسنة 45 ق جلسة 1980/1/22)

(أنظر أيضاً طعن رقم 1318 لسنة 48 ق جلسة 1981/6/25)

سلطة الحارس في التصرف:

399- (أ) - أعمال التصرف التي ينفرد بها المالك:

أوضحنا سلفاً أن حكم الحراسة لا يؤثر على ملكية المالك أو أهليته المدنية عليها، وإنما تغل الحراسة يد صاحب المال عن بعض مظاهرها وهو وضع اليد والانتفاع وينقلها إلى الحارس، وبالتالي لا يدخل ضمن أعمال الإدارة المخولة للحارس ما يتصل بصميم الحق وجوداً أو عدماً.

فلا يجوز للحارس أن يهب المال الموضوع تحت الحراسة، ولا أن يبيعه أو يقايض عليه أو يراهنه أو يشارك فيه.

ولا يجوز للحارس اتخاذ إجراءات نزع الملكية على عقارات مديني الحراسة أو رفع الدعوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، كما لا يجوز أيضاً أن توجه ضد الحارس دعاوى العينية العقارية المتعلقة بالأعيان محل الحراسة، أو أن توجه

ضده إجراءات نزع ملكيته هذه الأطنان⁽¹⁾.

ولا يجوز للحارس أن يدفع الدعاوى التي تقام في مواجهته بدفوع تتصل بأصل الحق كبطلان عقود البيع الصادرة عن الأموال الموضوعة تحت حراسته أو الرهون المقررة عليها⁽²⁾.

وإذا عين حارس على أموال تركة فلا يجوز لأحد الورثة اختصامه وحده في دعوى نفقة يطلب فيها دفع مبلغ من استحقاقه شهريا دون إدخال باقى الورثة⁽³⁾.

(راجع نقض طعن رقم 497 لسنة 49 ق جلسة 1984/12/17 المنشور سلفا)

400- عدم جواز إحلال الحارس أحد ذوى الشأن فى حفظ المال أو إدارته دون رضا الآخرين :

بعد أن نصت المادة 734 مدنى فى فقرتها الأولى على التزام الحارس بالمحافظة على أموال الحراسة وإدارتها، نصت فى فقرتها الثانية على أن: "ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضا الآخرين".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى :

"وعلى كل حال لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال أو إدارته كله أو بعضه، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أم إيداع المال لديه، أو بطريق غير مباشر كالتأجير إليه، إلا إذا كان ذلك برضا سائر ذوى الشأن"⁽⁴⁾.

وعلى ذلك لا يجوز للحارس أن يعهد إلى أحد من ذوى الشأن بأى عمل من

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص 328.

(2) محمد رشدى ص 377.

(3) رابت وآخرين ص 535 هامش (2).

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 292.

الأعمال المعهودة إليه، سواء أكانت من أعمال الحفظ أو أعمال الإدارة أو أعمال التصرف التي يجوز له قانونا مباشرتها - كما سنرى - بغير موافقة الباقيين. سواء كان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه، أم بطريق غير مباشر كالتأجير إليه⁽¹⁾.

والحكمة من ذلك ظاهرة، وهي منع الحارس القضائي من إثارة أحد من ذوى الشأن على الآخرين أو تسليطه على الأموال الموضوععة تحت الحراسة قبل الفصل فى أصل الحق، لأن فى ذلك خطر على باقى الأطراف، وقد فرضت الحراسة لدرء هذا الخطر، فضلا عن أن ذلك يتضمن تنازلا غير مباشر عن الحراسة لا يجوز اعتماده.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى المادة 734 من القانون المدنى على أن" (1) يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليها حراستها وإدارة هذه الأموال... (2) ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله فى أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوى الشأن دون رضاء الآخرين" يدل، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية على أنه لا يجوز للحارس أن يمكن أحد ذوى الشأن من حفظ المال محل الحراسة

(1) عبد الحكيم فراج ص 349 وما بعدها - السنهورى ص 936 - محمد كامل مرسى ص 672 - محمد عبد اللطيف ص 332 - وقارن محمد على رشدى ص 379 فيرى أنه ليس ثمة ما يحول دون استئجار أحد ذوى الشأن لعقار مشترك على المال المشترك طرح الحارس تأجيره فى مزاد علنى، وفى هذه الحالة تصبح يد الشريك المشتاع على المال المشترك مستندة إلى رابطة عقدية لا تمت إلى الملكية بصله، ولا يتصور وجوب الحصول على رضاء الخصوم فى هذه الحالة، وأن النهى الوارد بالنص لا ينصرف إلى الحالة المنوه عنها فى المذكرة الإيضاحية إذ كل ما يبغي الشارع منعه هو إحلال الحارس محله أحد ذوى الشأن فى أداء مأموريته، أما أن يظل الحارس مضطلعا بأداء مهمته مع تعاقدته بالتأجير إلى أحد ذوى الشأن فلا تعارض، بل قد يكون المشتاع أحق الناس باستغلال المال المشترك.

أو إدارته كله أو بعضه، سواء أكان ذلك بطريق مباشر كالتنازل إليه عن الحراسة أو إيداع المال لديه، أو بطريق غير مباشر كالتأجير إليه، إلا إذا كان برضاء سائر ذوى الشأن باعتبار أن تسليط أحد طرفي النزاع على حيازة المال أو حفظه أو إدارته دون رضاء الطرف الآخر قبل الفصل في موضوع النزاع أمر يتعارض مع الغرض الأساسى من فرض الحراسة، لما كان ذلك وكان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضدهن الأربعة الأوائل أبرمن الاتفاق المؤرخ 1989/5/22 المتضمن تأجير شقة النزاع إلى المطعون ضدها الرابعة بعد صدور الحكم فى الدعوى 4111 لسنة 1987 مستعجل القاهرة بتاريخ 1988/5/31 بفرض الحراسة القضائية على العقار الكائنة به عين النزاع والمملوك للطرفين على الشيوخ، وهو ما يقتضى غل يد الملاك عن إدارة المال الشائع وأن تخلص إدارته للحارس القضائى وإذ كان الحارس لا يملك ابتداء تأجير شقة النزاع إلى المطعون ضدها الرابعة الشريكة على الشيوخ إلا برضاء سائر الشركاء فإنه بالتالى لا يملك إجارة الإيجار الذى عقده المطعون ضدهن الأربعة الأوائل بعد فرض الحراسة إلى الأخيرة منهم بغير موافقة باقى الشركاء فى العقار المذكور وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم 5869 لسنة 62 ق جلسة 1996/11/8)

أما إذا أراد الحارس أن يعهد إلى أجنبى عن طرفى النزاع بالمحافظة على المال كله أو بعضه، فإنه يرجع فى ذلك إلى أحكام الوديعة. وقد نصت المادة 721 مدنى على أنه: "ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة" - فلا يجوز للحارس إذن أن يعهد إلى أجنبى بحفظ المال كله أو بعضه إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة، لأن الضرورات تبيح

المحظورات⁽¹⁾. ومثال ذلك أن يفاجأ بداع للسفر أو يداهم بحبس أو اعتقال. وإذا أراد الحارس أن يعهد إلى أجنبي عن طرفي النزاع بإدارة المال كله أو بعضه، فإنه يرجع في ذلك إلى أحكام الوكالة. وقد نصت المادة 1/708 مدنى على أنه: "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية"، والمقرر أنه يكون هناك مانع ضمنى إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصى، ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصى فيه، لذلك يكون ممنوعا من إنابة غيره عنه فى الإدارة، سواء كان هذا الغير من ذوى الشأن أو كان أجنبيا⁽²⁾.



(1) مذكرة المشروع التمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص251.

(2) السنهورى ص1137.

مادة (735)

لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء.

الشرح

401- أعمال التصرف التى ينفرد بها المالك :

راجع بند (399).

402- أعمال التصرف المخولة للحارس :

تنص المادة 735 مدنى على أن: "لا يجوز للحارس فى غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء" والمقصود هنا أعمال التصرف. فقد تقتضى الظروف أن يقوم الحارس بأعمال تجاوز أعمال الإدارة، أو يرى الحارس فائدة من القيام بهذه الأعمال، وفى هذه الحالة يجب على الحارس قبل القيام بها أن يحصل على رضاء ذوى الشأن جميعا أو يحصل على ترخيص بذلك من القضاء.

وهذه الأعمال تختلف عن أعمال التصرف التابعة لأعمال الإدارة- التى أوضحناها فيما سلف- لأن هذه الأعمال يقوم بها الحارس دون رضاء ذوى الشأن أو ترخيص القضاء.

ومثال الأعمال التى تعنيها المادة بيع المنقولات موضوع الحراسة إذ خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أو كانت قيمتها لا تحتمل الإنفاق على حفظها وصيانتها، على أن يودع الثمن خزانة المحكمة على ذمة ذوى الشأن أو أن يقوم الحارس بتوزيعه عليهم إذا أنفقوا على ذلك.

وكذلك بيع المحل التجارى إذا تحقق وجه الخطر الموجب لذلك، كما لو كانت إدارة المحل لا تحقق أى ربح أو كانت الخسائر تتوالى تباعا بحيث يخشى أن يستهدف رأس المال للضياع⁽¹⁾.

وسداد الديون المستحقة للدائن المرتهن لدرء الخطر الذى سيحل بالورثة ونزع ملكية أطيانهم بسبب ذلك.

وإجراء تحسينات فى العين إذا كان يترتب على إجرائها زيادة فى الإيراد⁽²⁾.

وإقراض المال بفائدة إذا كان العمل يعود بالمنفعة⁽³⁾.

وإذا كان يمكن حفظ المال دون تلف كمحصول القطن لم يجز للحارس بيعه بل يجب عليه تخزينه على ذمة من يثبت حقه فيه⁽⁴⁾.

ويختص القاضى المستعجل بالإذن للحارس بإجراء التصرفات السابقة. غير

أنه ليس مطلق اليد فى الإذن للحارس، وإنما مقيد بقيدتين:

الأول: ألا يكون العمل الذى يأذن به للحارس ماسا بأصل الحق، لأنه إن

كان ماسا بأصل الحق خرج عن اختصاصه.

الثانى: أن يكون العمل الذى يأذن للحارس به منسجما مع طبيعة الحراسة

القضائية بحسبانها إجراء وقتيا. ويثبت الاختصاص بالإذن للقاضى المستعجل

دون قاضى التنفيذ بصفته المستعجلة، لأن المنازعة متصلة بإتمام مهمة الحارس

أى منازعة تابعة لإجراءات التعيين ووثيقة الارتباط بإجراءات التعيين⁽⁵⁾.

كما تختص بإصدار هذا الإذن المحكمة التى قضت بتعيين الحارس.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص327.

(2) محمد عبد اللطيف ص327- محمد على رشدى ص377.

(3) السنهورى ص935.

(4) استئناف مختلط 1931/2/18.

(5) راتب وآخرين ص536- بيومى واسكندر ص366.

"يجب أن يقتصر الحارس على أعمال الحفظ والإدارة كالإجراءات التي لا تزيد على ثلاث سنوات ومصاريف الصيانة. فإذا اقتضت الظروف القيام بأعمال تجاوز أعمال الإدارة، أو بيع ما يكون معرضا للتلف، أو غير ذلك، وجب على الحارس أن يحصل في شأن ذلك على موافقة ذوى الشأن جميعا، أو على ترخيص من القضاء"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص292.

مادة (736)

لالحارس أن يتقاضى أجرا ما لم يكن قد نزل عنه.

الشرح

403- أجر الحارس القضائي:

تنص المادة على أن:

"لالحارس أن يتقاضى أجرا ما لم يكن قد نزل عنه".

وهذا يخالف ما كانت تنص عليه المادة 601/492 من التقنين المدنى القديم من أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل، فقد جعلت الأصل فى الحراسة أن تكون مجانية، وهذا كان مخالفا لما جرى عليه العمل وما قررته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر.

وفى هذا تقول مذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"1- تقابل التزامات الحارس السابقة الذكر حقوق مقررة له فى المادة 1022 فقد نصت هذه المادة على حق الحارس فى أن يتقاضى أجرا ما لم يكن قد تنازل عن ذلك" مخالفة بهذا نص المادة 492 من التقنين الحالى الذى يقرر أن إيداع الأشياء المتنازع فيها يجوز أن يكون بمقابل. وقد أراد المشروع بذلك أن يعتمد ما غلب وقوعه فى العمل، وما قررته المحاكم من أن الأصل فى الحراسة أن تكون بأجر.....".

وعلى ذلك إذا سكت الحكم عن كون الحارس بأجر أو بغير أجر فإنه يكون بأجر، ولا يكون الحارس غير مأجور إلا نزل صراحة أو ضمنا عن الأجر.

404- كيفية تقدير أجر الحارس :

لا يوجد فى القانون نص يحدد أجر الحارس القضائى. ولأن الحارس القضائى نائب قضائى فإن القضاء هو الذى يقدر أجره⁽¹⁾.

ويراعى فى تقدير الأجر الجهد الذى يبذله الحارس وأهمية العمل الذى قام به، والنتيجة التى وصل إليها فى إدارته، والمسئوليات والأخطار التى تعرض لها، وكفايته الخاصة، وغير ذلك من العناصر التى تعين القاضى على تقدير الأجر المناسب للحارس⁽²⁾.

وقد ينص فى الحكم على أن تكون الحراسة بغير أجر، ثم يتفق أصحاب الشأن على أن تكون بأجر، ذلك أن للخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

1- "من الجائز أن يكون تقدير أجرة الحراسة القضائية باتفاق بين أصحاب الشأن لا حق للحكم القاضى بفرضها حتى ولو كان هذا الحكم قد نص على أن

(1) وإذا كانت الحراسة اتفاقية، فإن الاتفاق هو الذى يحدد الأجر، إلا إذا سكت الاتفاق عن تعيين الأجر، فإن القضاء هو الذى يتولى تحديده.

(2) السنهورى ص 361- محمد عبد اللطيف ص 334- وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن أتعاب الحارس تقدر بالنسبة إلى قيمة الأموال التى توضح تحت حراسته. وهذه الطريقة ولو أنها سهلة وبسيطة، إلا أنها تحكمية ولا تشتمل على جميع العناصر التى يجب أن ينبنى عليها التقدير الصحيح، فالأتعاب التى تقدر وفقا لهذه الطريقة قد تكون باهظة إذا لم يكن الحارس قد لاقى أية صعوبة جدية عند قيامة بإدارة أموال كبيرة، وقد تكون الأتعاب غير كافية وضئيلة إذا كانت الأموال التى عهد بها إلى الحارس ولو أن قيمتها ثانوية إلا أن إدارتها تتطلب منه بذل مجهود وتذليل صعاب، يضول بجانبها كل أجر (عبد الحكيم فراج ص 361- حسن عكوش ص 100).

تكون بغير أجر، ذلك أن للخصوم فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أن يتفقوا على خلاف ما قضت به".

(طعن رقم 196 لسنة 19 لسنة 1952/1/24)

ويبقى الأجر المتفق عليه أو المحكوم به ساريا حتى يعدل باتفاق أو بحكم جديد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- "إن أجر الحارس القضائى الذى يقدر سواء بحكم أو باتفاق بين أصحاب الشأن يظل ساريا حتى يلغى أو يعدل بحكم أو اتفاق جديد".

(طعن رقم 196 لسنة 19 لسنة 1952/1/24)

2- "إذا كانت عبارة الإقرار الصادر من المستحقين فى الوقف واضحة الدلالة على سريان أجر الحراسة مادامت الطاعة قائمة بإدارة الوقف بوصفها حراسة عليه وليس فيها أى نص يفيد توقيت الأجرة لمدة معينة قبل انقضاء هذه الحراسة فإن اعتبار المحكمة هذا الإقرار غير ملزم للموقعين عليه طوال مدة قيام الحراسة ذلك يكون خطأ فى تطبيق قانون العقد لما فيه من تحريف لعبارته الواضحة وخروج عن ظاهر مدلولها".

(طعن رقم 196 لسنة 19 لسنة 1952/1/24)

وإذا لم ينص فى حكم الحراسة على أنها بغير أجر فلا يستفاد ذلك من مجرد أن الحارس شريك فى ملكية العقار موضوع الحراسة.

405- من يلزم بأجر الحارس؟ (□)

يتعين فى هذا الشأن التفرقة بين حالتين: **الحالة الأولى:** أن تكون دعوى الموضوع لا تزال قائمة ولم يفصل فيها بعد. **والثانية:** أن تكون دعوى الموضوع قد فصل فيها بحكم نهائى لمصلحة أحد الخصوم.

وفى الحالة الأولى ذهب رأى بأن للحارس أن يرجع بأجره على طالب الحراسة الذى يرجع بدوره على من يكسب دعوى الموضوع إذا لم يكن هو الذى كسبها⁽¹⁾.
بينما ذهب رأى ثان إلى أن للحارس مطالبة كل واحد من الخصوم بأتعابه خصوصا إذا كانت الحراسة لمصلحة الجميع كحالة الحراسة الموضوعية على أعيان مشتركة بسبب حالة الشيوخ بين الشركاء، كما يجوز له الرجوع بها على الخصم طالب الحراسة وحده⁽²⁾.
وذهب رأى ثالث إلى أن للحارس الرجوع على أى من الخصوم الممثلين فى الدعوى بأجره⁽³⁾.

وذهب رأى رابع إلى أن للحارس أن يتوجه بالمطالبة إلى الخصوم جميعا استنادا إلى أن الحراسة إجراء تحفظى قصد به كفالة حقوقهم على السواء كما فى حالة الشيوخ، فإذا كانت الحراسة مقصودا بها تحقيق مصلحة لشخص معين فهو الملزم بالمصروفات والأجر، كما لو كان سببها مديونية أحد الشركاء المشاعين أو أحد مستحقى الوقف فعندئذ يلتزم الدائن بها دون غيره⁽⁴⁾.

وذهب رأى خامس إلى أن أجر الحارس يعد من المصروفات اللازمة لإدارة المال وصيانته والمحافظة عليه، وعلى ذلك إذا كانت الحراسة قد فرضت على المال الشائع أو المشترك الذى لا نزاع على أنصبة الشركاء فيه فإن الشركاء جميعا يلزمون بأجر الحارس كل بحسب نصيبه.
أما إذا كان هناك نزاع على الملكية فإن الحارس يحصل على أجره فى هذه

(1) السنهورى ص 950- بيومى وإسكندر ص 373- على العيساوى ص 242 استئناف مختلط 1918/4/10 - 1920/2/28.

(2) راتب وآخرين ص 547- المستشار مجدى هرجه ص 434.

(3) حسن عكوش ص 100.

(4) محمد على رشدى ص 384.

الحالة من إيراد المال الموضوع تحت الحراسة أو من ذات المال المفروضة عليه الحراسة إذا كان قد تصرف فيه أو فى جزء منه بإذن من القاضى.

وإذا كان مال الحراسة لا يغل إيرادا ولم يكن قد بيع منه شيء فللحارس فى هذه الحالة أن يستأذن القاضى الذى عينه فى الاقتراض على المال الموضوع تحت الحراسة وفاء لأجره أو التنفيذ بما له من أجر على مال الحراسة ويجوز له أن يرجع على أفراد الحراسة فى مالهم الخاص الذى لا شأن له بالحراسة لأنه أجر عن عمل أداه لصالحهم⁽¹⁾.

ونرى الأخذ بالرأى الأول.

أما الحالة الثانية: فقد ذهب رأى إلى أن أتعاب الحارس يلزم بها من كسب الدعوى أو على من حكم عليه بالمصروفات⁽²⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن أتعاب الحارس يلزم بها من كسب الدعوى⁽³⁾.
ونرى الأخذ بالرأى الأخير.

406- الاختصاص بتقدير أجر الحارس :

يختص القاضى الذى عين الحارس بتقدير أجره بأمر يصدر على عريضة، فإن كان معينا من قاضى الأمور المستعجلة فإنه هو الذى يقدر أجر الحارس. أما إذا كان قاضى الأمور المستعجلة قد قضى برفض الحراسة ثم استؤنف هذا الحكم وحكمت محكمة الدرجة الثانية بالحراسة، ففي هذه الحالة يكون رئيس الدائرة الاستئنافية هو المختص بتقدير أتعاب الحارس، دون القاضى المستعجل، حتى ولو كانت المحكمة الاستئنافية قد أمرت الحارس بأن يودع حساب إدارته قلم كتاب

(1) الدناصورى وعكاز ص 553.

(2) السنهورى ص 950- عبد الحكيم فراج ص 361- محمد كامل مرسى ص 663- بيومى وإسكندر ص 373- عبد الحكيم الشواربى ص 193.

(3) محمد على رشدى ص 385- راتب وآخرين ص 547 وما بعدها- الدناصورى وعكاز ص 553- المستشار مجدى هرجه ص 434- على العيساوى ص 242.

محكمة الدرجة الأولى لأن هذا الإيداع هو مجرد إجراء روعى فيه التيسير على الخصوم وكون هذه المحكمة هي التي تنظر النزاع الموضوعي.

ويقوم هذا الاختصاص على أساس علاقة التبعية بين الأصل التي هي دعوى الحراسة وبين الفرع الذي يتفرع عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أتعاب المحامى أو الخبير أو الحارس المعين فيها وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 189 مرافعات⁽¹⁾ التي تقضى بأن:

تقدر مصاريف الدعوى في الحكم إن أمكن وإلا قدرها رئيس الهيئة التي أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها. ولا يسرى على هذا الأمر السقوط المقرر في المادة 200".

ولذلك لا ضرورة لاستيفاء شرطى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ولا يغير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع للفصل في أصل الحق أو بطلب محاسبة الحارس عن إدارته للمال موضوع الحراسة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"يختص قاضى الأمور المستعجلة بتقدير أتعاب الحارس الذى أقامه فى دعوى الحراسة ومصاريفه، ويختص تبعاً بالفصل فى المعارضة فى هذا التقدير واختصاصه فى ذلك غير قائم على القاعدة العامة فى اختصاصه قاضى الأمور المستعجلة المقررة بالمادة 28 من قانون المرافعات وإنما هو اختصاص خاص يقوم على أساس علاقة التبعية بين الأصل الذى هو الدعوى التى اختص بها وبين الفرع الذى يتفرع عليها من تقدير مصروفاتها وما يلحق بها من أتعاب المحامى أو الخبير أو الحارس المعين فيها. وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة المقررة فى المادتين 116 و 117 من قانون المرافعات. وإذن فلا محل للقول بضرورة استيفاء شروط المادة 28 فى هذه الحالة (كشروط الاستعجال وشروط عدم التعرض لموضوع

(1) السنهورى ص 950- المستشار محمد عبد اللطيف ص 336- الدناصورى وعكاز ص 551

الحق). ولا يغير من ذلك قيام دعوى لدى محكمة الموضوع بطلب محاسبة الحارس عن إدارته للمال موضوع الحراسة، فإنه متى كان اختصاص قاضى الأمور المستعجلة مقررا على الوجه السابق كان له كل ما لقاضى الموضوع من سلطة فى التقدير. أما ما قد يعترض به من احتمال أن يثبت فى دعوى الموضوع تلك سوء إدارة الحارس فمردود بأنه غير منتج، إذ هذا الاعتراض عام لا يتوجه إلى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بالذات بل إلى كل قاض مختص بتقديره وهو حين يواجه بمثل هذا الاعتراض يفصل فيه حسبما يتراءى له فى الدعوى ولكن لا يقضى بعدم اختصاصه".

(طعن رقم 27 لسنة 18 ق جلسة 19/5/1949)

ويختص القاضى الذى أمر بتقدير أتعاب الحارس بنظر التظلم فى هذا الأمر طبقا للقاعدة العامة الواردة بالمادة 190 من قانون المرافعات.

ويجوز لأطراف الحراسة جميعا أن يتفقوا مع الحارس على أجره سواء كان ذلك أثناء نظر النزاع أم بعد الفصل فيه وهذا الاتفاق يكون ملزما لأطرافه وتنته به المحكمة باعتباره عقدا والعقد شريعة المتعاقدين وذلك فى حالة ما إذا طالب الحارس بأجره استنادا إلى هذا الاتفاق والقاضى المختص فى هذه الحالة هو قاضى الموضوع لأنه يطبق العقد.

وإذا اتفق أطراف الحراسة مع الحارس على الأجر على النحو السالف بيانه إلا أن الحارس تجاهل هذا الاتفاق ولجأ للقاضى الذى عينه أو لرئيس الدائرة التى عينته طالبا تقدير أتعابه بأمر على عريضة وأجيب إلى طلبه وتظلم أطراف الحراسة أو أحدهم من هذا الأمر وجب إلغاؤه لأنه يخالف العقد المبرم بين طرفيه والملمزم لهم قانونا⁽¹⁾.

407- حق الحارس فى استرداد المصروفات:

(1) الدناصورى وعكاز ص552.

للحارس القضائى بالإضافة إلى أجره الحق فى اقتضاء كافة المبالغ التى يكون قد صرفها فى أداء مهمته، وذلك سواء أكانت الحراسة بأجر أم بغير أجر. وقد نصت على هذا الحق الفقرة الأولى من المادة 1022 من المشروع التمهيدي بقولها.

"للحارس أن يتقاضى أجرا، ما لم يكن قد تنازل عن ذلك. وله أن يسترد ما أنفقه من مصروفات على حفظ المال الموجود فى حراسته وعلى إدارته".
إلا أن لجنة المراجعة حذفتم الحكم الأخير اكتفاء بالقواعد العامة⁽¹⁾.

فلئن كان من البديهي أن الإدارة تستلزم مصروفات وأن للحارس أن يخصم المصروفات من الإيرادات أولا بأول، فإنه من الممكن أيضا أن يتصور الحالة التى يحتاج فيها الحارس إلى المطالبة برد هذه المصروفات إليه، وهى الحالة التى تنتهى فيها الحراسة بعد أن يكون الحارس قد أنفق هذه المصروفات، وقبل أن يحصل من الإيرادات على ما يفي بسدادها⁽²⁾.

والقواعد العامة تقضى بأن يسترد الحارس ما أنفقه من مصروفات ضرورية فى حفظ المال وفى إدارته، كمصروفات الترميمات الضرورية ومصروفات الزراعة من ثمن بذور وسماد ومواش وآلات ومبيدات للحشرات وأجور العمال والمستخدمين الذين يستعين بهم الحارس فى أداء مهمته، كذلك يسترد ما أنفقه من مصروفات نافعة كمصروفات أنفقها فى ثمن العين إذا حصل على موافقة ذوى الشأن أو إذن القاضى⁽³⁾.

كما يستحق الحارس الديون التى اقتترضها للاستعانة بها على أداء مأموريته وفى حدود هذه المأمورية.

408- من يلزم بالمصاريف التى أنفقها الحارس؟

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص293 ما بعدها.

(2) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص294- محمد كامل مرسى ص664.

(3) السنهورى ص951.

يسرى على الالتزام بالمصاريف التي أنفقها الحارس ما يسرى على الالتزام بأجر الحراسة، فنحيل في ذلك إلى ما أوردناه في هذا الشأن.

409- الاختصاص بالفصل في المصاريف :

يجب على الحارس رفع دعوى أمام محكمة الموضوع للمطالبة بمصاريف الحراسة، ولا يجوز له استصدار أمر تقدير بها كالأجر، لأن تقدير المصاريف وتحديد قيمة المبالغ التي اقتترضها الحارس يقتضى تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الإيرادات والمصروفات عن مدة إدارته، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به قاضى الأمور المستعجلة عندما يطلب منه أمرا بالتقدير لأن ولايته لا تتسع لهذا البحث إذ يعتبر ذلك فصلا في نزاع موضوعى لا يختص به قانونا⁽¹⁾.

كما يجوز للحارس المطالبة بهذه المصاريف بصفة فرعية فى دعوى أخرى أو أثناء إجراءات التوزيع.

410- حق الحارس فى التعويض :

(1) محمد كامل مرسى ص 664 الهامش - بيومى وإسكندر ص 374- الدناصورى وعكاز ص 558 وما بعدها - على العيساوى ص 243- استئناف مختلط 11 ديسمبر سنة 1934 وقد جاء به "للحارس أن يستصدر أمر تقدير بأتعابه. أما ما يكون قد أنفقه فى سبيل الحراسة من النفقات فلا يجوز أن ترفع به الدعوى خاصة أو يطلب الحكم به بصفة فرعية ضمن دعوى أخرى أو فى أثناء إجراءات التوزيع، وذلك لأن تقدير هذه النفقات يقتضى تصفية حساب الحارس ومراجعة مستندات الصرف والإيراد مدة إدارته التى غالبا ما تكون طويلة، وهذا العمل لا يمكن أن يضطلع به القاضى الذى يطلب منه أمر التقدير. فإذا أصدر القاضى مع ذلك أمر تقدير للحارس بهذه النفقات، فلا يحوز هذا الأمر قوة الشيء المقضى به بعدم المعارضة فيه من الخصم، لأنه إنما صدر ممن لا صفة ولا ولاية له فى إصداره"- وقرن راتب وآخرين ص 548 ومحمد على رشدى ص 382 وما بعدها فيريان أن مصاريف الحارس تقدر بأمر على عريضة من القاضى الذى عينه ولو كان هو قاضى الأمور المستعجلة.

لحارس القضاى أن يرجع بالتعويض عما يصيبه من ضرر ويكون سببه المباشر قيامه بمهمته دون أن يصدر من جانبه أى خطأ شخصى. ويتقاضى الحارس التعويض من صاحب المال إذا كان النزاع قد فصل فيه، فإذا كان النزاع لم يفصل فيه، استرد التعويض من الخصوم بالتفصيل الذى أوردناه سلفاً.

وتتم المطالبة بالتعويض المستحق عن طريق رفع دعوى موضوعية أمام المحكمة المختصة⁽¹⁾.
(أنظر أيضا البند التالى).

411- هل يلتزم طرفا الحراسة بالتضامن بأجر الحارس ومصاريفه

والتعويض المستحق له؟

يذهب الرأى الغالب إلى أنه إذا كان طرفا دعوى الحراسة ملتزمين قبل الحارس بأجره ومصاريفه أو بالتعويض المستحق له قبلهما عما أصابه من ضرر - بالتفصيل السالف الذكر - فإنهما يلتزمان بذلك بالتضامن بينهما تطبيقاً لأحكام الوكالة حيث تقضى بتضامن الموكلين المتعديين (م712)، وأحكام الوكالة تسرى على الحراسة فيما لا تتعارض فيه مع نص خاص ولم يكن فى التقنين المدنى القديم نص على تضامن الموكلين، ومع ذلك فقد قضى فى ظله بتضامن الخصوم نحو الحارس⁽²⁾.

(1) بيومى وإسكندر ص374 وما بعدها.

(2) السنهورى ص954- محمد على رشدى ص385- المستشار محمد عبد اللطيف ص335- عبد الحميد الشواربى ص194- استئناف مصر 8 مارس سنة 1933 وقران الدناصورى وعكاز ص554- فيريان أن هذا الرأى غير سديد ذلك أن التوكيل يتم برضاء الموكلين جميعاً أما فى الحراسة فاختيار شخص الحارس قد لا يكون باتفاقهم وبالتالي فإنه لا يجوز القياس فى هذه الحالة لعدم تطابق العلة فى كلا الأمرين فضلاً عن = أن التضامن لا يكون إلا بنص القانون أو باتفاق وكلا الأمرين منتف فى هذه الحالة أما بالنسبة =

412- حق الحبس والامتياز:

تنص المادة 246 مدنى على أن: "1- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

2- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع".

ومن ثم يكون للحارس الحق فى حبس الأموال الموضوعه تحت حراسته سواء كانت من المنقولات أو العقارات إلى أن يستوفى أجره وما يكون قد أنفقه من مصاريف الصيانة ومصاريف الإدارة وما ينفقه فى سبيل التقاضى وما يتحمله بسبب الاستغلال ذلك أن الحارس تغلب عليه صفتا المودع عنده والوكيل فيستفيد من الضمانات المقررة لهما قانوناً وأخصها حق الحبس بالنسبة لنفقاته وأتعابه.

وإذا نازع الخصوم فى استحقاق الحارس للمبالغ التى يدعيها كان لهم إيداعها خزانة المحكمة ويسلم الشيء موضوع الحراسة وحينئذ يتحول النزاع إلى المبلغ المودع بالمحكمة⁽¹⁾.

ولا يؤثر فى حق الحبس أن الأجر والمصروفات والتعويض مبالغ غير معينة المقدار مادامت محققة الوجود⁽²⁾.

وكانت المادة 1022 من المشروع التمهيدي تتضمن فقرة خاصة برقم (2) تنص على حق الحارس فى الحبس وقد جرت على أن:

للحراسة الاتفاقية التى يتفق فيها جميع الخصوم على شخص الحارس فإنها تعتبر بمثابة وكالة منهم للحارس فى إدارة المال ومن ثم يكونون ملزمين بالتضامن عن أجر الحارس.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص336 وما بعدها.

(2) السنهورى ص953- بيومى وإسكندر ص375 وما بعدها- القاهرة الابتدائية 27 مايو سنة

"وله الحق فى حبس الأموال الموضوعه تحت الحراسة حتى يستوفى الحقوق التى تخوله إياها هذه المادة. وذلك دون إخلال بما يقرره هذا القانون له من حق امتياز" - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "وقد قررت الفقرة الثانية من هذه المادة للحارس الحق فى حبس الأموال الموضوعه تحت الحراسة، إلى أن يستوفى أجره وما يجوز له استرداده من المصروفات التى ينفقها، وتعتبر هذه الفقرة تطبيقاً للقاعدة العامة التى قررتها المادة 331 بشأن حق الحبس.... إلخ" - إلا إن هذه الفقرة حذفت بلجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة⁽¹⁾.

وللحارس حق امتياز بالمبالغ المستحقة له مقابل ما صرفه لصيانة المنقولات الموضوعه تحت حراسته وفقاً لحكم المادة 1140 مدنى وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقولات، إذ تنص هذه المادة على أن:

"1- المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.

2- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثلث بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها".

وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن أجر الحارس والمصروفات تتمتع بحق امتياز المصروفات القضائية⁽²⁾.

وعلى أى حال لا يختص قاضى الأمور المستعجلة بالبث فيما إذا كان الأجر أو المصروفات يتمتع بحق امتياز أم لا.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 293 وما بعدها.

(2) استئناف مختلط 9 نوفمبر سنة 1898-15 فبراير سنة 1927 - 11 يونية سنة 1929-

26 مايو 1931 - 20 مايو 1941 - 22 مايو سنة 1945.

المسئولية المدنية الناشئة عن الحراسة القضائية

413- تمهيد:

الحارس القضائي يقوم بأعمال هامة فهو - كما قدمنا - قد يتولى إدارة أموال كبيرة مثل إدارة شركات ومصانع، وقد تتعرض بسبب أعماله ونتيجة تقصيره وخطئه مصالح كثيرة لأضرار جسام. ولا شك فإن الحارس القضائي مسئول عما يقع منه من خطأ وتعويض من يصيبهم ضرر نتيجة أعماله وخطئه. وأحيانا يكون أصحاب المال مسئولين قبل الغير عما يرتكبه الحارس من خطأ في أعمال الحراسة.

ولذلك سنتناول المسئولية الناشئة عن الحراسة من ناحيتين:

الأولى: مسئولية الحارس القضائي عن أعماله في الحراسة.

والثانية: مسئولية الحراسة قبل الغير عن أعمال الحراسة. ونعرض لهما تباعا.

أولا: مسئولية الحارس القضائي عن أعماله في الحراسة

414- أحكام هذه المسئولية:

يذهب غالبية الفقهاء - وأيدتهم محكمة النقض - إلى أن مسئولية الحارس القضائي عن أعماله في الحراسة هي مسئولية عقدية، باعتباره وكيلًا عن أصحاب المال الخاضع للحراسة، ومن ثم تسرى على هذه المسئولية أحكام المسئولية الخاصة بالوكيل كما تسرى على بعض التزامات الحارس القضائي أحكام مسئولية المودع لديه⁽¹⁾.

(1) الشواربي ص 229- العيساوي ص 248- وقد أشار إلى هذا الرأي الغالب أيضا الدكتور

عبد الحلیم فراج ص 370- غير أنه يرى أن الحراسة ليست بعقد، إنما هي نيابة قانونية=

= وقضائية والتزامات الحارس القضائي مصدرها القانون وأمر القاضى لا العقد. فمسئوليته على هذا الأساس مسئولية لا عقدية.

ولئن كانت المادة 704 مدني الواردة في آثار الوكالة تنص على أنه: "1- إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

2- فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد"- إلا أن المشرع خالف هذا النص بالنسبة للحارس وتطلب من الحارس أن يبذل في أداء التزاماته عناية الرجل المعتاد إذ نصت المادة 1/734 مدني- كما رأينا سلفا- على أن يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها، وبإدارة هذه الأموال، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد، وبالتالي لا محل للتفرقة في مسؤولية الحارس بين ما إذا كانت الحراسة بأجر أو بدون أجر.

وهذا ما قضت به محكمة النقض بتاريخ 1981/6/25 في الطعن رقم

1318 لسنة 48 ق إذ ذهبت إلى أن:

"الحارس يلتزم إعمالا لنص المادة 1/734 من القانون المدني بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارة هذه الأموال ويتعين عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل هذه العناية ونجم عن ذلك ضرر، كان مسئولا عن تعويض ذلك الضرر حتى ولو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها في حفظ مال نفسه فإنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد على عنايته الشخصية".

إلا أنها خالفت في قضاء آخر لها هذا النظر وفرقت في مسؤولية الحارس بين ما إذا كانت الحراسة بأجر أو بدون أجر. فقضت بأن:

ويستطرد أنه لا يهم معرفة ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم لا عقدية بقدر ما يهم تحديد طبيعة التزامات الحارس القضائي هل هي التزامات بغاية أو التزامات بوسيلة إذ يتوقف على تحديد طبيعتها هذه ومضمونها تعيين من يقع عليه عبء الإثبات ومدى ذلك العبء- أنظر حكم النقض التالي ونقض 1984/1/1 منشور سلفا.

"الحارس القضائي ملزم بالمحافظة على الأعيان التي تحت يده الخاضعة للحراسة والقيام بإدارتها وما يتبع ذلك من حق التقاضي فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات، وهو إذا كان لا يسأل في دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من إيراد الأعيان الخاضعة لحراسته إلا أنه باعتباره وكيلًا عن ملاكها يعد مسئولًا في ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره في إدارتها يسيرا كان هذا التقصير أو جسيما تبعًا لما إذا كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر، وإذا كان تنازل الحارس عن وضع يده على الأرض الخاضعة أو عن غلتها دون صدور حكم قضائي في مواجهته أو إذن كتابي من ملاكها يعتبر خروجًا عن حدود سلطته كحارس، فإنه يكون مسئولًا عن تعويض ما ينشأ عن ذلك من ضرر لهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالزام الطاعن ريع الأرض التي يدعى أن المطعون عليها الأولى باعتبارها إلى المطعون عليه الثاني على ما أورده في أسبابه من أنه "إذا كانت المحكمة بهيئة سابقة قد أصدرت قرارها في 1976/3/23 بوجوب تقديم المستأنف عليه الثاني - المطعون عليه الثاني - للعقود المطعون فيها بالإنكار ولم يقدمها حتى الآن، إلا أن المستأنف عليه الأول - الطاعن يعد أيضًا مسئولًا قانونًا عن ذلك، فهو الملتزم قبل المستأنفة المطعون عليها الأولى - بتقديم حساب حراسته معززا بالمستندات طبقًا لمنطوق حكم الحراسة والمادة 737 من القانون المدني. وهو واجب أولى، أما مجرد الادعاء بحصول بيع من المستأنفة فإن ذلك لا يبيح له أن يقيم من نفسه حكمًا على مدى صحة صدور البيع عنها من عدمه ومدى توافر أركانه وشروطه وكيفية تنفيذه، كما لا يبيح له بالتالي تحويل عقود الإيجار إلى مدعى الشراء ووضع اليد نفاذًا لذلك دون الرجوع في ذلك كله ومقدمًا إلى المستأنفة وأخذ الدليل الكتابي المثبت لذلك والاحتفاظ به أو تقديمه ملف دعوى الحراسة أما التغافل والاستتار وراء ما يقدمه المستأنف عليه الثاني للخبير من عقود مطعون عليها بالإنكار تم له سحبها وعدم ردها ففي ذلك كله مما يدل على صحة دفاع المستأنفة وفساد ادعاء المستأنف عليهما ومدى التواطؤ بينهما على طمس

الحقيقة والإهمال الجسيم من جانب المستأنف عليه الأول في تنفيذ الحراسة والخروج عن نطاقها القانوني، ذلك لأن تحويل عقد الإيجار لصالح مدعى الشراء والأحقية في وضع اليد لا يعد عملا من أعمال الإدارة بل من أعمال التصرف التي لا يجوز للحارس القيام بها طالما أن الادعاء بقبول المستأنفة مقداً بذلك لم يتأيد بدليل جدي. وخطأ المستأنف عليه الأول يترتب المسؤولية عما أصاب المستأنفة من ضرر ناتج عن هذا الخطأ - بصرف النظر عن توافرها أيضا بالنسبة للمستأنف عليه الثاني - ذلك أنه ما كان لهذا الأخير أن يضع اليد على أرض النزاع في المدة المطالب عنها بالربيع إلا نتيجة إهمال المستأنف عليه الأول ومن ثم يتعين إلزامه بكامل الربيع...." مما مفاده أن الحكم اعتبر تسليم الطاعن بصحة صدور عقدي البيع المؤرخين 28 ، 1968/12/29 من المطعون عليها الأولى إلى المطعون عليه الثاني، وتحويله بناء على ذلك، عقود إيجار الأرض موضوع العقدين إلى هذا الأخير، وما يتضمنه ذلك من الحق في وضع اليد عليها والاستئثار بريعتها دون الرجوع إليها والحصول منها على دليل كتابي يخوله الحق في هذا التصرف - الخارج عن سلطته كحارس - تقصيرا جسيما أصابها بضرر تستحق عنه تعويضا قدر بالربيع الذي فاتها بسببه الحصول عليه - لما كان ما تقدم وكان الطاعن لم يقدم العقود التي يدعى أن المطعون عليها الأولى وقعت عليها وتخول له التنازل للمشتري عن عقود الإيجار، فإن نعيه على الحكم المطعون فيه بالسبب الأول يكون غير سديد لأنه لا على الحكم إن هو التفت عن دفاع لم يقدم الخصم دليله ويكون نعيه بالسببين الثاني والثالث غير منتج لأن الحكم لم يقر قضاءه بتقصير الطاعن عن انفساخ العقد المؤرخ 1968/12/29 أو على أساس أنه سلم الأرض إلى مدعى الشراء وإنما على تحويله عقود الإيجار إليه قبل الرجوع إلى المطعون عليها الأولى والحصول على إذن كتابي منها يخوله ذلك، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلزم الطاعن بالربيع ذاته عن الأرض التي يدعى أن المطعون عليها الأولى باعها وقام بتحويل عقود إيجارها وإنما ألزمه بتعويضه من

ماله الخاص لتقصيره الجسيم فى الحراسة وأقام قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة وسليمة فإن نعى الطاعن بالسببين الرابع والخامس يكون فى غير محله".

(طعن رقم 648 لسنة 50 قى جلسة 1981/3/19)

(أنظر أيضا فى تكييف مسئولية الحارس طعن رقم 602 لسنة 40 قى

جلسة 1984/1/1)

والالتزامات تنقسم إلى نوعين: التزام بغاية والالتزام بوسيلة.

والالتزام بغاية هو الالتزام الذى يتعهد فيه المدين بشيء معين، سواء أكان عملا أم امتناعا عن عمل أو نقل حق، أما الالتزام بوسيلة فلا يتعهد فيه المدين إلا ببذل عناية لتحقيق ما تعهد به من غير أن يضمن إيصال الدائن إلى نتيجة معينة بالذات.

والالتزام الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها - كما أوضحنا سلفا - التزام بوسيلة لأن هذا الالتزام لا يفرض على الحارس نتيجة يلتزم بتحصيلها وإنما يفرض عليه قدرا من العناية يجب عليه القيام بها.

كذلك التزام الحارس القضائى بإدارة الأعيان التى توضع تحت حراسته هو التزام بوسيلة أيضا لأن هذا الالتزام لا يفرض على الحارس القضائى تحصيل نتيجة معينة. وإنما يلتزم بموجبه ببذل قدر من العناية حددها له المشرع.

أما التزام الحارس برد الأشياء المعهودة إليه حراستها عند انتهاء مهمته، فهو التزام بغاية لأن الحارس القضائى إنما يلتزم بموجبه بتسليم هذه الأشياء مع غلتها المقبوضة لمن يقضى له بها أو بعبارة أخرى يلتزم بتحصيل نتيجة معينة وهى رد الأشياء الموضوعه تحت الحراسة لمن يثبت له الحق فيها. لهذا لا يبرأ الحارس من هذا الالتزام إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ ناشئ عن سبب أجنبى من قوة قاهرة أو حادث فجائى أو فعل الغير الذى لا يسأل عنه.

أما التزام الحارس القضائى بتقديم حساب عن إدارته إما لأصحاب الشأن أو للقضاء، أو بما قد يكافه به القضاء بجرد الأموال الموضوعه تحت الحراسة

وتحرير محضر بذلك، فهي التزامات بغاية.
ونعرض بعد ذلك للأركان التي تقوم عليها مسئولية الحارس القضائي.

415- أركان المسئولية:

أركان المسئولية المدنية، سواء كانت عقدية أم تقصيرية ثلاثة هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية وعلى ذلك تتحقق مسئولية الحارس القضائي المدنية إذا وقع منه خطأ ولحق بالمضروب ضرر، ووجدت علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

(1) الركن الأول: الخطأ:

الخطأ هو أهم ركن من أركان مسئولية الحارس القضائي. ولا يفرق الفقه الحديث بين الخطأ التعاقدى والخطأ اللاتعاقدى من حيث طبيعتهما.
ويعرف بعض الفقهاء الخطأ بأنه تقصير فى مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول⁽¹⁾.
والخطأ يتناول الفعل السلبى (الامتناع) والفعل الإيجابى، وتتصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمدى على السواء⁽²⁾.

والخطأ الذى يرتكبه الحارس القضائي يختلف باختلاف مدى التزاماته. فإذا كان التزامه بغاية أى بتحقيق نتيجة معينة، فإنه إذا لم يحقق هذه الغاية أو النتيجة يكون مخطئاً، ومثال ذلك التزامه برد الأشياء المعهود إليه حراستها عند انتهاء مهمته، فإذا لم يقم بردها اعتبر مخطئاً.

أما إذا كان التزامه ببذل عناية أى التزام بوسيلة، مثل التزامه بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها أو إدارتها، فإنه إذا لم يبذل فى حفظها أو إدارتها عناية الرجل المعتاد، كان مخطئاً.

(1) عبد الحكيم فراج ص 372.

(2) حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية 1979 ص 135.

(2) الركنان الثانى والثالث: الضروررابطة السببية بين الخطأ

والضرر:

يخضع هذان الركنان للقواعد العامة فى المسئولية ونكتفى هنا بعرض بعض تطبيقات القضاء الخاصة بالحراسة القضائية.

فقد قضى بأن:

1- يتعين على الحارس عند التأجير أن يتبع الطريقة التى رسمها له حكم الحراسة، فإذا كان الحكم قد أوجب عليه التأجير بالمزايدة فلا يجوز له مخالفة ذلك وإجراء التأجير بطريق الممارسة، فإن هو فعل ذلك اعتبر مقصرا فى أداء واجبه فضلا عن مؤاخذته مدنيا إذا ثبت أن أصحاب الشأن قد أصابهم ضرر بسبب عدم التأجير بالمزاد العلني⁽¹⁾.

2- الحارس القضائى الذى عين لأداء مهمة خاصة يجب عليه أداؤها بدون تأخير وإلا كان مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب أصحاب الشأن من جراء تأخيره فى القيام بمهمته. فإذا عين حارس قضائى لبيع محصول قطن، وجب عليه بيعه حالا، فإذا تأخر بيعه، وترتب على هذا التأخير ضرر نتيجة لانخفاض أسعار القطن، فيكون مسئولا فى هذه الحالة عن فرق السعر بين الوقت الذى كان يجب عليه أن يبيع فيه وبين الوقت الذى تم فيه البيع فعلا. ولا يدفع مسئوليته احتجاجه بأنه كان ينتظر ارتفاع أسعار القطن⁽²⁾.

3- الحارس القضائى الذى يهمل فى تحصيل الإيجارات فى الوقت المناسب يتحمل قيمة ما لم يحصل منها.

(1) استئناف مختلط 6 مارس سنة 1923- يلاحظ ما ذكرناه فى بند (143) من أن العرف فى الحراسة قد جرى على أن يكون التأجير بالمزايدة.

(2) استئناف مختلط فى 5 مارس سنة 1931.

416- إثبات المسؤولية :

يتعين التفرقة في إثبات مسؤولية الحارس القضائي بين ما إذا كان التزام الحارس الذي أخل به التزاما بتحقيق غاية (نتيجة) أو التزاما ببذل عناية (التزاما بوسيلة) فإذا كان التزام الحارس التزاما بتحقيق غاية، كان على الدائن إثبات أن الغاية المطلوبة لم تتحقق، فالحارس (المدين) يعتبر مقصرا بمجرد عدم تحقق الغاية مما يوفر ركن الخطأ في جانبه. فإذا أراد الحارس دفع مسؤوليته كان عليه إثبات تحقق الغاية، أو إثبات أن عدم تحقق الغاية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه (م 215 مدني) وقد يكون هذا السبب قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو خطأ الدائن ذاته، أو خطأ شخص لا يسأل الحارس عن فعله، فإذا أفلح الحارس في ذلك فإنه يكون قد نفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾.

فإذا لم يقد الحارس القضائي برد الأشياء المعهودة إليه حراستها عند انتهاء مهمته، كان ذلك إثباتا لخطئه، ويقع على عاتقه نفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي على نحو ما تقدم.

(1) وقد قضت محكمة النقض بصدد المسؤولية في عقد نقل الأشخاص بأن:

"عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزما بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليما وهذا الالتزام هو التزم بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير ويشترط في خطأ الغير = الذى يعفى الناقل من المسؤولية إعفاء كاملا ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذى سبب الضرر للراكب".

أما إذا كان التزام الحارس التزاما ببذل عناية فلا يكفي الدائن إثبات وجود الالتزام بل يقع على عاتقه إثبات أن الحارس لم يبذل في تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد.

والدائن لا يستطيع إثبات ذلك إلا بإثبات كافة أركان المسؤولية من خطأ في تنفيذ الحارس لالتزامه وضرر أصاب الدائن من هذا الخطأ، ورابطة سببية بينهما. فإذا كان التزام الحارس هو المحافظة على أموال الحراسة أو إدارتها، فلا يكفي أن يثبت الدائن وجود الالتزام، وإنما يجب عليه إثبات أن الحارس لم يبذل في تنفيذه عناية الرجل المعتاد.

417- مسؤولية الحارس القضائي عن أعمال مساعديه :

إن مركز الحارس القضائي بالنسبة إلى أصحاب الشأن في الحراسة مركز النائب، وهو إذا تصرف في حدود نيابته، فإنما يتصرف لحساب من ينوب عنهم. فإذا عين مثلا موظفين يساعده في عهد إليه من عمل، فإنه لا يكون مسؤولا عن هؤلاء الموظفين إلا إذا أمكن نسبة الخطأ إليه فيما يدخل في نطاق عمله. مثال ذلك إذا أساء اختيارهم أو أهمل في مراقبتهم أثناء قيامهم بعملهم⁽¹⁾.

وقد قضى بأن الحارس القضائي الذي عين وكيلا خاصا له خبرة فنية في إدارة الأقطان الزراعية لا يضمن إلا في حالة إفسار هذا الوكيل أو عدم أهليته أو إهماله إهمالا بيينا⁽²⁾.

ومتى انتفى خطأ الحارس القضائي، وكان تصرفه في حدود نطاق مأموريته المرسومة له، فإن مسؤوليته تنتفي تبعا لذلك. وتحمل الحراسة وحدها، الأخطاء التي يرتكبها القائمون بالعمل مع الحارس القضائي، لأن سلطة الأمر والتوجيه التي له عليهم إنما يباشرها نيابة عن الحراسة، وليس لحسابه الخاص.

(1) عبد الحكيم فراج ص 375 وما بعدها.

(2) استئناف مختلط 1938/4/7.

ثانياً : مسؤولية الحراسة قبل الغير عن أعمال الحراسة

418- أحكام المسؤولية :

قد لا يرتكب الحارس خطأ شخصياً، وإنما قد يرتكب خطأً مصلحياً ناتجاً عن قيامه بأداء المهمة المعهودة إليه. فإذا حدث ضرر نتيجة لهذا الخطأ كانت الحراسة هي المسؤولة عن تعويضه، لأن الحارس وهو يقوم بمأموريته إنما يقوم بها نيابة عمن يمثلهم فإذا تعاقد أو اقترض فإنه يقوم بذلك بصفته نائباً لا بصفته الشخصية، ومن ثم تتحمل الحراسة كل ما ينتج من أعمال الحارس القضائي بصفته هذه من تعويض على شرط ألا يكون في قيامه بعمله قد جاوز حدود سلطته المخولة بالحكم.

فإذا قام الحارس القضائي بفصل موظف كان يدير الأموال الموضوعة تحت الحراسة، وكان هذا الفصل يدخل في حدود سلطته الإدارية، وقد راعى فيه من جانبه مصلحة العمل الموكول إليه، فإنه لا يكون مسئولاً شخصياً لأنه لم يقع منه خطأ في قيامه بعمله.

أما إذا قضى لهذا الموظف بتعويض لأن فصله كان في وقت غير لائق، فإن الحراسة هي التي تتحمل التعويض لأن الحارس وهو يقوم بمأموريته يقوم بها نيابة عمن يمثلهم ولحسابهم.

أما إذا جاوز الحارس حدود سلطته، فإنه يكون ملزماً شخصياً عن تعويض الغير الذي يكون قد أصابه ضرر من ذلك إلا إذا بصر هذا الغير بالحدود الحقيقية لسلطته⁽¹⁾.

وإذا ارتكب الحارس القضائي خطأً قبل الغير رتب له ضرراً، كأن يقيم الحارس بناءً على أرض الغير أو يؤجر الأعيان الموضوعة تحت الحراسة مرتين، أولاً يقدم للمستأجر التدفئة والمياه التي تستحق له طبقاً لعقد الإيجار، فإن الحراسة

(1) عبد الحكيم فراج ص 376 وما بعدها.

هى التى تكون مسئولة عن عمل الحارس لأن مسئولية الحراسة عن أعمال الحارس مسئولية عقديّة كما رأينا وتكون إدارة الحارس امتدادا لشخصية من ينوب عنهم.

419- عدم مسئولية وزارة العدل عن خطأ الحارس القضائى :

لا تسأل وزارة العدل عن الخطأ الذى يقع من الحارس القضائى فى أعمال الحراسة، ولو كان الحارس منتدبا من خبراء وزارة العدل لأن الحارس يستمد سلطته من الحكم الذى عينه حارسا وليس بناء على توجيهات صادرة من وزارة العدل، وهو يعتبر وكيلا عن أصحاب الشأن كما أوضحنا سلفا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ أول يناير سنة 1984 فى الطعن

رقم 602 لسنة 40 ق بأن :

"من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحارس القضائى ولو كان منتدبا من خبراء وزارة العدل - إنما يستمد سلطته من الحكم الذى يقيمه وليس بناء على توجيهات أو أوامر صادرة من وزارة العدل ويلتزم بحفظ المال المعهود إليه حراسته وإدارته ورده لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وبتقديم حساب عن إدارته له مما مقتضاه أنه يعتبر وكيلا عن أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة فهو يقوم بإدارة الأموال محل الحراسة بصفته وكيلا لحسابهم وأن الحارس فى قيامه بهذا العمل لا يكون تابعا لوزارة العدل طالما أنه لا يقوم به لحسابها وإنما لحساب أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة ومن ثم فإن ما يقع منه من أخطاء خلال ذلك العمل لا تسأل عنه وزارة العدل طبقا للمادة 174 من القانون المدنى".

تعديل مأمورية الحارس القضائي

420- دواعى تعديل مأمورية الحارس القضائي :

يجوز تعديل مأمورية الحارس القضائي المحكوم بها إذا حصل تغيير فى وقائع الدعوى المادية التى كانت مطروحة أمام القاضى الذى قضى بفرض الحراسة وتعيين الحارس وتحديد مأموريته، أو إذا حصل تعديل فى المركز القانونى للخصوم، يقتضى تعديل مأمورية الحارس المعين فى الحكم بالزيادة أو النقصان، أى بمد نطاق الحراسة على أموال لم تشملها، أو قصرها على بعض الأموال التى شملتها، أو بالإذن للحارس بتوزيع غلة العقار بدلا من إيداعها خزينة المحكمة.

ومن دواعى تعديل مأمورية الحارس القضائي ما يأتى :

- 1- أن يكون النزاع على جزء من الأرض المفرزة الموضوعة تحت الحراسة قد انتهى رضاء أو قضاء بحكم نهائى.
- ففى هذه الحالة تعدل مهمة الحارس القضائي باستبعاد هذا الجزء من نطاق مأموريته.
- 2- أن يكون أحد الخصوم قد اشترى جزءا مفرزا من الأرض بعقد ليس عليه مطعن جدى، فيكون تعديل مهمة الحارس القضائي بإخراج هذا الجزء من الأرض من مهمته.
- 3- أن يكون من مصلحة الطرفين مد مهمة الحارس القضائي إلى الزراعة المحجوز عليها والقائمة على الأموال الموضوعة تحت الحراسة وذلك لجمعها وبيعها كلها⁽¹⁾.

421- الخصوم فى دعوى تعديل مأمورية الحارس القضائي :

(1) راتب وآخرين ص 517- استئناف مختلط فى 1930/2/5.

يجب اختصاص أطراف الحراسة والحارس فى دعوى تعديل مأمورية الحارس القضائى بالنقصان أو الزيادة.

ومع ذلك ذهب رأى فى الفقه والقضاء إلى أنه لا يلزم اختصاص الحارس القضائى فى دعوى تعديل مأمورية الحارس القضائى بالزيادة⁽¹⁾.

وينتقد البعض - بحق - هذا الرأى استنادا إلى أن الحارس يعتبر خصما أصيلا فى هذه الحالة فلا يجوز تعديل مأموريته بدون أن يختصم فى الدعوى، ولا يجوز قياس هذه الحالة على حالة فرض الحراسة التى لا يشترط فيها اختصاص المرشح للحراسة إذ أن هذا قياس مع الفارق لأن الحارس المعين ابتداء عند فرض الحراسة له أن يقبلها وله أن يرفضها إذا تبين له أن المأمورية المكلف بها لا تتاسبه، أما فى حالة تعديل المأمورية، فليس له أن يطلب التتحي إلا برفع دعوى⁽²⁾.

422- المحكمة المختصة بدعوى تعديل مهمة الحارس القضائى :

ترفع دعوى تعديل مهمة الحارس القضائى إلى قاضى الأمور المستعجلة أو المحكمة التى قضت بالحراسة وتعيين الحارس.

ويشترط لاختصاص القاضى المستعجل توافر ركنى الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

فالقاضى المستعجل لا يقضى بتعديل مهمة الحارس إلا إذا استبان له من ظاهر المستندات جدية السبب الذى يدعيه المدعى لتعديل مهمة الحارس أما إذا تبين له عدم جديته أو أن ظاهر المستندات لا يسمح بترجيح أحد الرأيين عند المنازعة فى ذلك تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه نوعيا بنظر الدعوى.

وغنى عن البيان أن هذه المنازعة لا تعتبر متعلقة بالتنفيذ وبالتالي لا اختصاص لقاضى التنفيذ بالفصل فيها.

(1) راتب وآخرين ص 517- استئناف مختلط فى 14/11/1929.

(2) الدناصورى وعكاز ص 575 وما بعدها.

استبدال الحارس القضائي

423- متى يجوز استبدال الحارس؟

يجوز طلب عزل الحارس القضائي واستبدال حارس جديد به، إذا لم يقوم الحارس بأداء مأموريته على الوجه الصحيح طبقاً للحكم الصادر بتعيينه، تأسيساً على ما يوجه إلى إدارته أو إلى شخصه من تجريح في أداء المهمة المنوطة به. ومثل ذلك أن يقوم الدليل الجدى من ظاهر مستندات الدعوى على أن الحارس ينحاز لبعض الخصوم المتنازعين أو يهمل إدارة الأعيان إهمالاً يضر بأصحابها أو يهمل حفظها بما يجعلها عرضة للتلف أو يبدد ريعها أو يبدد الأموال الموضوعة تحت حراسته⁽¹⁾.

أو يحيد عن مأموريته فلا يقوم بإيداع المبالغ المتحصلة خزانة المحكمة إذا كان الحكم قد كلفه بذلك.

أو يسرف في تقدير المصروفات إسرافاً يبعث على الشك في أمانته، أو تكون المستندات المرفقة بكشف الحساب مصطنعة يقصد بها التمويه وإخفاء الحقيقة.

وكذلك إذا أخل الحارس بالالتزام المنصوص عليه في المادة 2/734 مدني بأن أحل بطريق مباشر أو غير مباشر أحد ذوى الشأن في أداء مأموريته دون رضا الآخرين.

وإذا كان الحارس معيناً بأجر فيجوز للخصوم أو لبعضهم طلب استبداله بحارس آخر تتوفر فيه الصفات المطلوبة ويقبل الحراسة بدون أجر، ولو لم توجه ثمة مطاعن إلى هذا الحارس. فيكون إحلال حارس بغير أجر محل حارس بأجر سبباً كافياً لجواز الاستبدال.

ويتوافر الاستعجال في هذه الحالة من الضرر الذى يصيب أطراف الحراسة

(1) راتب وآخرين ص 512.

من تحملهم أتعاب الحراسة المتجددة خاصة إذا كان المال الموضوع تحت الحراسة لا يغل ريعا كبيرا.

كما يجوز استبدال الحارس إذا كان تعيينه يقوم على اعتبارات جوهرية تتعلق بشخصه أو لما هو مشهود عنه بالنزاهة والاستقامة التي لولاها ما ارتضاه الخصوم، فإذا هو تخلى عن إدارة أعمال الحراسة ووكّل شئونها إلى غيره، فللقاضى فى هذه الحالة أن يستبدل به غيره⁽¹⁾.

424- من يطلب استبدال الحارس؟

يكون استبدال الحارس بناء على اتفاق الخصوم أو بناء على طلب بعضهم أو بناء على طلب أى شخص له مصلحة فى تغيير الحارس، كما يجوز أن يتدخل فى الدعوى كخصم ثالث كل من له مصلحة فى طلب استبدال الحارس. ولا يعتبر صاحب مصلحة فى التدخل مستأجر العقار الموضوع تحت الحراسة إذ الحراسة لا تغير الوضع بالنسبة للمستأجر إذا كان حقه ثابتا بوجه قانونى، أما إذا كان حقه متنازعا عليه قانونا فليس هنا مقام الخوض فيه.

425- من يختصم فى دعوى استبدال الحارس؟

لما كان الحارس القضائى يعد وكيلا عن طرفى الخصومة، فإنه يجب أن يمثل فى دعوى عزل الحارس جميع الخصوم الذين كانوا طرفا فى دعوى الحراسة أو خلفهم العام أو الخاص، والحارس المطلوب عزله.

فالخصوم الذين يجب اختصامهم هم كل من يتضح أن تغيير الحارس يؤثر على حقوقهم بما يجعل لهم مصلحة فى تعرف شخص الحارس الذى تسند إليه مهمة الحراسة على المال، وفى أن يكون الحارس هو شخص معين دون آخر. ويجوز لكل ذى مصلحة فى الدعوى التدخل فيها وفق الإجراءات التى رسمها القانون.

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص338 وما بعدها.

ولا يعتبر المستأجر صاحب مصلحة فى التدخل إذ أن تغيير الحارس لا أثر له على حقوقه كمستأجر إذ الحراسة لا تغير الوضع بالنسبة للمستأجر، فهو لا يعنيه أن يكون الحارس على العين هو هذا أم ذاك، إذ الحراسة لا تغير الوضع بالنسبة للمستأجر إذا كان حقه ثابتا بوجه قانونى، أما إذا كان حقه متنازعا عليه قانونا فليست هذه الدعوى مجال الخوض فيه⁽¹⁾.

ولا يزول عيب عدم اختصاص الأشخاص سالفى الذكر إذا وجهت إليهم الدعوى أمام محكمة الدرجة الثانية، لأن فى ذلك تقويتا لدرجة من درجتى التقاضى عليهم. ويترتب على عدم اختصاص أى من هؤلاء عدم قبول الدعوى⁽²⁾.

426- المحكمة المختصة باستبدال الحارس :

يبدى طلب عزل الحارس بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة. ولا يجوز تقديمه بطلب على عريضة⁽³⁾.

(1) مستعجل إسكندرية 1954/2/23 الدعوى 1590 لسنة 1953 مدنى مستعجل (مشار إليه راتب وآخرين ص 515 هامش ((1)).

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 341 - المستشار مجدى هرجه ص 427 - استئناف مختلط 8 مايو سنة 1935.

(3) وقد أجاز البعض قبل تعديل المادة 194 مرافعات بالقانون رقم 23 لسنة 1992 أن يبدى طلب عزل الحارس بمقتضى أمر على عريضة يقر إلى قاضى الأمور الوقتية وذلك إذا كان الخطر شديدا بدرجة يتعين معها سرعة المبادرة إلى المحافظة على حقوق الخصوم ومصالحهم بحيث يكون الالتجاء إلى المحكمة المختصة للحكم بعزل الحارس مفوتا لهذا الخطر الشديد ولو كانت هذه المحكمة هى قاضى الأمور المستعجلة (راتب وآخرين ص 514- السنهورى ص 916)- وعكس ذلك الدناصورى وعكاز ص 563=

= والمستشار مجدى هرجه ص 427. ويبرر المستشار مجدى هرجه هذا الرأى بأن دعوى العزل لا بد وأن تبنى على وقائع لاحقه لصدور حكم الحراسة القاضى بتعيين الحارس ويتعين فحص المطاعن المسندة إلى الحارس لتقدير مدى جديتها وعمّا إذا كانت تبرر عزله أو ضم آخر إليه من عدمه وذلك يستلزم بدهاء سماع دفاعه وذلك لا يتوافر فى

ويختص بنظر الدعوى قاضى الأمور المستعجلة ولو كان النزاع قائماً لدى محكمة الموضوع لأن ذلك يعد من قبيل الإجراءات التحفظية التى تدخل فى حدود ولاية القضاء المستعجل بمقتضى المادة 45 مرافعات.

كما تختص بنظرها المحكمة التى عينت الحارس⁽¹⁾.

وتفحص المحكمة - القضاء المستعجل أو المحكمة التى عينت الحارس - ظاهر المستندات، فإذا تبينت جدية المطاعن التى وجهت إلى الحارس قضت بعزله واستبدال آخر به أو قضت بإقامة حارس آخر معه - كما سنرى - أما إذا رأت المحكمة أن المطاعن غير جدية، أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعى عزل الحارس كأن نسب إليه أنه تأخر فى تقديم كشوف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله، أو أن ظاهر المستندات لا يكفى فى ترجيح إحدى وجهتى النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى فحص موضوعى كالتحقيق أو ندب خبير أو توجيه اليمين أو تطبيق المستندات على الطبيعة، فإنها تقضى فى جميع هذه الأحوال بعدم الاختصاص

الأمر على عريضة.

(1) السنهورى ص 916 - الدناصورى وعكاز ص 562 وما بعدها.

ويذهب رأى ثانى إلى أن قاضى الأمور المستعجلة هو المختص بنظر الدعوى. بشرط أن يتوافر شرطاً اختصاصه وهما الاستعجال وعدم المساس أصل الحق.
(المستشار محمد عبد اللطيف ص 338 - محمد على رشدى ص 386 - المستشار مجدى هرجه ص 426).

ويذهب رأى ثالث إلى اختصاص المحكمة التى أصدرت حكم الحراسة بنظر الدعوى. على أنه إذا كان الحارس المطلوب عزله قد عين من المحكمة الاستئنافية فلا يجوز رفع الدعوى أمامها بل يتعين فى هذه الحالة رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو قاضى الأمور المستعجلة.

(راتب وآخرين ص 513).

لانعدام عنصر الاستعجال⁽¹⁾.

وإذا كان الحارس معيناً من المحكمة الاستئنافية، فلا يجوز رفع دعوى استبدال الحارس أمامها، بل يتعين في هذه الحالة رفعها أمام محكمة أول درجة⁽²⁾. وهذا يختلف عن الطلب الذي يقدم بتعيين حارس آخر بدلاً من ذلك الذي اعتذر عن مباشرة مأموريته فإنه يجوز لصاحب المصلحة أن يلجأ إلى محكمة ثانية درجة، إذا كانت هي التي عينته ويطلب منها تعيين حارس آخر بدلاً من المعتذر، ذلك لأن الحارس القضائي قريب الشبه بالخبير الذي تتدبه المحكمة في هذا المنحى، لأن كليهما مكلف بأمر نيظ به من قبل المحكمة لمصلحة المتخاصمين، ومن ثم يدخل في سلطة محكمة ثانية درجة التي عينته إذا تحدى عن مباشرة المأمورية⁽³⁾.

ولا يجوز طلب استبدال الحارس بأمر على عريضة.

427- سلطة المحكمة في استبدال الحارس:

إذا رأت المحكمة التي تنظر دعوى استبدال الحارس - القضاء المستعجل أو المحكمة التي عينت الحارس - من ظاهر مستندات الدعوى جدية المطاعن التي وجهت إلى الحارس قضت بعزله واستبدال آخر به.

إلا أنه لا يجوز للمحكمة عند استبدال الحارس بغيره أن تعدل من المأمورية المبينة في حكم الحراسة، إذ تقتصر وظيفتها على عزل الحارس فقط، ما لم يطلب المدعى في دعوى الاستبدال تعديل مأمورية الحارس، والقول بغير ذلك يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصوم⁽⁴⁾.

(1) السنهوري ص 916.

(2) السنهوري ص 916- استئناف مختلط 19 يونية سنة 1935.

(3) إسكندرية استئناف في 25/5/1958- الدعوى رقم 176 لسنة 1958.

(4) المستشار محمد عبد اللطيف ص 341 - الدناصوري وعكاز ص 573.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الواقع هو أن الطاعنين الثلاثة الأولين أقاموا الدعوى يطلبون عزل المطعون عليه من الحراسة على السيارة موضوع النزاع تأسيساً على أنه خالف الحكم القاضى بتعيينه إذ انفرد بقبض بعض مبالغ من إيراد السيارة واستباحها لنفسه، وكان الحكم المطعون فيه إذ استبعد البحث فى الأوراق المقدمة من المطعون عليه والتي طعن أحد هؤلاء الطاعنين فيها بالتزوير قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها من أنه باستبعاد هذه الأوراق يبقى فى الدعوى ما يؤسسها عليها الطاعنون من أن المطعون عليه قبض مبالغ من الشركة المستغلة للسيارة، ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها مستدلين على ذلك بالكشف الصادر من هذه الشركة وهو ما أخذ به الحكم الابتدائى وخلا الحكم المطعون فيه من التحدث عنه، فإن هذا الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه إذ هو أطرح الدليل الذى اعتمد عليه الطاعنون دون أن يبين سبب هذا الإطراح مع لزوم هذا البيان".

(طعن رقم 66 لسنة 20 ق جلسة 1951/6/7)

كما يجوز للمحكمة بدلاً من عزل الحارس أن تقضى بإقامة حارس آخر معه إذا رأت فى هذا الإجراء ما يكفى وأن فيه مصلحة لطرفى الخصومة. وإذا قضت المحكمة بعزل الحارس تعين عليها تعيين حارس جديد ولو لم يطلب الخصوم ذلك، وإذا اتفق الخصوم على حارس قامت بتعيينه. أما إذا رأى القاضى أن المطاعن التى وجهت إلى الحارس غير جدية أو أنها ليست من الخطورة بحيث تستدعى استبدال الحارس، كأن نسب إليه التأخير فى تقديم كشف الحساب أو فصل أحد العمال بغير حق أو رفض إعطاء عامل شهادة بإخلاء الطرف عند فصله.

وكذلك إذا رأى أن ظاهر المستندات لا يكفى لترجيح إحدى وجهتى النظر على الأخرى وأن الأمر يحتاج إلى بحث موضوعى كالإحالة إلى التحقيق أو نذب

خبير أو تطبيق المستندات على الطبيعة... الخ، فإنه يقضى بعدم الاختصاص.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كانت المحكمة لم تعول على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الحارس أقامت قضاءها على أسباب من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى رتبها عليها إذ لم تجد فيها فى حدود سلطتها الموضوعية وبالقدر اللازم للفصل فى الدعوى ما يبرر استبدال الحارس الذى عينته محكمة الدرجة الأولى باتفاق أصحاب النصيب الأوفى فى الشركة فإنه لا محل للنعى على حكمها بالقصور فى هذا الخصوص".

(طن رقم 215 لسنة 21ق جلسة 1952/10/30)

وإذا صدر حكم بعزل الحارس كانت له صفة فى استئناف الحكم الصادر بعزله ولا يقدر فى ذلك أن يكون الحكم لم يتعرض للمطاعن الموجهة إليه ما دام لم ينفها عنه.

428- أثر القضاء باستبدال الحارس:

يترتب على القضاء بعزل الحارس واستبدال حارس جديد به، انتهاء مهمة الحارس القديم بالنسبة للحراسة، بمجرد صدور الحكم، دون حاجة إلى إعلانه. وإذا باشر الحارس أى عمل من أعمال الحراسة بعد الحكم بعزله، فإن هذا العمل يعتبر صادرا منه خارج حدود نيابته، ويسرى عليه ما ذكرناه سلفا.

كما يلتزم الحارس برد الأموال المعهودة إليه حراستها إلى الحارس الجديد، غير أن الحارس لا يلتزم بذلك إلا بعد إعلانه بالحكم (أنظر نقض طعن رقم 38 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12 المنشور ببند 435). ويجوز للحارس الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بعزله.

429- استبدال الحارس على المحجوزات:

إذا عين المحضر المدين حارسا على المنقولات المحجوز عليها، جاز للدائن طلب عزل المدين من الحراسة وإسنادها إلى غيره، إذا توافرت الأسباب المعقولة التي تضعف من الثقة بنزاهة المدين واستقامته. وهذه المنازعة تعد من منازعات التنفيذ لأنها تنص على إجراء من إجراءات التنفيذ، فالحراسة هنا من إجراءات التنفيذ بالحجز، ومن ثم يختص بنظر هذه المنازعة قاضى التنفيذ بصفته المستعجلة دون قاضى الأمور المستعجلة وترفع إليه المنازعة بصحيفة دعوى.

تنحى الحارس القضائى عن الحراسة

الحارس القضائى - كما ذكرنا سلفا - ليس ملزما بقبول الحراسة جبرا عنه عند إسنادها إليه إذ يجوز له أن يتنحى عنها أى يطلب إعفائه منها إلا أنه إذا قبلها تعين عليه الاستمرار فيها إلى حين صدور حكم بقبول تنحيه أو إعفائه من الحراسة غير أنه يجوز له أن يطلب إعفائه من الحراسة وتعيين حارس آخر بدلا منه، إذا عرضت له عوارض تعجزه عن القيام بمهام الحراسة كما لو اضطر إلى السفر أو أصابه مرض يعجزه عن أداء مأموريته، أو كان قد غير محل إقامته فأصبح يقيم فى دائرة بعيدة عن الدائرة الموجودة بها الأموال الموضوعة تحت الحراسة، أو أن مهام أعماله قد أصبحت لا تسمح له بالتفرغ لأعمال الحراسة، أو أنه لا يمكنه التغلب على الصعوبات والعراقيل التى يضعها أمامه أصحاب المال فى سبيل تنفيذ حكم الحراسة على الوجه الصحيح.

وللمحكمة سلطة تقدير الأسباب التى يرتكن عليها الحارس فى طلب إعفائه من الحراسة، فلها أن تجيبه إلى طلبه إذا تبين لها وجاهة هذه الأسباب، أما إذا استبان للقاضى عدم جدية الأسباب التى يرتكن عليها الحارس فى طلب إعفائه من الحراسة، فإن له أن يرفض هذا الطلب وتكليفه بالسير فيها إلى أن تنتهى الأسباب التى قامت عليها.

ونؤيد ما يذهب إليه بعض الفقهاء⁽¹⁾ من أن الحارس فى الغالب لا يجبر على أداء مأمورية الحراسة رغما عنه طالما أبدى رغبته فى التنحى واستبانته المحكمة أن قبول هذا التنحى لا يعود بالأضرار على الخصوم فيكون عليها أن تجيبه إلى طلبه ولأن فى إجباره على الاستمرار برفض طلب تنحيه ما قد يعود بالأضرار على الحراسة وذوى الشأن.

430- المحكمة المختصة بطلب التنحى أو الإعفاء من الحراسة :

التنحى أو الإعفاء من الحراسة القضائية يكون بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى.

ولا يجوز الإعفاء من الحراسة بأمر على عريضة، لأن المادة 194 مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم 23 لسنة 1992- كما ذكرنا سلفا- لا تجيز استصدار أمر على عريضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون، ولم يرد نص فى القانون يجيز إعفاء الحارس القضائى من الحراسة بموجب أمر على عريضة.

وقد ذهب رأى إلى أن المحكمة المختصة بنظر طلب الإعفاء من الحراسة هى المحكمة التى عينت الحارس فهى التى تملك قبول تنحيه وتعيين آخر بدلا منه، ولو كانت محكمة ثانى درجة، كما تختص بنظر الطلب محكمة الأمور المستعجلة عند الاستعجال ولو لم تكن هذه المحكمة هى التى عينته.

وذهب رأى آخر إلى أن المحكمة المختصة هى محكمة الأمور المستعجلة،

(1) المستشار مجدى هرجه ص424.

ولو كانت محكمة الموضوع هي التي قامت بتعيينه، وذلك إذا توافر الاستعجال باعتبار ذلك من الإجراءات التحفظية التي تدخل في ولايتها عملاً بنص المادة 45 مرافعات وطبقاً للقاعدة القائلة بأن قاضي التعيين يملك العزل⁽¹⁾.
ونرى الأخذ بالرأى الأول.



(1) السنهوري 914 وما بعدها- المستشار مجدى هرجه ص 424- الدناصوري وعكاز ص 562 وما بعدها.

مادة (737)

- 1- يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة.
- 2- ويلتزم أن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه، معززا بما يثبت ذلك من مستندات. وإذا كان الحارس قد عينته المحكمة، وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب قلم كتابها.

الشرح

431- التزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة وتقديم حساب:

يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة يثبت فيها بانتظام الحسابات الخاصة بالحراسة. ولا يشترط أن تكون هذه الدفاتر موقعا عليها من المحكمة إلا إذا ألزمه القاضي بذلك فى الحكم الصادر بتعيينه حارسا، فيلتزم بذلك فى هذه الحالة⁽¹⁾.

(1) وكانت المادة 1023 من المشروع التمهيدي توجب أن تكون هذه الدفاتر موقعا عليها من المحكمة، إلا أن المادة عدلت بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ إلى الوضع الراهن، حتى لا تفرض الدفاتر المصدق عليها فى جميع الحالات إذ قد تكون قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة قليلة وبالصيغة الجديدة يتاح للمحكمة السلطة فى تكليف الحارس باتخاذ دفاتر موقع عليها منها فى الحالات التى تعينها.

وقد جاء بتقرير اللجنة ما يأتى:

"رأت اللجنة أن تضيف إلى الفقرة الأولى عبارة "ويجوز للقاضي إلزامه باتخاذ دفاتر" وبهذا يكون التزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة التزاما مطلقا. أما إلزامه باتخاذ دفاتر موقع عليها من المحكمة فهو أمر جوازى يترك للقاضي يقدره بحسب ظروف كل حاجة. وفى هذا التعديل ما يجعل النص أكثر مرونة وأصبح رقم المادة 737".

(مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص97)

ويلتزم الحارس بأن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات. ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تلزم الحارس أن يقدم الحساب أكثر من مرة فى السنة كثلاثة أشهر أو ستة أشهر، إذا كانت أهمية الأموال الموضوعة تحت الحراسة وظروفها تتطلب تقصير مدة تقديم الحساب، لتكون الرقابة أفعال أثرا.

ويجوز للحارس أن يقدم الحساب من تلقاء نفسه أكثر من مرة فى السنة وبصفة عامة فإن الحارس يلتزم بتقديم الحساب ولو لم ينص الحكم على ذلك لأنه التزام أوجبه القانون عليه وعلى الحارس أن يقدم حسابا عن إدارته قبل انتهاء السنة أو المدة التى حددتها له المحكمة إذا انتهت الحراسة.

ويجب على الحارس أن يودع صورة من الحساب قلم كتاب المحكمة، ليتيح للمحكمة فرصة مراجعته وتتبسط بذلك رقابة المحكمة على الحارس.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى:

"يجب على الحارس أن يؤدى حسابا عن إدارته إلى ذوى الشأن. وقد حدد المشروع هذا الالتزام ونظمه حتى يكون له أثر فعال فى ضمان الرقابة على إدارة الحارس فألزم الحارس أولا باتخاذ دفاتر حساب منظمة موقع عليها من المحكمة⁽¹⁾، كما هو شأن التجار فيما يجب عليهم اتخاذه من دفاتر، حتى يمتنع بذلك أو يقل إمكان التلاعب فى الحسابات.

ثم ألزمه بأن يقدم كل سنة على الأكثر حسابا صحيحا بما تسلمه وبما أنفقه، وحث عليه أن يعزز حسابه بما يؤيده من مستندات وكلفه بتقديم هذا لكل من ذوى الشأن وبإيداع صورة منه بقلم كتاب المحكمة الذى عينته إذا كان تعيينه بحكم، حتى يسهل على ذوى الشأن وعلى المحكمة مراجعة الحساب والتحقق من حسن الإدارة⁽²⁾".

(1) راجع التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشعب والمشار إليه سلفا.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص296.

وكانت المادة كما وردت فى مشروع القانون (برقم 1023) تنص على أن يلتزم الحارس أن يقدم لذوى الشأن كل سنة على الأكثر (حسابا صحيحا). إلا أن كلمة (صحيحا) حذفت فى لجنة المراجعة، ولا يبين من مراجعة الأعمال التحضيرية، وجه الحكمة فى هذا الحذف. ويرى البعض - بحق - أن فى حذف هذه الكلمة جلاء لكل لبس وإزالة لغموض كان يحدثه بقاؤها فوصف الحساب بأنه صحيح مقدما يتعارض مع تكليف المشرع الحارس تعزيزه بالمستندات المثبتة له، والتي تكون فى الواقع محل مناقشة من ذوى الشأن ومن المحكمة. فضلا عن أن هذا الوصف لو أسبغ على الحساب بمجرد تقديمه من الحارس معززا بالمستندات لترتب عليه نقل عبء الإثبات من على عاتقه، وهذا ليس مقصودا ومن ثم جلت للجنة بهذا الحذف الغموض وأصبح بذلك عبء الإثبات الذى يقع على الحارس جليا واضحا⁽¹⁾.

ونصت المادة على أن يتضمن الحساب حسابا بما تسلمه الحارس وبما أنفقه. فالحساب يتضمن ما للحراسة وما عليها فيشتمل على ما قبضه الحارس من أجره وما تقاضاه من ثمن لأشياء يحوز له بيعها، وفوائد مستحقة للحراسة، وكذا ما أنفقه الحارس من مصروفات وما سدده من ضرائب ورسوم وأقساط تأمين والأجر الذى قدر له إن كان الخ فيدرج الحارس كل هذا فى حساب واحد لا يتجزأ، مكون من أصول وخصوم، والرصيد بعد استئزال الخصوم من الأصول هو الذى يجب الوفاء به للحراسة، كما هو الأمر فى الحساب الجارى وتقنى ذاتية هذه المبالغ وهى مدرجة فى الحساب، فلا تكون حقوقا أو ديونا مستقلة بعضها عن بعض ولا ينتج أى منها فوائد مستقلة بل الذى ينتج الفوائد هو رصيد الحساب. ولا تقع المقاصة بين مبلغ وآخر على وجه الاستقلال، بل تقع بين مجموع الأصول ومجموع الخصوم، لأن الحساب لا يتجزأ. وهو ذات النظام المتبع فى الحساب بين الوكيل والموكل⁽²⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص 351.

(2) السنهورى ص 941 وما بعدها.

والتزام الحارس بتقديم كشف حساب مؤيد بالمستندات هو التزام قانونى مستقل ولا يعفيه منه أن يكون إيراد العقار لا يغطى نفقاته أو أنه لم يحصل على إيراد عنه فى هذه السنة أو أن الإيراد محجوز عليه سواء تحت يده أو تحت يد المدين للحراسة إذ ينبغى عليه فى جميع هذه الحالات تقديم كشف حساب يبين فيه الإيرادات والمصروفات وأن يوضح به أيضا المحجوزات التى وقعت تحت يده أو تحت يد الحراسة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "إذا رفعت دعوى من المستحقين فى وقف على الحارس المعين عليه بإلزامه بتقديم حساب والقضاء لهم بما يظهر أنه فى ذمته، ثم انضم دائنهم إليهم فى طلب تقديم الحساب، ثم تنازل المدعون عن دعواهم بعد تصالحهم مع الحارس، وتمسك الدائن بالسير فى الدعوى لأن من مصلحته الاستمرار فى نظرها على اعتبار أن الحراسة إنما فرضت على أعيان الوقف وفاء لدينه، ثم حكم بوقف الفصل فى الموضوع إلى أن يفصل نهائيا فى النزاع القائم بشأن انقضاء الدين، وكان هذا الحكم قد بنى على التنازع على وجود الدين بنفى حق الدائن فى مطالبة الحارس بإيداع صافى ريع الأعيان الموضوعة تحت الحراسة، وعلى أن تنازل المدينين عن دعوى الحساب المرفوعة منهم على الحارس لتصلحهم معه لا يجعل للدائن صفة فى مطالبة الحارس بالإيداع، فهذا الحكم يكون مخالفا للقانون. إذ متى كان تعيين الحارس لإدارة أعيان الوقف وإيداع صافى ريعها خزانة المحكمة سببه النزاع فى انقضاء الدين فلا يمكن أن يكون هذا النزاع نفسه سببا فى تعطيل تنفيذ حكم الحراسة بوقف محاسبة الحارس ومطالبته بالإيداع، ثم إن للدائن بما له من شأن فى الحراسة حقا خاصا به فى محاسبة الحارس مستقلا عن حق المدين، فلا يؤثر فى دعواه تصالح المدين مع الحارس".

(طعن رقم 95 لسنة 16 ق جلسة 1947/4/24)

(1) الدناصورى وعكاز ص545.

2- "متى كان الحكم الذى أقام الحارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حسابا عن إيرادها ومنصرفها مشفوعا بما يؤيده من المستندات، فإن تقديمه هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاما قانونيا منفصلا عن كون الحارس مكلفا قانونا بتقديم الحساب.

وإذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه فى الدعوى على قاعدة أن كشف حساب الحارس، مجردا عن المستندات المؤيدة له، يعتبر إقرارا لا تجوز تجزئته، وتأسيسا على هذه القاعدة قال ما يفيد أنه اعتبر الحساب صحيحا حتى يقدم الدليل على عدم صحته معفيا الحارس بذلك ضمنا من تقديم المستندات المؤيدة للمبالغ التى صرفها بمقولة إنها ديون وفاها، فهذا الحكم يكون غير صحيح فى القانون".

(طعن رقم 9 لسنة 17 ق جلسة 1948/3/25)

3- "متى كان الحكم الذى أقام الحارس قد ألزمه بأن يقدم إلى صاحب العين حسابا عن إيرادها ومنصرفها مشفوعا بما يؤيده من مستندات فإن تقديم هذا الحساب يكون على هذا الوجه التزاما قانونيا، فضلا عن كون الحارس مكلفا قانونا بتقديم الحساب، لما كان ذلك فإن توقيع مصلحة الضرائب الحجز على ريع حصة الطاعنين فى العقار لا يعفى الحارس المطعون عليه من الالتزام المذكور".

(طعن رقم 2038 لسنة 50 ق جلسة 1984/11/7)⁽¹⁾.

(1) كما قضت محكمة النقض بأن:

"إذا حصل تعرض من الغير لمستأجر العقار فى انتفاعه به فطلب فى مواجهة المتعرض والمؤجر تعيين المؤجر حارسا لإدارة الأيطان وإيداع غلتها خزانة المحكمة وقضى له بذلك، ثم رفع الدعوى على المؤجر بمطالبته برد ما دفع مقدما من الأجرة وبتعويضه عما فاتته بصفته مستأجرا من الربيع فى مدة الإيجار وبنى دعواه على أن المدعى عليه استولى على الحاصلات ولم يدفع مما حصله منها شيئا فقضت المحكمة برفضها بناء =

على ما استخلصته استخلاصا سائغا من ظروف الدعوى وأوراقها من أن عقد الإيجار لم يبطل ولم يعطل بفعل المؤجر، وعلى أساس أن يد المدعى لا تعتبر أنها رفعت عن

4- "إن المادة 737 من القانون المدنى إذ ألزمت الحارس بأن يقدم إلى ذوى الشأن كل سنة على الأكثر حسابا بما تسلمه وبما أنفقه معززا بما يثبت ذلك من مستندات- فقد دلت على أن العبرة فى محاسبة الحارس عن ريع الأعيان المعهودة إليه بإدارتها إنما هى بما تسلمه فعلا من هذا الريع، وبما أنفقه من مصروفات".

(طعن رقم 2579 لسنة 70 ق جلسة 2001/5/8)

وأوجبت المادة على الحارس أن يعزز حسابه بالمستندات، أى المستندات الدالة على الإيراد والمصروفات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"الحارس الذى قام بأداء مأموريته لا يسأل إلا عن صافى الإيراد الفعلى الناتج عن إدارته للمال المشمول بحراسته بما يقتضى التحقق من الأصول والخصوم الفعلية لحساب إدارته وإذ كان الطاعن قد تمسك بجوب فحص ما أودعه ملف دعوى الحراسة من كشوف حساب والمستندات المؤيدة لها الدالة على حقيقة ما حصله من إيراد وما أنفقه من مصاريف فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل دفاع الطاعن وأقام قضاءه على ما قدره الخبير جزافا من ريع متوقع محسوب على أساس متوسط القيمة الإيجارية للقدان يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون معيبا بالقصور".

(طعن رقم 158 لسنة 52 ق جلسة 1986/4/24)

مادة (738)

1- تنتهى الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعا أو بحكم قضائى.

الأطيان المؤجرة بوضع الأطيان تحت الحراسة القضائية وأن المدعى عليه بصفة كونه مؤجرا لا مسئولية عليه بل إن مساءلته لا تكون إلا بصفته حارسا وعن طريق رفع دعوى حساب عليه، فإنه لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 82 لسنة 13 ق جلسة 1944/3/23)

2- وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي.

الشرح

432- انتهاء الحراسة القضائية اتفاقاً أو قضاءً:

ونعرض لسببي انتهاء الحراسة فيما يلي.

433- أولاً: انتهاء الحراسة اتفاقاً:

إذا اتفق ذو الشأن جميعاً أى الخصوم فى الحراسة جميعاً على إنهاء الحراسة سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، فإن هذا الاتفاق يترتب عليه انتهاء الحراسة سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، دون حاجة إلى الحصول على حكم بذلك، لأن الحراسة القضائية وإن فرضت بحكم القضاء، فقد فرضت لمصلحة الخصوم، فإذا اتفق الخصوم على انتهائها انتهت.

وإذا نازع أحد الأطراف فى صحة عقد إنهاء الحراسة، كأن ادعى بطلانه لعيب شاب إرادته كالغش أو الغلط أو الإكراه أو التدليس أو لنقص أهليته أو فقدها أو ادعى عدم حصول الاتفاق وأن توقيعه على السند المثبت له مزور عليه ووجه للحارس إنذاراً بذلك، ففي هذه الحالة يجوز للحارس أن يمتنع عن تنفيذ الاتفاق حتى يقضى فى شأنه ما أثير حوله من قضاء الموضوع.

غير أنه يجوز لباقي الخصوم أو أحدهم أن يلجأ إلى القضاء المستعجل لإلزام الحارس ومن نازع فى عقد إنهاء الحراسة بتسليم أموال الحراسة إلى من اتفق عليه فى عقد إنهاؤها.

ويختص القضاء المستعجل فى هذه الحالة بنظر الدعوى وفقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة 45 مرافعات متى استبان له توافر ركن الاستعجال وجدية المنازعة فى صحة العقد. فإذا استبان من ظاهر الأوراق أن هناك خطراً على

مال الحراسة من بقاءه تحت يد الحارس وأن المطاعن على عقد إنهاء الحراسة لا تقوم على سند من الجد تعين عليه أن يقضى بالتسليم، أما إذا بدا له أن المنازعة فى صحة العقد تتسم بالجدية أو أن ركن الاستعجال غير متوافر قضى بعدم اختصاصه، وكذلك إذا لم يستطع ترجيح إحدى وجهتى النظر على الأخرى من ظاهر الأوراق وأن الأمر يستدعى إجراء تحقيق أو ندب خبير⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"انتهاء الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعا أو بحكم. م738 مدنى. الاتفاق على إنهاء الحراسة قد يكون صريحا أو ضمنيا".

(طعن رقم 4694 لسنة 66 ق - جلسة 2007/2/28)

434- ثانياً: انتهاء الحراسة قضاء:

قد يكون انتهاء الحراسة بحكم القضاء بعد حسم النزاع الموضوعى وثبوت الحق فيه لأحد الطرفين، وقد يكون انتهاء الحراسة قبل ذلك أيضاً، ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلى.

(أ) - انتهاء الحراسة بعد حسم النزاع الموضوعى وثبوت الحق فيه لأحد

الطرفين:

ويجب أن يكون الحكم قد حسم النزاع، فلا يكفى أن تقرر المحكمة شطب الدعوى الموضوعية أو تقضى باعتبارها كأن لم تكن، أو بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان صحيفة الدعوى.

وفى هذه الصورة تنتهى الحراسة من تلقاء نفسها دون حاجة إلى حكم بذلك. فإذا كان هناك نزاع على ملكية مال وترتب على هذا النزاع أن وضع المال تحت الحراسة، فإن صدور حكم نهائى فى موضوع النزاع بثبوت ملكية أى من

(1) الدناصورى وعكاز ص578 وما بعدها.

الطرفين لهذا المال ينهى الحراسة لنهاذ غرضها.

وإذا كانت الحراسة قد فرضت بسبب النزاع بين الشركاء المشتاعين حول الإدارة، ثم تم فرز وتجنيب حصة كل شريك قضاء، فإن الحراسة تنتهى.

(ب) انتهاء الحراسة قبل حسم النزاع الموضوعى :

الحراسة القضائية- كما رأينا سلفا- إجراء مؤقت تدعو إليه ضرورة ملجئة يتأقت بها ويستمد منها سبب وجوده وبقائه، وإذا كانت هذه الضرورة هى سبب الاستعجال فى وضع الحراسة أصلا، فإن بزوالها تصبح الحراسة إجراء غير مشروع يفقد سبب كيانه ووجوده.

وعلى ذلك يتعين القضاء بإنهاء الحراسة إذا تغيرت الظروف التى استدعت فرضها، بحيث لا يعود لها مقتضى.

ومثل ذلك أن يعين حارس قضائى على تركة أو على شركة ثم يعين مصرف لهذه التركة أو الشركة، فتدخل مهمة الحارس فى مهمة المصرف، ولا يعود هناك مقتضى لبقاء الحراسة.

ومثل ذلك أيضا أن يعين حارس على مال شائع لاختلاف الشركاء فى حصصهم، ثم يقسم المال قسمة مهايأة بالتراضى، فتنتهى الحراسة إذ لم يبق لها مبرر بعد أن أمكن أن يضع كل شريك يده على حصة مفرزة مؤقتا حتى يبيت فى النزاع الموضوعى (1).

وفى هذه الصورة لا تنتهى الحراسة من تلقاء نفسها ما لم يتفق ذوو الشأن جميعا على إنهاؤها، أو الحصول على حكم بإنهاء الحراسة ولا يستثنى من ذلك إلا حالة الحراسة على العقار المنزوع ملكيته، فإنه يترتب على حكم مرسى المزد انقضاء الحراسة بقوة القانون (2).

(1) السنهورى ص 958.

(2) المستشار محمد عبد اللطيف ص 344 وما بعدها.

وتقضى المحكمة فى دعوى إنهاء الحراسة من ظاهر المستندات دون المساس بأصل الحق.

435- آثار انتهاء الحراسة :

يترتب على انتهاء الحراسة انتهاء مهمة الحارس القضائى، ويلتزم الحارس القضائى بتسليم أموال الحراسة لمن اتفق عليه الخصوم أو لمن ثبت له الحق فى المال بحكم نهائى بعد إعلانه بهذه الحكم، كما يلتزم بتقديم كشف حساب. وإذا رفعت دعوى إنهاء الحراسة أمام القضاء جاز للقاضى إلزام الحارس بتسليم أموال الحراسة.

فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 738 مدنى على انتهاء الحراسة باتفاق ذوى الشأن جميعاً أو بحكم القضاء، نصت فقرتها الثانية على أنه: "وعلى الحارس حينئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوى الشأن أو من يعينه القاضى".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي: "ومتى انتهت مأمورية الحارس، سواء بإقالته منها أو بانتهاء الحراسة ذاتها، وجب عليه أن يبادر برد الشيء المعهود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه فى الحراسة، أو إلى من يثبت حقه فى ذلك الشيء أو إلى من يختاره ذوى الشأن أو من يعينه القاضى لذلك"⁽¹⁾.

غير أنه إذا تمسك الحارس بأحقية فى حبس الأموال الموضوعة تحت الحراسة استيفاء لأتعابه ومصروفاته، تعين على القاضى المستعجل أن يقضى بعدم اختصاصه بالنسبة لطلب التسليم متى تبين له من ظاهر الأوراق أن حق الحارس فى الأتعاب أو المصروفات غير متنازع عليه جدياً بين الطرفين.

ولا يختص قاضى الأمور المستعجلة عند الحكم بإنهاء الحراسة أن يكلف الحارس بتقديم حساب عن إدارته لأن ذلك يعتبر طلباً موضوعياً بحثاً مما لا ولاية

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص298 وما بعدها على رشى ص390.

للقضاء المستعجل في الحكم به⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كانت حيازة المؤجر للعين المؤجرة بناء على حكم بالحراسة صادر له على المستأجر واجب التنفيذ فإنها تكون حاصلة بسبب مشروع، ولا يمكن عدها تعرضا من المؤجر. ومجرد إلغاء هذا الحكم من محكمة الاستئناف لا يجعل بقاء المؤجر في العين تعرضا ما لم يثبت امتناعه عن التخلي عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضى بإلغاء الحراسة، والقول بأن المؤجر يكون ملزما بتسليم العين على أثر إلغاء حكم الحراسة، ويكون عليه للوفاء بهذا الالتزام اتباع الطريق المبين في المادة 176 من القانون المدني غير سديد، لأن الحارس لا يستطيع بمجرد إلغاء الحكم أن ينسحب من تلقاء نفسه من العين التي هو حارس قضائي عليها ولا أن يسلمها إلى غير ذي صفة في تسلمها وإلا عرض نفسه للمسئولية، فإن التزامه بالتسليم لا ينشأ إلا بالمطالبة الصحيحة تنفيذا للحكم القاضى بإلغاء الحراسة ولأن الإجراء المنصوص عليه في المادة 176 غير متعلق بهذه الحالة، وهو من جهة أخرى ليس الطريق الوحيد لوفاء المؤجر بتسليم العين، إذ يكفي في ذلك الإجراء الوارد في المادة 271 من القانون المدني والمادة 698 من قانون المرافعات، وهو ما فعله المؤجر حين رد على الدعوى بإنذار أعلنه إلى المستأجر أبدى فيه استعداده لتسليمه الأطنان بدون اتخاذ أى إجراء قانوني. وإذن فالحكم الذى يعتبر هذا المؤجر متعرضا للمستأجر ويقضى بناء على ذلك بفسخ عقد الإجارة يكون مخطئا في تطبيق القانون".

(طعن رقم 38 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12)

436- المحكمة المختصة بإنهاء الحراسة:

يختص بنظر دعوى إنهاء الحراسة القاضى المستعجل إذا كان هو الذى قضى

(1) المستشار محمد عبد اللطيف ص344- استئناف مختلط 6 مايو سنة 1913.

بالحراسة، وإذا كانت الحراسة مفروضة من محكمة الموضوع جاز رفع دعوى إنهاء الحراسة أمامها أو أمام القاضى المستعجل، إذا توافر شرط الاستعجال. ويختص القاضى المستعجل بنظر دعوى إنهاء الحراسة لأن القضاء بإنهاء الحراسة لا يؤثر على حقوق الطرفين ولا يفصل فيها كلها أو بعضها إذ هو يقضى فقط بعدم الاستمرار فى الإجراء التحفظى القائم و يرجوع إدارة المال إلى ذوى الشأن فيه⁽¹⁾.

وسواء رفعت الحراسة إلى القاضى المستعجل أو إلى قاضى الموضوع فإن سلطة المحكمة تقتصر على فحص ظاهر المستندات دون المساس بأصل الحق. وليس للمحكمة أن تبحث من جديد فى أوجه النزاع التى بنيت عليها الحراسة وما إذا كانت موجبة لها أم لا، وإنما يدور بحثها حول أمر واحد فقط وهو ما إذا كانت الحراسة قد زالت أم لا والدليل على ذلك وإذا كانت قائمة فهل حصل تغير مady أو قانونى فى مركز طرفى الخصومة بعد الحكم الصادر بالحراسة يمكن معه العدول عن هذا الحكم.

أما إذا جد سبب جديد لم يكن قائماً عند الحكم بالحراسة، فلا يجوز للقاضى أن يقرر باستمرار الحراسة لهذا السبب، بل يتعين على صاحب الشأن أن يرفع دعوى مبتدأة بتقرير الحراسة لهذا السبب الجديد.

437- دعوى إنهاء الحراسة التى ترفع من الغير:

قد ترفع دعوى إنهاء الحراسة من الغير الذى يمسسه الحكم الصادر بفرض

(1) السنهورى ص 959- محمد على رشدى ص 389- المستشار محمد عبد اللطيف ص 342 وما بعدها- راتب وآخرين ص 519 وما بعدها- وقد ذهب رأى إلى عدم اختصاص القاضى المستعجل بالحكم فى دعوى إنهاء الحراسة لعدم وجود وجه للاستعجال، ولأن الحكم الصادر بإنهاء قاطع فى خصومة وغير مؤقت ولا يجوز لقاضى الأمور المستعجلة إصدار أحكام قاطعة فى الخصومة لمنافاة ذلك لطبيعة عمله وماهية أحكامه (استئناف مختلط 1918/5/15).

الحراسة، ويؤثر على حقه رغم أنه لم يختصم فى دعوى الحراسة ولم يكن له علم بها، كأن تفرض الحراسة خطأ على بعض أعيان يتضح أنها مملوكة لغير الخصوم فى دعوى الحراسة، أو كأن تفرض الحراسة بطريق التواطؤ بين طرفى الخصومة على أموال مملوكة للغير. وفى هذه الحالة يجوز للغير أن يلجأ إلى المحكمة التى قضت بالحراسة أو إلى القاضى المستعجل ولو لم يكن هو الذى قضى بالحراسة طالبا إنهاء الحراسة أو رفعها بالنسبة للأموال التى تخصه والتى صدر فى شأنها حكم الحراسة.

ويتوافر الاستعجال الذى يبرر اللجوء إلى القضاء المستعجل فى هذه الحالة بسبب الضرر الذى يلحق بحقوق الغير من سلب وضع يده على الأموال المملوكة له وحرمانه من استغلالها والانتفاع بها ووضعها فى يد الحارس القضائى.

438- الاستشكال فى تنفيذ حكم الحراسة :

يجوز للغير إذا شاء بدلا من رفع الدعوى بإنهاء الحراسة فى الأحوال الموضحة بالبند السابق أن يستشكل فى تنفيذ حكم الحراسة، ويفصل فى الإشكال قاضى التنفيذ، وعلى قاضى التنفيذ أن يبحث مبلغ الجد فى المستندات المقدمة من المستشكل، فإن استبان له من ظاهر الأوراق ما يرجح كفة المستشكل، فإنه يقضى بوقف التنفيذ، وإن استبان له عدم جدية الإشكال فإنه يقضى بالاستمرار فى التنفيذ.

439- متى يجب رد الأشياء المهددة إلى الحارس حراستها؟

يجب رد أموال الحراسة إذا انتهت مهمة الحارس القضائى، إما لزوال دواعيها، ويكون ذلك باتفاق نوى الشأن جميعا أو بحكم القضاء، أو لعزل الحارس أو بقبول تحييه أو بموته أو بالحجر عليه غير أن الحارس لا يستطيع أن ينسحب من العين الموضوعه تحت حراسته من تلقاء نفسه بمجرد إلغاء الحكم الصادر بإقامته وإلا عرض نفسه للمسئولية، فالتزامه بالتسليم لا ينشأ إلا بالمطالبة الصحيحة بتنفيذ

الحكم القاضى بإلغاء الحراسة أو إنهائها.

وإذن فمتى كان المؤجر معيناً حارساً على العين المؤجرة وحازها فإن بقاءه فيها برغم إلغاء الحراسة لا يمكن اعتباره تعرضاً للمستأجر ما لم يثبت امتناعه عن التخلي عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ حكم الحراسة⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"متى كانت حيازة المؤجر للعين المؤجرة بناء على حكم بالحراسة صادر له على المستأجر واجب النفاذ فإنها تكون حاصلة بسبب مشروع، ولا يمكن عدها تعرضاً من المؤجر. ومجرد إلغاء هذا الحكم من محكمة الاستئناف لا يجعل بقاء المؤجر فى العين تعرضاً ما لم يثبت امتناعه عن التخلي عنها بعد مطالبته بذلك عن طريق تنفيذ الحكم القاضى بإلغاء الحراسة، ويكون عليه للوفاء بهذا الالتزام اتباع الطريق المبين فى المادة 176 من القانون المدنى غير سديد، لأن الحارس لا يستطيع بمجرد إلغاء الحكم أن ينسحب من تلقاء نفسه من العين التى هو حارس قضائى عليها ولا أن يسلمها إلى غير ذى صفة فى تسلمها وإلا عرض نفسه للمسئولية، فإن التزامه بالتسليم لا ينشأ إلا بالمطالبة الصحيحة بتنفيذاً للحكم القاضى بإلغاء الحراسة، ولأن الإجراء المنصوص عليه فى المادة 176 غير متعلق بهذه الحالة، وهو من جهة أخرى ليس الطريق الوحيد لوفاء المؤجر بتسليم العين، وإذن يكفى فى ذلك الإجراء الوارد فى المادة 271 من القانون المدنى والمادة 698 من قانون المرافعات، وهو ما فعله المؤجر حين رد على الدعوى بإنذار أعلنه إلى المستأجر أبدى فيه استعداده لتسليمه الأيطان بدون اتخاذ أى إجراء قانونى. وإذن فالحكم الذى يعتبر هذا المؤجر متعرضاً للمستأجر ويقضى بناء على ذلك بفسخ عقد الإجارة يكون مخطئاً فى تطبيق القانون".

(طعن رقم 38 لسنة 14 ق جلسة 1945/4/12)

(1) محمد رشدى ص 380 وما بعدها.

440- لمن يكون الرد :

يكون الرد فى حالة انتهاء الحراسة إلى من يثبت له الحق فى المال أو إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى لذلك.
أما فى حالة انتهاء مهمة الحارس قبل انتهاء الحراسة ذاتها، فيكون الرد للحارس الجديد الذى يخلف الحارس الأول.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي ما يأتى :

"إذا اتفق ذوو الشأن جميعا على إنهاء الحراسة أو لم يتفقوا على ذلك، وحكم به القضاء، انتهت الحراسة وانتهت مأمورية الحارس.
ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق ذوو الشأن على استمرار الحراسة، وإنهاء مأمورية الحارس بأن يعينوا حارسا جديدا بدلا منه، ولا ما يمنع القاضى من أن يأمر باستمرار الحراسة وعزل الحارس الأول وإبدال غيره به، سواء كان ذلك بناء على اتفاق الخصوم، أو بناء على طلب بعضهم وبعد سماع البعض الآخر.
ومتى انتهت مأمورية الحارس، سواء بإقالته منها أو بانتهاء الحراسة ذاتها، وجب عليه أن يبادر برد الشيء المعهود إليه حراسته مع حساب أخير سواء إلى من يخلفه فى الحراسة، أو إلى من يثبت حقه فى ذلك الشيء، أو إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضى لذلك"⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص298 وما بعدها.

441- ما يجب رده:

يحكم التزام الحارس برد الأموال المعهودة إليه حراستها ما يحكم المودع عنده فى رد الشيء المودع، وهذا مفهوم من طبيعة مهمة الحارس، فهو وكيل أو نائب فيما يتعلق بإدارة المال ويتقديم حساب عنه، ومودع عنده فيما يتعلق بتسلم المال وحفظه ورده، كما يستأنس أيضا فى هذا الالتزام بأحكام التزام الوكيل برد ما فى يده للموكل.

وبالترتيب على ذلك، فالأصل هو رد الحارس المال المعهودة إليه حراسته عينا، فهو يلتزم برد الشيء الذى عهد إليه حراسته بالحالة التى يكون عليها وقت الرد، فإذا كان الشيء محل الحراسة أسهما أو سندات ولو كانت لحاملها، التزم الحارس بردها عينا بذواتها وبنفس أرقامها، ولا يجوز رد أسهم أو سندات أخرى مماثلة تماما.

كما يلتزم برد الثمار التى ينتجها الشيء محل الحراسة إذا كان مما ينتج ثمارا أو ريعا.

ويلتزم الحارس أيضا بتسليم جميع الأوراق والمستندات والأحكام المتعلقة بالحراسة كعقود الإيجار التى حررها مع المستأجرين والأحكام التى استصدرها ضدهم أثناء الحراسة وأوراق التنفيذ الخاصة بها، وأن يكون التسليم مشفوعا بحساب مؤيدا بالمستندات يتضمن الإيراد والمنصرف والباقى طوال مدة الحراسة ويرفق به مستندات الصرف والفواتير التى تؤكد ذلك⁽¹⁾، وذلك مثل التزام الوكيل بالرد.

وإذا تعذر على الحارس رد الشيء عينا، فقد يحل محل الشيء مقابل له، فيلتزم برد المقابل الذى حل محله، كأن يكون المال سندات واستهلكت وتقاضى الحارس قيمتها، أو يكون الشيء قد احترق فتقاضى مبلغ التأمين، أو تكون الإدارة قد استولت عليه للمصلحة العامة مقابل تعويض.

أما إذا هلك الشيء أو تلف أو تعيب، فإن الحارس لا يتخلص من المسؤولية

(1) راتب وآخرين ص 539- حسن عكوش ص 97- محمد عبد اللطيف ص 333.

عن ذلك إلا إذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه، أو أثبت أن الهلاك أو التلف أو التعيب كان بسبب أجنبي، أما إذا ضاع الشيء محل الحراسة، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية بخلاف الالتزام بالحفظ فإن الحارس يكون مسئولاً عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة⁽¹⁾.

وإذا بدد الحارس المنقول المعهود إليه حراسته إضراراً بذوى الشأن عوقب بعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 341 عقوبات.

442- تقادم التزامات الحارس بمضى خمس عشرة سنة :

التزامات الحارس القضائي سألقة الذكر مصدرها جميعاً القانون ومن ثم فإنها تتقادم بمضى خمس عشرة سنة طبقاً للأصل العام المنصوص عليها في المادة 374 مدني، ولا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 172 مدني.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

"التزام الحارس القضائي بحفظ المال المعهود إليه حراسته وإدارته ورده لصاحب الشأن عند انتهاء الحراسة وتقديم حساب عن إدارته له، هذه الالتزامات جميعاً مصدرها القانون فلا تتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة طبقاً للأصل العام المنصوص عليه في المادة 208 من القانون المدني القديم ولا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 172 من القانون المدني القائم. وإذا كانت الدعوى بطلب إلزام الحارس القضائي بتقديم حساب عن مدة الحراسة وبإلزامه بدفع فائض ريع العين التي كانت تحت الحراسة فإن التزامه بذلك لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة".

(طعن رقم 264 لسنة 34 ق جلسة 1968/10/24)

(1) السنهوري ص 720 وما بعدها.

443- أثر تجاوز الحارس سلطاته :

قدمنا أن الحراسة القضائية نيابة قانونية وقضائية، نيابة قانونية لأن القانون هو الذى يفرضها ويعين مدى السلطة فيها، ونيابة قضائية لأن القضاء هو الذى يضى على النائب صفة النيابة وحدودها.

فالحارس القضائى نائب عن صاحب الحق فى المال محل الحراسة، إن كان معروفا منذ البداية، كما لو وضعت الحراسة على أموال المدين، كان هذا المدين هو الأصيل، وكان الحارس القضائى نائبا عنه، وإن لم يكن معروفا منذ البداية، كما لو وضعت الحراسة على مال يتنازع شخصان ملكيته، كان الحارس القضائى نائبا عن أى من الشخصين، يظهر بعد حسم النزاع أنه هو المالك للمال، فيكون نائبا عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين.

وتحكم علاقة الحارس القضائى بصاحب المال أحكام الوكالة، والمقرر - فى شأن الوكالة- أن التصرف القانونى الذى يجريه النائب يقوم على إرادة النائب وحدها، لا إرادة الأصيل فينصرف أثر التصرف الذى يجريه النائب إلى شخص الأصيل، طالما كان التصرف فى حدود نيابته، أما إذا خرج الحارس عن حدود نيابته، كأن تصرف بالبيع فى المال الموضوع تحت الحراسة أو أجره بالممارسة، فإن البيع أو التأجير لا ينتج أثره قبل الأصيل لأن الحارس القضائى فى هذه الحالة يكون فقد صفة النيابة التى أسبغها عليه القضاء فيما جاوز من أعمال حدود نيابته بل ويعتبر باطلا.

ويكون الحكم كذلك حتى لو كان الغير الذى تعامل معه الحارس حسن النية بمعنى أنه لا يعلم بمجاوزة الحارس حدود سلطته لأنه كان يستطيع التثبت من حدود سلطة الحارس قبل التعاقد معه وذلك بالإطلاع على حكم الحراسة⁽¹⁾.

(1) عبد الحكيم فراج ص 355- السنهورى ص 913.

غير أنه إذا كان البيع قد حصل في منقولات مادية فإن الغير يكون في غالب الأحيان محميا بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- "سواء أكان المستأجر حسن النية أم سيئها فإن تجاوز الوكيل حدود توكيله لا يجعل الموكل مسئولاً عن عقد عقد خروجاً عن تلك الحدود. وعلى من يتعاقد مع الوكيل أن يتحرى صفة من تعاقد معه وحدود تلك الصفة. فإذا قصر فعليه تبعة تقصيره فإذا كانت ورقة الاتفاق التي بمقتضاها عين ثلاثة أشخاص حراساً على أعيان وقف قد حظرت عليهم أن ينفرد أيهم بأى عمل وإلا كان باطلاً، ثم أجر أحدهم وحده هذه الأرض فإن الوقف لا يتحمل نتيجة عمل هذا الحارس ولو كان المستأجر حسن النية".

(طعن رقم 103 لسنة 5 ق جلسة 1936/5/14)

2- "..... لا يجوز الاحتجاج على المالك بعقد الإيجار إذا كان قد صدر باطلاً ممن لا حق له في التأجير أو ممن تجاوز حدود حقه في الإدارة، كالحارس القضائي الذى يخرج على قواعد التأجير الصالح النافع للمصلحة المشتركة".

(طعن رقم 72 لسنة 13 ق جلسة 1994/2/10)

3- "الحارس القضائي باعتباره نائبا عن صاحب الحق بالنسبة للمال محل الحراسة يخضع فى أعماله القانونية التى يعقدها بهذه الصفة لقواعد النيابة والوكالة بالقدر الذى لا يتعارض مع أوضاع الحراسة ويحدد الحكم الصادر بتعيينه حارساً سلطاته والتزاماته، وعليه أن يلتزم بما ورد فى هذا الحكم من تحديد، وليس له أن يجاوز الحدود المرسومة لنيابته وعلى ذلك فإن الأصل أن التصرف الذى يبرمه خارج هذه الحدود المرسومة لنيابته لا ينصرف أثره إلى الأصيل إلا إذا أقره على أن يكون لمن تصرف إليه الحارس الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم نفاذ التصرف إن كان لذلك وجه".

(طعن رقم 1443 لسنة 50 ق جلسة 1987/11/11 - غير منشور)

غير أن المادة 559 من التقنين المدنى الجديد نصت على أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإن عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره". وعلى ذلك إذا أبرم الحارس الإيجار لمدة تزيد على ثلاث سنوات - ولم يكن مرخصا له بذلك - فإن الإيجار لا يبطل إلا فيما جاوز ثلاث السنوات مع ملاحظة ما ذكره سلفا بالنسبة للإيجار الذى يخضع لأحكام الامتداد القانونى.

كما يراعى ما نصت عليه المادة 107 من 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".

فإذا صدر حكم بعزل الحارس القضائى دون أن يعلم به، وتعاقد مع الغير الذى لا يعلم أيضا بعزل الحارس، فإن أثر العقد ينصرف إلى من ينوب عنهم الحارس القضائى⁽¹⁾.

444- إقرار القضاء أو الأصيل للأعمال التى يجاوز فيها الحارس

حدود مهمته :

إذا أقر القضاء أو ذوى الشأن الأعمال التى جاوز فيها الحارس القضائى حدود سلطته فإنها تصبح كأنها تمت فى حدود تلك السلطة.

على أنه إذا أقر القضاء أو ذوى الشأن تصرف الحارس القضائى، فإن هذا الإقرار (الإجارة) لا يعتبر عقدا جديدا بين أصحاب الشأن وبين الغير، بل هو تصديق على العقد الأصيل ترجع آثاره إلى ذوى الشأن منذ إبرامه لا من وقت صدور الإقرار.

(1) عبد الحكيم فراج ص 356 وما بعدها.

والإقرار يكون صريحا أو ضمنيا، ويستخلص الإقرار الضمني من أى عمل يدل عليه كتفويض ذوى الشأن العقد الذى أبرمه الحارس أو تعهدهم بتنفيذه، أو عقدهم قرضا للاستعانة به على تنفيذه. أما إذا لم يقر القضاء أو ذوو الشأن تصرف الحارس القضائي، فإنه يكون للغير الرجوع على الحارس بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ التصرف، ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بتجاوز الحارس لسلطاته أو كان ينبغى أن يكون عالما بذلك، وهذا الرجوع يستند إلى أنه كان من الواجب على الحارس أن يخبر الطرف الآخر بحدود نيابته. ولكن ليس للغير أن يرجع على الأصيل فى هذه الحالة⁽¹⁾.

على أن عدم إقرار القضاء أو ذوى الشأن للأعمال المذكورة لا يمنع من سريان أثرها بالنسبة إليهم إذا كانوا قد أفادوا منها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان مفاد نص المادة 735 من القانون المدني أنه يجوز للحارس أن يجرى أعمال التصرف برضاء ذوى الشأن، فإن تدخل المستحقين فى الوقف منضمين إلى الحارس القانونى على الوقف فى طلباته فى دعوى تثبيت الملكية التى أقامها بصفته من شأنها أن يزيل العيب الذى شاب تمثيله لهم وبزواله تصبح إجراءات التقاضى صحيحة ومنتجة لآثارها فى حق الخصوم على السواء منذ بدايتها".

(طعن رقم 450 لسنة 34 قى جلسة 6 1968/11/2)

(1) بيومى وإسكندر ص 371 وما بعدها.

الباب الرابع

عقود الغرر

الفصل الأول

المقامرة والرهان

مادة (739)

- 1- يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان.
- 2- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق.

الشرح

445- التنظيم التشريعي للمقامرة والرهان :

نظمت معظم القوانين المدنية عقود المقامرة والرهان. ولكن التقنين المصرى الملغى لم يذكر شيئاً بخصوصها، مع ما لها من الخطر، ومع شيوعها فى مصر على أشكال مختلفة. وقد اضطر القانون الإدارى والقانون الجنائى للتدخل لتجنب أخطارها. وفيما عدا ذلك ترك أمرها للقضاء، وكان القضاء يطبق أحكام القانون الفرنسى.

أما القانون المدنى الجديد فقد نظم المقامرة والرهان فى الفصل الأول من الباب الرابع (الخاص بعقود الغرر) من الكتاب الثانى فى المادتين 739، 740. وكما نقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى (نظرة عامة) حرم المشروع المقامرة تحريماً أبعد أثراً من تحريم التقنين الفرنسى. فكل اتفاق على مقامرة أو رهان يكون باطلاً، ويستطيع من خسر أن يسترد ما دفعه، وله أن يثبت الدفع

بجميع الطرق. أما التقنين الفرنسي فقد منع الخاسر من أن يسترد ما دفع إلا إذا كان هناك غش من الطرف الآخر، وهذا من شأنه أن يضعف من أثر تحريم المقامرة، فإن المقامرين يعتبرون دين القمار متعلقا بالشرف ويحتمون دفعه في مدة وجيزة، فإذا ما دفع لا يسترد واستثنى المشروع من تحريم المقامرة الألعاب الرياضية إذا كان الرهان بين المتبارين أنفسهم، ولكنه أعطى الحق للقاضي في تخفيض قيمة الرهان إذا كان مبالغاً فيه. واستثنى كذلك ما رخص فيه القانون من أوراق النسيب⁽¹⁾.

446- تعريف المقامرة والرهان :

المقامرة (Lejeu) عقد بمقتضاه يتعهد شخصان أو أكثر بدفع مبلغ معين لمن يربح منهم.

والرهان (Pari) عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر اختلفوا على أمر ما على أن من يظهر صواب رأيه منهم يتسلم من الآخرين مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن الربح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضاً في المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أي شيء آخر يقوم بهمال.

إذ قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بأن :

1- "المراد بالألعاب القمار في معنى نص المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور، وقد عدد القانون بعض أنواع ألعاب القمار في بيان على سبيل المثال وتلك التي تنفرع منها أو تكون مشابهة لها وذلك للنهي عن مزاولتها في المحال العامة والأندية - وهي

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 300.

(2) محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة 1361هـ - 1942م ص 427.

التي يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة - ولما كان الربح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا في المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شىء آخر يقوم بمال، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين نوع اللعب الذى ثبت حصوله فى المقهى وبذلك جاء مجهلا فى هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو مما يعيبه بالبطلان ويستوجب نقضه".

(طعن رقم 907 لسنة 33 ق جلسة 1963/12/16)

2- "متى كان الحكم قد أثبت أن اللعبة التى كان يزاولها بعض رواد المقهى هى لعبة "الكونكان" وهى من ألعاب القمار المحظور لعبها فى المحال العامة طبقا لنص المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 وقرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957، وكان الربح كما يتحقق فى صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا فى المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شىء آخر يقوم بمال، وكانت المادة 38 من القانون سالف الذكر تنص على أن يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على الأعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكامه، وهى مسئولية أقامها الشارع وافترض بها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المطعون ضدهما من جريمة السماح بلعب القمار تأسيسا على أن لعب الورق لقاء دفع الخاسر من اللاعبين من الشراب لا يعتبر من قبيل المقامرة، وعلى أنه لا يمكن افتراض علم صاحب المقهى بالجريمة- غير صحيح فى القانون مما يعيبه ويستوجب نقضه".

(طعن رقم 961 لسنة 33 ق جلسة 1963/12/30)

3- "لما كان من المقرر طبقاً لنص المادة 19 من القانون رقم 321 لسنة 1956 أنه لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، وكان مستغل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافاً لذلك عملاً بالمادة 38 من القانون ذاته وكان الربح الذي يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق ثمن طعام أو شراب لصالح المحل أو بحصوله على شيء آخر يقوم بمال. وكان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض ثمن الطلبات فعلاً، فإن ما أثاره الطاعن من أن الواقعة تعد شروعا غير مؤتم لأن اللاعبين لم يكونوا قد سدّدوا ثمن الطلبات حين تم ضبطهم يكون دفاعاً قانونياً ظاهر البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه".

(طعن رقم 5605 لسنة 51 ق جلسة 1982/3/17)

4- "لما كانت لعبة "الشيش بيش"، التي كان يزاولها المحكوم عليهما الأخران بمقهى الطاعن وفي حضرته وتحت سمعه وبصره، هي من ألعاب القمار المحظور لعبها في المحال العامة طبقاً لنص المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 - في شأن المحال العامة- وقرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957، وكان الربح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضاً في المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أي شيء آخر يقوم بمال، فإن مسؤولية الطاعن باعتباره مستغلاً للمقهى عن هذه المخالفة تكون قد تحققت على مقتضى المادة 38 من القانون رقم 371 لسنة 1956 سالف الذكر، سواء أعادت عليه فائدة من وراء المقامرة أم لا".

(طعن رقم 10336 لسنة 62 ق جلسة 1997/12/3)

ويجب أن تكون الواقعة غير المحققة في الرهان أجنبية عن حالة المتراهنين بحيث لا تحملهم خسارة أو تجلب لهم كسباً. فإذا اتفق وارثان على أن أياً منهما يوصى له المورث يدفع للآخر الذي لم يوص له مبلغاً من المال لم يكن هذا

الاتفاق رهانا، بل هو تأمين جائز (1).

447- أوجه الشبه والاختلاف بين عقدي المقامرة والرهان :

يتشابه العقدان في أن في كل منهما يعد شخصان أو أكثر كل منهما الآخر تحت شرط متشابه بدفع مبلغ معين أو شئ معين بحيث أن أحدهما يصبح في النهاية دائنا للآخر.

ومن يستحق المبلغ منهما هو الراجح، والآخر هو الخاسر.

ولكن المقامرة تختلف عن الرهان في أن المقامر يقوم بدور إيجابي في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة أما المترهن فلا يقوم بأى دور في محاولة تحقيق صدق قوله.

ومثال ذلك ما يتفق عليه اللاعبون في مباراة ألعاب الورق كالبيكر والكونكان وغيرها من الألعاب كالشطرنج والطاوله، وفي الألعاب الرياضية كالجرى والقفز وغيره. إذ يتفق المتبارون على من يكسب اللعب منهم يحصل من الخاسرين على مبلغ معين من النقود. وهذا الاتفاق عقد مقامرة لأن كلا من المتعاقدين قد اشترك في المباراة وبذل جهدا فيها. أما إذا ترهن عدد من المشاهدين للمباراة على من يكون الكاسب من اللاعبين، فهذا هو الرهان لأن أحدا منهم لم يقم بأى دور في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة.

غير أن هناك صورا تدق فيها التفرقة بين المقامرة والرهان. فمن يشتري ورقة نصيب يغلب أن يكون مراهنا لا مقامرا لأنه لا يقوم بأى دور إيجابي في تحقيق الكسب الذى يظفر به. ومن يضارب في البورصة يغلب أن يكون مراهنا لا مقامرا لأنه وإن تنبأ بالصعود أو النزول إلا أنه لم يبذل ثمة دور إيجابي في تحقيق ذلك.

448- خصائص عقود المقامرة والرهان :

تتميز عقود المقامرة والرهان بالخصائص الآتية:

(1) السنهورى الجزء السابع المجلد الثانى سنة 1964 ص 985 هامش (1).

- 1- **الرضائية:** فالعقد ينعقد بالتراضي بإيجاب وقبول وتشتترط الأهلية الكاملة لصحة التراضي في العقود التي يجيزها المشرع.
- 2- **عقد ملزم للجانبين:** ذلك أن كلا من المقامرين أو المتراهنين يلتزم نحو الآخر بدفع المال المتفق عليه إذا خسر المقامرة أو الرهان. أما عند التنفيذ فيكون العقد ملزماً للجانب الذي يخسر فقط، إذ يقع على عاتقه أداء المبلغ المتفق عليه إلى المتعاقد الآخر.
- 3- **عقد احتمالي:** فهو من عقود الغرر، إذ لا يستطيع أحد المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد، ما إذا كان سيحصل على المبلغ المتفق عليه أم أنه سيدفعه للمتعاقد الآخر، إذ لا يبين ذلك إلا في المستقبل.
- 4- **عقد معاوضة:** ذلك أن المقامر أو المتراهن إذا كسب شيئاً فذلك في مقابل تعرضه للخسارة، وإذا خسر شيئاً فذلك في مقابل احتمال الكسب.

449- بطلان المقامرة والرهان:

المقامرة والرهان يتوقفان على الحظ ولذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا لمخالفته للأداب والنظام العام. والبطلان هنا مطلق لا ترد عليه الإجازة. فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، فيجوز هذا للمتعاقد الخاسر وخلفه العام من وارث وموصى له بجزء من التركة، وخلفه الخاص إذا كانت الخسارة واردة على عين انتقلت ملكيتها إلى خلف خاص. ويجوز ذلك أيضاً لدائن المقامر أو المتراهن الذي خسر، لا فحسب بموجب الدعوى غير المباشرة، بل أيضاً بطريق مباشر حتى يقرر بطلان العقد فلا يزاحمه من كسب في التنفيذ على أموال المدين (1).

كما يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالبطلان. ويجوز التمسك بالبطلان ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. ويجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

وقد عمد المشرع إلى تقرير هذا البطلان المطلق لأن المقامر أو المتراهن يقوى في نفسه الإثراء لا عن طريق العمل والكد، بل عن طريق المصادفة وهو ما يدعو إلى التكاثر والتواكل، والانصراف عن الإنتاج، فضلا عما تؤدي له من استنزاف أموال طائلة طمعا في كسب غير محقق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"المقامرة والرهان يتوقفان على الحظ، لذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا لمخالفته للأداب وللنظام العام والبطلان مطلق لا ترد عليه الإجازة... إلخ"⁽¹⁾.

450- إثبات المقامرة والرهان :

يجوز إثبات المقامرة والرهان بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو كانت قيمة المبلغ تجاوز ألف جنيه، لأن العقد غير مشروع لمخالفته للنظام العام والأداب. والبطلان يقع دون إثبات غش من الطرف الآخر. ويقع أحيانا التحايل للإفلات من البطلان المطلق، وذلك عن طريق تجديد الدين بتغيير الدائن أو المدين أو الدين أو مصدر الدين، ومثل هذا التجديد يكون أيضا باطلا بطلانا مطلقا، لأن العقد الباطل لا ينتج أى أثر، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد لهذا الالتزام الباطل.

وإذا حصل الدائن من المدين فى دين المقامرة أو الرهان على اعتراف بالدين أو مصادقة عليه، أو سند يثبت هذا الدين أو ورقة تجارية لأمر الدائن أو للحامل أو حتى لأمر غير الدائن، فإن هذه الأوراق جميعها تمثل التزاما باطلا فتبطل هى أيضا، وللمدين أن يحتج بهذا البطلان تجاه الدائن وتجاه الغير الذى انتقلت إليه وهو يعلم ببطلان العلاقة الأصلية، أما إذا كان لا يعلم فلا يحتج عليه حينئذ بالبطلان وإنما يكون على المدين أن يفى بقيمة الورقة وأن يرجع بعد ذلك على الدائن بما وفاه ليسترده. ومن وسائل التحايل أيضا أن يتفق الطرفان على أن يكون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج، 5 ص 301.

الوفاء بمقابل (1).

451- بطلان الصلح والتحكيم على دين المقامرة أو الرهان :

تنص المادة 551 مدنى على أنه: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام"، ومن ثم يقع باطلا تصالح المتعاقدين على مبلغ معين على أنه مقدار الخسارة، ولا يجوز للكاسب مطالبة الخاسر بهذا المبلغ. وتنص المادة 11 من القانون رقم 27 لسنة 1994 (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح. ولما كان الصلح لا يجوز - كما تقدم - فى المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم فإنه لا يجوز التحكيم فى دين المقامرة أو الرهان (2).

452- آثار البطلان :

تخضع آثار البطلان للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة 1/142 مدنى. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد. فإذا كان الخاسر لم يدفع إلى العاقد الآخر المبلغ المتفق عليه. فإنه لا يجوز إجباره على دفعه. وإذا رفعت عليه دعوى المطالبة من المتعاقد الآخر، كان له دفعها ببطلان العقد، وهذا ما يسمى بدفع المقامرة. وإذا كان الخاسر قد دفع المبلغ المتفق عليه كان له استرداد ما دفعه بالتفصيل الذى سيأتى فى البند التالى.

453- دعوى الاسترداد :

إذا كان الخاسر فى المقامرة أو الرهان قد دفع المبلغ المتفق عليه كان له استرداد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره، لأنه يكون

(1) محيى الدين علم الدين العقود المدنية الصغيرة ص 341.

(2) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية الطبعة

الخامسة عشرة 2002/2003 الجزء الأول ص 410.

قد دفع ما هو غير مستحق. ولا يمكن أن يكون هناك التزام طبيعي لأن المادة (200) مدنى تقضى بأنه "وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام".

ولا يحول من الاسترداد أن يكون الخاسر عالما وقت الدفع ببطلان العقد، لأن علمه بالبطلان لا يمنعه من الاسترداد طبقا للأحكام المقررة فى دفع غير المستحق.

وينتقل الحق فى الاسترداد إلى ورثة الخاسر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"وغنى عن البيان أن الحق فى الاسترداد ينتقل إلى الورثة. فإذا مات الخاسر بعد أن أدى ما خسره، ولم يمض عام على الدفع، جاز للورثة أن يستردوا هم ما دفعه مورثهم. واستعمال الورثة لهذا الحق بعد موت مورثهم أكثر احتمالا من استعمال المورث للحق حال حياته لذلك يحسن أن تطال مدة الاسترداد إلى ثلاث سنوات حتى ينفصح الوقت أمام الورثة"⁽¹⁾.

وقد عدلت لجنة المراجعة هذه المادة إلى ثلاث سنوات.

وأحكام الاسترداد مما يتعلق بالنظام العام، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 739 مدنى بقولها: "ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه... ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك... إلخ" وبالبناء على ذلك إذا اتفق العاقدان على أنه لا يجوز للخاسر استرداد ما دفعه من دين المقامرة أو الرهان، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا ويحوز له استرداد ما دفعه.

454- تقادم دعوى الاسترداد :

تنص الفقرة الثانية من المادة 739 مدنى على أن: "ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 302.

ما خسره... إلخ". فدعوى الاسترداد لا تسقط إلا بانقضاء ثلاث سنوات من الوقت الذى دفع فيه الخاسر ما اتفق عليه. وتتفق هذه المدة مع مدة تقادم دعوى الاسترداد الواردة فى القواعد العامة (م 187 مدنى).

455- القرض للمقامرة أو الرهان :

يعتبر من ديون اللعب dette de jeu، ليس الدين الناشئ مباشرة من عقد المقامرة أو المراهنة فحسب، بل أيضا كل دين يعقد بمناسبة اللعب، مع أحد اللاعبين أو مع شخص له فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، مثل الدين الناشئ من نقود يقرضها فى أثناء اللعب أحد اللاعبين للآخر، أو الدين الناشئ من نقود يقرضها الخاسر من شخص آخر (1).

فالقرض فى هذه الحالة يكون سببه غير مشروع، فإذا كان المقرض عالما بسبب القرض، وأنه يقصد تمكين المقرض من المقامرة أو الرهان، فإن العقد يقع باطلا. ويحوز له استرداد ما دفعه إلى أحد المتعاقدين بموجب قاعدة استرداد ما دفع دون حق .

أما إذا كان القرض لاحقا للمقامرة أو الرهان، والقصد منه سداد الخسارة، فإن الدفع يكون غير قائم على حق ملزم ويجوز للمقرض استرداد ما دفعه، ولكن هذا لا يعنى أن دفع الخسارة أمر غير مشروع وهذا فى العلاقة فيما بين المقرض ومن كسب فى المقامرة. أما فى العلاقة بين المقرض والمقرض، فيحكمها عقد القرض المبرم بينهما، وهذا العقد لم يشبهه بطلان فينقذ صحيحا (2).

(الجزاء الجنائى على المقامرة والرهان)

فى قانون العقوبات)

(1) محمد كامل مرسى ص 430.

(2) السنهورى ص 1000 وما بعدها.

456- النصوص القانونية :**المادة (352) عقوبات :**

"كل من أعد مكانا لألعاب القمار وهياه لدخول الناس فيه يعاقب هو وصيارف المحل المذكور بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه وتضبط جميع النقود والأمتعة فى المحلات الجارى فيها الألعاب المذكورة ويحكم بمصادرتها"⁽¹⁾.

المادة (353) عقوبات :

"يعاقب بهذه العقوبات أيضا كل من وضع للبيع شيئا فى النمرة المعروفة باللوتيرى بدون إذن الحكومة وتضبط أيضا لجانب الحكومة جميع النقود والأمتعة الموضوعة فى النمرة".

457- الجريمة الأولى :**الجريمة المنصوص عليها بالمادة 352 عقوبات :**

تعاقب هذه المادة على جريمة إعداد مكان لألعاب القمار وتهيئته لدخول الناس فيه.

ولهذه الجريمة ركن مادى وركن معنوى (قصد جنائى) نعرض لهما فيما

يلى:

(1) معدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1955 الصادر فى 12 يناير سنة 1955 (الوقائع المصرية فى

13 يناير سنة 1955 - العدد 4 مكرر).

وكان نصها قبل التعديل كالاتى :

"كل من فتح محلا لألعاب القمار وأعدده لدخول الناس فيه يعاقب هو وصيارف المحل بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبدفع غرامة لا تتجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط وتضبط أيضا لجانب الحكومة جميع النقود والأمتعة التى توجد فى المحلات الجارى فيها الألعاب المذكورة".

(1) الركن المادى :

يتحقق الركن المادى لهذه الجريمة بقيام الجانى بإعداد المكان للعب القمار وتهيئته لذلك. فإعداد المكان يعنى شيئاً آخر غير تهيئته، فالإعداد يعنى أن المحل لم يكن معداً أصلاً لاستقبال أحد وأن الجانى قام بتجهيزه ومدّه بالإمكانات اللازمة للعب القمار فيه، أما تهيئة المحل فتعنى أن هذا المحل كان جاهزاً لاستقبال الأشخاص فيه ولكنه لم يكن مهيباً للعب القمار فقام الجانى بتهيئته لهذا الغرض، ولا يوجد اختلاف كبير بالنسبة لهذين المعنيين سوى أن القصد الجنائى فى أولهما يسبق وجود المكان بينما يتوافر القصد الجنائى لدى الجانى فى ثانيهما بعد وجود المكان⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يكون المكان قد أعد خصيصاً للألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأسمى من فتحه هو استغلاله فى هذه الألعاب بل يكفى أن يكون مفتوحاً للاعبين يدخلونه فى الأوقات المقررة بينهم يزولون فيه ألعاب القمار ولو كان مخصصاً لغرض آخر حتى لو كان مخصصاً للسكنى فالعبرة بحقيقة الواقع.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "إنه لا يشترط فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة 352 من قانون العقوبات أن يكون المحل قد أعد خصيصاً لألعاب القمار، أو أن يكون الغرض الأسمى من فتحه هو استغلاله فى هذه الألعاب، بل يكفى أن يكون مفتوحاً للاعبين يدخلونه للعب فى الأوقات التى يحدونها فيما بينهم، ولو كان تخصيصه لغرض آخر كقهى أو مطعم أو فندق، بل ولو كان صاحبه لا يجنى أية فائدة مادية من وراء اللعب".

(ظعن رقم 177 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/6)

(1) المستشار سيد البغال الجرائم المخلة بالأداب فقها وقضاء 1983 ص 441.

2- "لا يشترط في العقاب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 352 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1955 أن يكون المحل قد أعد خصيصا لألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلاله في هذه الألعاب بل يكفي أن يكون مفتوحا- للاعبين يدخلونه في الأوقات المقررة بينهم يزاولون فيه ألعاب القمار حتى لو كان مخصصا لغرض آخر. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص فيما أورده في منطق سائغ أن الطاعن فتح مسكنه لألعاب القمار وأعدده ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط، فإن ما ذكره الحكم يكفي في صحيح القانون لتطبيق المادة سالفة الذكر".

(طعن رقم 702 لسنة 33 ق جلسة 1963/10/14)

3- "لا يقدح في تحقق الجريمة المنصوص عليها في المادة 352 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون 17 لسنة 1955 ادعاء الطاعن أنه لم يكن قد أعد المكان خصيصا لألعاب القمار وإنما كان قد أعد مسكنا خاصا له ولعائلته، وذلك لأنه لا يشترط في العقاب على تلك الجريمة أن يكون المحل قد أعد خصيصا لألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلاله في هذه الألعاب بل يكفي أن يكون مفتوحا للاعبين يدخلونه في الأوقات المقررة بينهم يزاولون فيه ألعاب القمار حتى ولو كان مخصصا لغرض آخر".

(طعن رقم 656 لسنة 47 ق جلسة 1977/11/7)

4- "إن ما يقرره الطاعن من أن الضابط وجد باب مسكنه مغلقا عند حضوره للتفتيش - على فرض صحته - ليس من شأنه أن يرفع عن ذلك المسكن صفة تردد الناس عليه بغير تمييز للعب القمار فيه وهو ما أثبتته الحكم بالأدلة السائغة التي اطمأنت إليها المحكمة".

(طعن رقم 656 لسنة 47 ق جلسة 1977/11/7)

5- "لما كان الحكم قد خلص في منطق سائغ إلى أن الطاعن فتح مسكنه لألعاب القمار وأعدده ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط، استنادا إلى الأدلة التي أوردها- على السياق المتقدم - وهي أدلة كافية من شأنها أن

تؤدى إلى ما رتبته عليها، فإن الحكم إذ تأدى من ذلك إلى توافر أركان الجريمة المنصوص عليها فى المادة 352 من قانون العقوبات فى حق الطاعن، يكون قد اقترن بالصواب".

(طعن رقم 5689 لسنة 58 ق جلسة 1990/1/25)

6- "لما كان البين من المفردات المضمومة أن الطاعن دفع فى - مذكرة دفاعه المصرح بها من محكمة أول درجة بتقديمها - بعدم توافر أركان جريمة إعداد مسكن لألعاب القمار تأسيسا على أن المسكن لم يكن مفتوحا للجمهور بغير تمييز وأن الشخصين اللذين ضبطا فيه هما من أصدقائه، وقدم تأييدا لدفاعه شهادة بيانات من صحيفة القيد بالسجل التجارى وبعض صور ضوئية له ولأسرته للتدليل على أن أحد هذين الشخصين يعمل مصورا له ولأسرته، وكتاب الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية بشأن ضم مدة خدمة الشخص الآخر لدى شركة الإسكندرية للمجمعات الاستهلاكية، وشهادة إنهاء خدمة الطاعن فى ذات الشركة تدليلا على أن هذا الشخص الآخر كان زميلا له فى العمل، بيد أن الحكم المستأنف خلص إلى إدانته استنادا إلى ما ورد بالتحريات السرية لضابط الواقعة من أنه يدير شقة لأعمال القمار، وأقوال اللاعبين اللذين قررا بأنهما كانا يلعبان لعبة "الكونكان" وأقوال المتهم بمحضر الضبط بأنه يدير الشقة لألعاب القمار لقاء مبالغ مالية، ومن ضبط الشخصين على مائدة القمار ومعهما أدوات اللعب والمبالغ المالية، وما استقر فى عقيدة المحكمة من أن الشقة تدار لألعاب القمار للجمهور بدون تمييز، لما كان ذلك وكان من المقرر أنه يشترط لتطبيق المادة 352 من قانون العقوبات أن يكون المحل مفتوحا لألعاب القمار معدا ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط، فإن دفاع الطاعن سالف الذكر يعد دفاعا جوهريا يبنى عليه - إن صح - تغير وجه الرأى فى الدعوى، وإذ كان كل من الحكمين المستأنف والمطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع إيرادا له وردا عليه، ولم يعن بتمحيص المستندات التى قدمها الطاعن تأييدا لهذا الدفاع ولم يتحدث عنها مع ما

قد يكون له من دلالة على صحة دفاعه، ولو أنه عنى ببحثها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 23075 لسنة 63 ق جلسة 1998/9/30)

7- "لما كان الحكم قد انتهى فى استخلاص سائغ ومنطق سليم إلى أن اللاعبين الذين ضبطوا فى مسكن الطاعة إنما كانوا يترددون عليه دون أن تربطهم بالطاعة أية صلة سوى رغبتهم فى اللعب مقابل ما تتقاضاه منهم لقاء إعدادها ذلك المكان لمزاولة ألعاب القمار فيه، وهو ما تتحقق به الجريمة المنصوص عليها فى المادة 352 من قانون العقوبات فإن ما تثيره الطاعة من أن هؤلاء اللاعبين الذين ضبطوا بمسكنها تربطهم بها صلة صداقة وأن ما يدفعونه لم يكن مقابل لعب القمار، ولكنه مقابل ما يشتريه لهم الخدم من أطعمة ينحل فى واقعه إلى جدل موضوعى فى تقدير الأدلة التى استتبقت المحكمة معتقدها منها وهو ما لا تجوز مجادلتها فيه أمام محكمة النقض".

(طعن رقم 11510 لسنة 64 ق جلسة 2000/5/15)

ولا يكون المكان معدا ومهيئا للعب القمار إذا كان الدخول فيه قاصرا على أفراد عائلة واحدة تلعب فيه القمار، أو على عدة أصدقاء أما إذا كان من بين اللاعبين من لا تربطه بالجاني أية رابطة، كأن يكون اللاعب صديق لصديق الجاني أو أنه تكرر دخوله المنزل رغم عدم وجود سابق تعارف بينهما قبل دخوله لأول مرة فإن الجريمة تتوافر⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يكون إعداد المكان وتهيئته قبل اللعب بوقت طويل أو قبل اللعب بوقت قصير.

(2) الركن المعنوى (القصد الجنائى) :

(1) المستشار سيد البغال ص 443.

يشترط توافر الركن المعنوى فى الجريمة، أى توافر القصد الجنائى لدى الجانى. ويكفى توافر القصد الجنائى العام الذى يتحقق بأن يرتكب الجانى الجريمة عن علم وإرادة فلا يشترط توافر قصد جنائى خاص، يتمثل فى انصراف نية الجانى إلى الحصول على كسب مادى من وراء إعداد المكان أو تهيئته للعب القمار فيه. ويؤيد ذلك أنه جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 17 لسنة 1955 المعدل لنص المادة 352 من قانون العقوبات أنه: "رؤى تلافيا لمضار ألعاب القمار التى تفاقم خطرهما على الأموال والأسر وضع عقوبة مغلظة لارتكاب فعل مما حظرته المادة 352 من قانون العقوبات عسى أن يساعد تشديد العقاب على منع هذه الآفة"، وهذا يدل دلالة واضحة على أنه لا عبرة بالباعث على ارتكاب هذه الجريمة فسواء فى ذلك أكان الباعث هو الحصول على كسب مادى أو المجاملة أو أى باعث آخر⁽¹⁾. فيتوافر القصد الجنائى ولو كان الباعث على اللعب هو التسلية.

458- عقوبة الجريمة :

تعاقب المادة مرتكب هذه الجريمة بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه. مع ضبط جميع النقود والأمتعة فى المحلات الجارى فيها الألعاب المذكورة ويحكم بمصادرتها.

وعقوبة الحبس لا تقل مدتها عن 24 ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات (م 18 من قانون العقوبات) .

والحكم بالحبس وجوبى مع الغرامة. فلا يجوز الحكم بإحدى العقوبتين فقط. ويجوز للمحكمة أن تقضى بوقف تنفيذ الغرامة أو عقوبة الحبس التى لا تزيد على سنة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى

(1) المستشار مصطفى هرجه التعليق على قانون العقوبات 1996 المجلد الثانى ص 1016 وما بعدها - المستشار سيد البيغال ص 441 وما بعدها.

ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون. ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ. ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (م55 عقوبات). ويصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً (م56 عقوبات). وهذه العقوبة توقع بصريح النص على من أعد مكاناً لألعاب القمار وهياه لدخول الناس فيه، وعلى صيارف المحل المذكور. وقد ذهبت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - إلى أن المشرع أراد في المادة أن ينال بالعقاب كل من يشترك في إدارة المحل ويعمل على تسهيل اللعب للاعبين، سواء في ذلك صيارفة المحل ومديره. كما تطبق قواعد الاشتراك على من يعاون هؤلاء من موظفين ومرعوسين وخدم.

إذ ذهبت إلى أن :

1- "إن قانون العقوبات إذ نص في المادة 352 منه على عقاب كل من فتح محلاً لألعاب القمار ومن تولى أعمال الصيرفية فيه إنما أراد أن ينال بالعقاب كل من يشترك في إدارة المحل ويعمل على تسهيل اللعب للراغبين فيه بتقديم ما يلزم له، سواء في ذلك صيارفة المحل ومديره ولو لم يكن لهم دخل في فتحه وتأسيسه. وهذا لا يمنع من تطبيق قواعد الاشتراك العامة على من يعاونهم من موظفين ومرعوسين وخدم".

(طعن رقم 127 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/6)

2- "مادامت المحكمة قد أثبتت في حكمها أن النادي محل الدعوى لم يفتح إلا للعب القمار، ومادام المتهم معترفاً بإدارته للنادي، فهو مسئول ولو كان غيره هو رئيس النادي".

(طعن رقم 2388 لسنة 17 اق جلسة 1948/4/28)

غير أن هذه العقوبة لا توقع على المقامر الذى يمارس أعمال القمار. وإن كانت المصادرة تشمل النقود والأمتعة الخاصة به. والمصادرة تشمل الأمتعة التى توجد فى المحلات الجارى فيها اللعب. ولا تقتصر على الأمتعة الموجودة فى الغرف المعدة للعب فقط، بل تشمل أيضا الأمتعة التى توجد بالغرف الأخرى من المنزل المخصص للميسر⁽¹⁾.

459- الجريمة الثانية :

الجريمة المنصوص عليها بالمادة 353 عقوبات :

تعاقب هذه المادة كل من وضع للبيع شيئا فى النمرة المعروفة باللوترى دون إذن الحكومة.

أى تعاقب من يبيع شيئا بطريق النصيب، ويتراهن الناس على هذا الشئ بدفع كل منهم مبلغا صغيرا من المال، ويأخذ الفائز الشئ بهذا المبلغ الصغير ويخسر الباقيون ما دفعوه من المال⁽²⁾.

ويشترط أن يكون ذلك بغير إذن من الحكومة وقد جاء بمحضر مجلس شورى القوانين بأن هذه المادة كانت كما هى مع وجود الجملة الآتية فى آخرها وهى (إنما لا يجرى تطبيق هذه المادة فيما يتعلق بالنمرة المقصود بها على مجرد فعل الخير وقد حذفها اللجنة لأنها وجدت من اللازم أن يكون هذا العمل بإذن من الحكومة مطلقا أو باسم فعل الخير لأن كثيرا من الناس يتخذون اسم فعل الخير وسيلة للإضرار بالناس)⁽³⁾.

(1) نقض جنائى 3 فبراير سنة 1917 مشار إليه بهامش (3) من السنهورى ص 996 وما بعدها.

(2) السنهورى ص 996.

(1) محضر جلسة 7 نوفمبر سنة 1903 ملحق الوقائع نمرة 145 الصادر 16 ديسمبر سنة

وهذه المادة تعاقب من يبيع شيئاً بطريق النصيب ويتراهن الناس على هذا الشيء، ولكنها لا تعاقب المتراهنين أنفسهم والعقوبات المنصوص عليها بهذه المادة هي ذات العقوبات المنصوص عليها بالمادة 352 من قانون العقوبات. (راجع في التفصيل البند السابق).

(أحكام المقامرة والرهان فى القانون رقم 371

لسنة 1956 " المعدل " فى شأن المحال العامة)

460- النصوص القانونية :

المادة (19) :

"لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية. وفى حالة مخالفة حكم هذه المادة تضبط الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التى استعملت فى ارتكاب الجريمة".

المادة (20) :

"استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز للحكومة فى العقود التى تبرمها مع الشركات أو المؤسسات فى مناطق السياحة أو التعمير أن تمنحها رخصا فى مزاولة ألعاب القمار فى المحال العامة الموجودة فى تلك المناطق على أن يقتصر الدخول إلى الأماكن التى تزاول فيها تلك الألعاب على الأجانب البالغين وعلى أن يكون دخولهم بمقتضى جوازات سفرهم أو تصاريح الإقامة.

ولو وزير الشؤون البلدية والقروية إلغاء هذا الترخيص فى حالة مخالفة هذه الشروط.

وله أن يفرض على تلك الشركات أو المؤسسات رسما سنويا يتناسب وإيرادات كل منها من لعب القمار بحيث لا يجاوز الرسم نصف هذه الإيرادات وتخصص حصيلة هذا الرسم للوجوه التى يعينها وذلك ما لم يتفق فى العقود على خلاف ذلك".

المادة (34) :

"يعاقب على مخالفة أحكام المادة 19 بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة".

المادة (36) :

"في حالة مخالفة أحكام المواد 2، 3، 10، 12 يجب الحكم بإغلاق المحل. وفي حالة مخالفة أحكام المواد 17، 18، 19، 23 والبند الأول من المادة 25 يحكم بإغلاق المحل مدة لا تتجاوز شهرين فإذا كان المتهم قد سبق الحكم عليه منذ أقل من سنتين لجريمة مما نص عليه في المواد المذكورة وجب الحكم بإغلاق المحل لمدة ثلاثة شهور. ويجوز الحكم بإغلاق..... إلخ".

المادة (37) :

في أحوال الحكم بالإغلاق يجوز للمحكمة أن تأمر بالإنفاذ رغم الطعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف. وينفذ الحكم بالإغلاق دون الاعتداد بأي استشكال في تنفيذه".

المادة (38) :

"يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون".

المادة (40) :

"في تطبيق أحكام المادتين 19، 22 تعد المحال التي يغشاها الجمهور محالا عامة".

461- المقصود بأعمال القمار :

تنص المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 على أنه : لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية. فقد أحالت المادة فى بيان ألعاب القمار والألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور إلى قرار يصدر من وزير الداخلية، وتطبيقاً لهذا النص صدر قرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957 باعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار التى لا يجوز مباشرتها فى المحال العامة والملاهى (الوقائع المصرية فى 27 يونية سنة 1957 - العدد 51).

وقد نصت مادته الأولى على أن :

"تعتبر الألعاب المبينة فيما بعد ألعاب القمار التى لا يجوز مزاولتها فى المحال العامة والملاهى: البكاراه، السكة الحديد (الشيمن دى فير)، اللانسكينة، الواحد والثلاثين، الثلاثين، الأربعين، الفرعون، البوكر العادى، البوكر الأمريكانى المكشوف، الهاريكيرى، الزوكوف، الأسانسير، البييكا، البوكر بالظهر (بوكر دايس)، الروليت، لعبة الكرة (بول)، ماكينة البلياردو والأمريكانية، ماكينة الخيول الصغيرة، الكونكان بأنواعه العادى والضرب والفيديو والريفيدو والدويل توت، والبولة والجاشيت والسى بى سى والكونكان الأمريكانى المعروف باسم الدومينو الأمريكانى بالورق، الرامى، الجين رامى، السيف، السبعة ونصف، البريما، البرغوثة (شيش بيش)، الكانستا، الكانستونيا، البيناكل، الكولون، الكبة، الترستا، البرسكولا، سكوبا، البستيا، الايكارتية، الماوس، البزيك، البصرة، البشكة، الكومى، الشايب، الهارت، الطمبول، البنجو.

وكذلك تعتبر من ألعاب القمار الألعاب التي تتفرع من الألعاب سالفة الذكر والمشابهة لها⁽¹⁾.

كما صدر بعد ذلك القرار الوزاري رقم 1620 لسنة 1975⁽²⁾ وأضاف إلى الألعاب الواردة بالقرار الوزاري سالف الذكر لعبتي "الفليبرز والبيبي فوت" إذ نصت المادة الأولى من القرار على أن: "تعتبر لعبتنا" الفليبرز والبيبي فوت" من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، ويحظر مزاولتهما في المحال العامة والملاهي".

وهاتان اللعبتان كانتا قد انتشرتا في مدينة الإسكندرية⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

1- "متى كانت المحكمة قد اعتبرت أن لعبة "البصرة" قمار على أساس أن مهارة اللاعبين في الريح إنما تجيء في المحل الثاني بالنسبة إلى ما يصادفهم من الحظ، وذكرت الاعتبارات التي اعتمدت عليها في ذلك، فهذا حسبها ليكون حكمها سليماً".

(طعن رقم 1632 لسنة 18 ق جلسة 1948/12/20)

2- "لا تدخل لعبة الطمبول في أى من الألعاب والأعمال الرياضية بالمعنى الوارد في القانون رقم 10 لسنة 1922 المعدل بالقانون رقم 135 سنة 1947 بشأن المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من أنواع الألعاب والأعمال الرياضية وليست أيضاً من أنواع القمار المحظور مزاولتها في المحال العامة بمقتضى المادة

(1) ونصت المادة الثانية والأخيرة من القرار على أن يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

(2) الوقائع المصرية في 14 أغسطس سنة 1975 العدد 188 "تابع".

(3) الأستاذ محمد أحمد عابدين والعميد محمد حامد قحماوى جرائم الآداب العامة 1985 ص227.

19 من القانون رقم 38 لسنة 1941 قبل صدور قرار وزير الداخلية في 1955/2/10 باعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار ومن بينها الطمبولاً وأنها لم تكن تعد وقتذاك عملاً من أعمال اليانصيب مما يندرج تحت أحكام القانون رقم 10 لسنة 1905 بشأن أعمال اليانصيب".

(طعن رقم 675 لسنة 25 ق جلسة 1956/5/22)

3- "إن المراد بألعاب القمار في معنى المادة 19 من القانون رقم 38 سنة 1941 هو الألعاب التي سمتها تلك المادة وأوردتها على سبيل التمثيل للنهي عن مزاولتها في المحال العامة وكذلك الألعاب المشابهة لها وهي التي يكون الربح فيها موكولاً للحظ أكثر منه للمهارة، وكما يتحقق الربح في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضاً في المقامرة على طعام أو شراب أو على أى شيء آخر يقوم بمال".

(طعن رقم 1601 سنة 27 ق جلسة 1958/2/18)

4- "لعبة الكومى من ألعاب القمار المؤثمة طبقاً لقرار وزير الداخلية رقم 3 لسنة 1955 الصادر في 6 من فبراير سنة 1955 تنفيذاً للمادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956".

(طعن رقم 1004 لسنة 33 ق جلسة 1964/1/13)

5 - "جرى نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحال العامة على أن: "لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أى لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهي التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية". كما نص قرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957 في مادته الأولى على اعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار والتي لا يجوز مباشرتها في المحال العامة والأندية واعتبر هذا القرار أيضاً من ألعاب القمار تلك التي تتفرع من الألعاب التي يحددها هذا النص أو التي تكون مشابهة لها. ومن المقرر أن المراد بألعاب القمار في معنى نص المادة 19 من القانون سالف الذكر

إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور. وقد عدد القانون بعض أنواع ألعاب القمار في بيان على سبيل المثال وتلك التي تتفرع منها أو تكون مشابهة لها وذلك للنهي عن مزاولتها في المحال العامة والأندية وهي التي يكون الريح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة، وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب التي ثبت حصوله فإن كان من غير الألعاب المذكورة في النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يفيد توافر الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا. ولما كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القول بأن "لعبة الزهر هي التي قارفها المتهمون وهي من الألعاب المشابهة للعبة الشيش بيش التي وردت بقرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957" دون بيان كيفيتها وأوجه الشبه بينهما وبين لعبة الشيش بيش التي يشملها نص القرار الوزاري المذكور وأن للحظ فيها النصيب الأوفر، وبذلك جاء مجهلا في هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة وصحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيبه بالقصور ويستوجب نقضه والإحالة".

(طعن رقم 491 لسنة 43 ق جلسة 1973/6/24)

6- "لما كان البين من الحكم أنه أورد أن الطاعنين كانوا يمارسون لعبتي السيف والكومي وهما من ألعاب القمار المؤتممة طبقا لقرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1955 الصادر في 6 فبراير سنة 1955 باعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار، ومن ثم فإن النعي على الحكم بالقصور في هذا الصدد يكون غير سديد".

(طعن رقم 2045 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/1)

7- "لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المراد بألعاب القمار في معنى المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحال العامة إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور وقد عدد قرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957 بعض أنواع ألعاب القمار على سبيل المثال وتلك

التى تتفرع منها أو تكون مشابهة لها - وذلك نهيا عن مزاولتها فى المحال والمنتديات العامة - وهى التى يكون الريح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة، ولما كان من المقرر أنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة فى هذه الجريمة أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذى ثبت ممارسته فإن كان من غير الألعاب الواردة فى نص القرار المشار إليه وجب عليها فوق ذلك أن تدلل على توافر الشرط السالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلا من بيان نوع اللعب الذى كان يمارس بالمحل اكتفاء بما أورده من أن المحكوم عليهم كانوا يلعبون بأوراق اللعب (الكوتشينة) فإنه يكون قد جاء مجهلا فى هذا الخصوص، مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى، الأمر الذى يعيب الحكم".

(طعن رقم 2740 لسنة 59 ق جلسة 1991/2/24)

8- (أ) - "إن نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 فى شأن المحال العامة قد جرى على أنه "لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتحديددها قرار من وزير الداخلية"، وأن قرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957 قد نص فى مادته الأولى على اعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار والتي لا يجوز مباشرتها فى المحال العامة والأندية واعتبر هذا القرار أيضا من ألعاب القمار تلك التى تتفرع من الألعاب التى يحددها هذا النص أو التى تكون مشابهة لها".

(طعن رقم 21681 لسنة 59 ق جلسة 1994/6/7)

(ب) - "من المقرر أن المراد بألعاب القمار فى معنى نص المادة 19 من القانون سالف الذكر إنما هى الألعاب التى تكون ذات خطر على مصالح الجمهور، وقد عدد القرار بعض أنواع ألعاب القمار فى بيان على سبيل المثال وتلك التى تتفرع عنها أن تكون مشابهة لها وذلك لنتهى عن مزاولتها فى المحال

العامة والأندية وهى التى يكون الريح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذى ثبت حصوله فإن كان من غير الألعاب المذكورة فى النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يفيد توافر الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بقوله إن الاتهام المسند إلى المتهم ثابت فى حقه ثبوتا كافيا مما جاء بمحضر ضبط الواقعة ومن عدم دفعه له بدفع أو دفاع مقبول"، فلم يذكر نوع اللعبة التى ثبت حصولها من الطاعن الأول فى مقهى الطاعن الثانى ولم يبين كيفيتها وأوجه الشبه بينها وبين أى من الألعاب التى يشملها نص القرار الوزارى المذكور، وأن للحظ فيها النصيب الأوفر، وبذلك جاء مجهلا فى هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى، كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيبه بالقصور".

(طعن رقم 21681 لسنة 59 ق جلسة 1994/6/7)

9- "لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المراد بألعاب القمار فى المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 فى شأن المحال العامة إنما هى الألعاب التى تكون ذات خطر على مصالح الجمهور، وقد عدد قرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957 بعض أنواع ألعاب القمار على سبيل المثال وتلك التى تتفرع منها أو تكون مشابهة لها - وذلك نهيا عن مزاولتها فى المحال والمنتديات العامة- وهى التى يكون الريح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة، وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذى ثبتت ممارسته، فإن كان من غير الألعاب المذكورة فى النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يفيد توافر هذا الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا. لما كان ذلك، وكانت مدونات الحكم الابتدائى قد خلت كلية من الإشارة إلى نوع اللعب الذى كان يمارس بمسكن الطاعنة، مكتفيا بالقول بأن شهود الإثبات ضبطوا يلعبون القمار بمسكنها، فإنه يكون قاصر البيان، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد

أيد الحكم المستأنف واعتنق أسبابه دون أن يتدارك ما اعتوره من نقص فإنه يكون قاصرا بدوره ويتعين النقض والإعادة".

(طعن رقم 1598 لسنة 64 ق جلسة 1999/5/16)

(راجع أيضا طعن رقم 10336 لسنة 62 ق جلسة 1997/12/3)

462- المقصود بالمحل العام :

نصت المادة الأولى من القانون رقم 371 لسنة 1956 فى شأن المحال العامة على أن: "تسرى أحكام هذا القانون على نوعى المحال العامة الآتى بيانها :

(1) النوع الأول : ويشمل المطاعم والمقاهى وما يماثلها من المحال المعدة لبيع أو تقديم المأكولات أو المشروبات بقصد تناولها فى ذات المحل.

(2) النوع الثانى : ويشمل الفنادق والوكائل والبنسيونات والبيوت المفروشة وما يماثلها من المحال المعدة لإيواء الجمهور على اختلاف أنواعها.

وذلك سواء كانت هذه المحال منشأة من البناء أو الخشب أو الألواح المعدنية أو أية مادة بناء أخرى أو كانت فى أرض فضاء أو فى العائمات أو على أية وسيلة من وسائل النقل البرى أو النهرى أو البحرى".

ثم نصت المادة 40 من القانون على أنه: "فى تطبيق أحكام المادتين 19، 22 تعد المحال التى يغشاها الجمهور محالا عامة".

وبالترتيب على ذلك يشمل المحل العام - فضلا عن المحال المبينة بالمادة الأولى من القانون- كل مكان فتح أبوابه للجمهور أى لكل من يريد اللعب من الجمهور، أو تكون القيود والشروط الموضوعة للقبول فيه صورية غير معمول بها.

أما إذا كان دخول هذه الأماكن مقصورا على أعضائها محظورا على الجمهور، ولا يقبل فيها عضو إلا بشروط معينة، فإنها لا تعتبر محالا عامة.

ولا ينفى صفة المحل العام عن المكان الذى يباح فيه الدخول للجمهور، اشتراط أن يقيد اسمه عند الدخول، طالما لا يدفع رسما وليست هناك إجراءات

جدية للعضوية كالترشيح والتصويت وما إلى ذلك⁽¹⁾ .

وقد قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

1- "إن النوادي وإن كانت بحسب الأصل أماكن خاصة لا يعاقب على لعب القمار فيها، كما هي الحال بالنسبة للمساكن، إلا أنه يشترط أن يكون دخولها مقصوراً على أعضائها محظوراً على الجمهور، وألا يقبل فيها عضو إلا بشروط معينة مبيّنة في القانون المعمول لها. أما الأماكن التي تفتح أبوابها لكل من يريد اللعب من الجمهور، أو تكون القيود والشروط الموضوعية للقبول فيها صورية غير معمول بها، فإنها تعد من الأماكن المفتوحة لألعاب القمار بالمعنى المقصود في المادة 352 من قانون العقوبات. وإذا استخلصت المحكمة في منطوق سليم، مما تبينته من التحقيقات من وجود شخص غير مقيد اسمه في عداد أعضاء النادي يلعب القمار به وسبق ترده عليه لهذا الغرض دون أن يكون عضواً فيه، أن هذا المحل قد فتح لألعاب القمار وأعد لدخول من شاء من الناس بلا قيد ولا شرط، فتقديرها هذا مما تختص به بلا معقب من محكمة النقض".

(طعن رقم 177 لسنة 14 ق جلسة 1944/3/6)

2- من المقرر أن العبرة في المحال العامة ليست بالأسماء التي تعطى لها ولكن بحقيقة الواقع من أمرها".

(طعن رقم 1814 لسنة 45 ق جلسة 1976/2/16)

3- "الأصل أن لرجال السلطة العامة في دوائر اختصاصهم دخول المحال العامة المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح- وهو إجراء إداري مقيد بالغرض سالف البيان ولا يجاوزه إلى التعرض إلى حرية الأشخاص أو استكشاف الأشياء المغلقة غير الظاهرة ما لم يدرك الضابط بحسه وقبل التعرض لها كنه ما فيها مما يجعل أمر حيازتها أو إحرازها يبيح التفتيش، فيكون التفتيش في هذه

(1) السنهوري ص 998 الهامش.

الحالة قائما على حالة التلبس لا على حق ارتياد المحال العامة والإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح".

(طعن رقم 1814 لسنة 45 ق جلسة 1976/2/16)

4- "المقرر أنه يشترط لتطبيق المادة 352 من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم 17 سنة 1955 أن يكون المحل مفتوحا لألعاب القمار معدا ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط - وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن تمحيص المستندات والخطابات المقدمة ولم يتحدث عنها، مع ما قد يكون لها من دلالة على صحة دفاع الطاعن، ولو أنه عنى بيحثها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور بما يبطله ويوجب نقضه، والإحالة بالنسبة إلى الطاعن والمحكوم عليه الآخر لوحدة الواقعة وحسن سير العدالة، وذلك بغير حاجة إلى بحث سائر أوجه الطعن".

(طعن رقم 1956 لسنة 45 ق جلسة 1976/3/22)

5- "من المقرر أن لرجال السلطة العامة في دوائر اختصاصهم دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح. وهو إجراء إداري أكدته المادة 41 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحال العامة بيد أنه مقيد بالغرض سالف البيان ولا يجاوزه إلى التعرض لحرية الأشخاص أو استكشاف الأشياء المغلقة غير الظاهرة ما لم يدرك مأمور الضبط القضائي بحسه قبل التعرض لها كنه ما فيها مما يجعل أمر حيازتها أو إحرازها جريمة تبيح التفتيش فيكون التفتيش في هذه الحالة قائما على حالة التلبس لا على حق ارتياد المحال العامة والإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح".

(طعن رقم 119 لسنة 47 ق جلسة 1977/5/15)

6- لما كان الواضح من مدونات الحكم أنه أثبت أن الحاضر عن المتهمين قدم مذكرة دفع فيها ببطلان التفتيش لكون المكان الذى ضبط فيه المتهمون جزءا من منزل الطاعن الأول وتم تفتيشه دون إذن من النيابة العامة وفى غير أحوال

التلبس، وقد رد الحكم على ذلك الدفع وأطرحه بقوله أن الثابت من سائر التحقيقات التي أجريت أن المتهم الأول أباح الدخول في جزء من منزله لكل طارق وخصص هذا المكان لتقديم المشروبات وممارسة ألعاب القمار للعامة ومن ثم فإن مثل هذا المكان يخرج عن الحظر الذي نصت عليه المادة 45 إجراءات وبالتالي يضحى الدفع ببطلان التفتيش على غير أساس وكان البين من الحكم أن الطاعن الأول لم يبرع حرمة مسكنه، وجعل منه بفعله محلا مفتوحا للعامة يدخله الناس للعب القمار وتعاطى المشروبات فإن هذا الذي أثبتته الحكم يجعل من منزله محلا عاما يغشاه الجمهور بلا تفويض فإذا دخله أحد رجال الضبط بغير إذن النيابة العامة كان دخوله مبررا لما هو مقرر من أن لرجل السلطة العامة في دائرة اختصاصه دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القانون واللوائح وهو إجراء إداري أكدته المادة 41 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحال العامة ويكون له تبعا لذلك أن يضبط الجرائم التي يشاهدها في حالة تلبس ومن ثم يضحى النعى على الحكم بمخالفة القانون غير قويم لما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا".

(طعن رقم 2045 لسنة 49 ق جلسة 1981/3/1)

463- لا تأثيم لعب القمار فى الطريق العام :

مناطق تأثيم لعب القمار أن يتم ذلك فى محل عام. أما إذا كان لعب القمار بالطريق العام فإنه ينادى عن التأثيم.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "لما كان نص الفقرة الأولى من المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 فى شأن المحال العامة قد جرى على أنه: "لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور - وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية". مما مفاده أنه يشترط لتأثيم الفعل طبقاً لتلك المادة أن يقع فى أحد المحال العامة. ولما كان الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ومع مراعاة ما هو مقرر من أن القياس محظور فى مجال التأثيم، وكان لعب القمار فى واقعة الدعوى قد وقع فى طريق عام وليس فى أحد المحال العامة فإنه كان يتعين على المحكمة أن تقضى ببراءة المطعون ضده مما يكون معه حكمها بإدانته معيباً بما يوجب نقضه".

(طعن رقم 2408 لسنة 51 ق جلسة 1982/1/5)

464- جواز أن يكون الربح شيئاً آخر غير النقود وعدم اشتراط قبض

الربح:

لا يشترط أن يكون الربح الذى يستهدفه لاعب القمار متمثلاً فى نقود، بل قد يتحقق باستحقاق ثمن طعام أو شراب لصاحب المحل أو بحصوله على شىء آخر يقوم بمال. ولا يشترط تقاضى اللاعب أو صاحب المحل هذا الربح.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "من المقرر طبقاً للمادة 19 من القانون رقم 321 لسنة 1956 أنه لا يجوز فى المحل العام لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر

على مصالح الجمهور، وكان مستغل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافا لذلك عملا بالمادة 38 من القانون ذاته. وكان الريج الذى يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق ثمن طعام أو شراب لصاحب المحل أو بحصوله على شىء آخر يقوم بمال. وكان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض ثمن الطلبات فعلا، فإنه الحكم المطعون فيه يكون قد صادف صحيح القانون ويكون ما ذهب إليه الطاعنون من أن فعلهم يعد شروعا فى جنحة غير معاقب عليه غير سديد".

(طعن رقم 1305 لسنة 45 ق جلسة 1975/12/21)

2- "لما كان من المقرر طبقا لنص المادة 19 من القانون رقم 321 لسنة 1956 أنه لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، وكان مستغل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافا لذلك عملا بالمادة 38 من القانون ذاته وكان الريج الذى يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق ثمن طعام وشراب لصاحب المحل أو بحصوله على شىء آخر يقوم بمال. وكان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض ثمن الطلبات فعلا، فإن ما أثاره الطاعن من أن الواقعة تعد شروعا غير مؤثم لأن اللاعبين لم يكونوا سدوا ثمن الطلبات حين تم ضبطهم يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه".

(طعن رقم 5605 لسنة 51 ق جلسة 1982/3/17)

الجرائم المعاقب عليها :

465- الجريمة الأولى :

لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور والتي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية :
فالجريمة هنا تقع من المقامر نفسه، ولا يشترط أن يكون قد قبض مبلغ القمار.

وقد جاء نص المادة (19) التي تجرم هذا الفعل عاما، لم يختص المشرع به طائفة بالخطاب دون الأخرى، ومن ثم فإنه ينطبق على الكافة، سواء أكانوا من القائمين على أمر هذه المحال أم ممن يرتادونها ويزاولون فيها لعب القمار، ولا تعارض بين ذلك مع مساءلة مستغل المحل العام ومديره والمشرف على أعمال فيه طبقا للمادة 38 من القانون.

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بقولها :

"تهت المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 فى شأن المحال العامة عن لعب القمار فى المحلات العامة بقولها: "لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية - وفى حالة مخالفة حكم هذه المادة تضبط الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التى استعملت فى ارتكاب الجريمة".

وقد جاء هذا النص عاما لم يختص المشرع به طائفة بالخطاب دون الأخرى، ومن ثم فإنه ينطبق على الكافة سواء أكانوا من القائمين على أمر هذه المحال أم ممن يرتادونها ويزاولون فيها لعب القمار. فالمعنى المتبادر فهمه من عبارة النص يدور مع علته التى انضبط عليها وهى دفع مفسدة القمار التى قصد الشارع القضاء عليها بجعلها عملا مؤثما فى ذاته وتناول مقارفوها بالعقاب - وهذا النظر لا يتعارض مع القول بمساءلة مستغل المحل العام ومديره والمشرف على أعمال فيه تلك المسئولية التى أوجبها المشرع بنص المادة 38 من القانون رقم 371 لسنة 1956 وأقامها على قصد جنائى مفترض قانونا، خلافا لمسئولية لاعب القمار التى تتطلب لتوافرها قيام المتهم بعمل إيجابى هو فعل اللعب فى ذاته".

(طعن رقم 1004 لسنة 33 ق جلسة 1964/1/13)

466- عقوبة الجريمة :

يعاقب على الجريمة سائلة الذكر بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه. ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة (م34).

فالحكم بالحبس والغرامة معا وجوبى. وكذلك الحكم بالمصادرة وجوبى. ومدة الحبس لا تقل عن 24 ساعة ولا تتجاوز ثلاث سنوات (م 18 عقوبات). ويجوز الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وعقوبة الحبس التي لا تزيد على سنة عملا بالمادتين 55، 56 عقوبات على النحو الذى أوضحناه سلفا.

(راجع نقض جنائى 1854 لسنة 38 ق جلسة 1969/3/24)

467- الاشتراك فى جريمة لعب القمار بمحل عام :

يعاقب على الاشتراك فى ارتكاب الجريمة، كأن يقدم عامل بالمحل العام أوراق اللعب إلى اللاعب، الذى زاول اللعب، فهو يعتبر فى هذه الصورة شريكا بالمساعدة.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

"إذا كانت النيابة العامة قد اتهمت الطاعن بالاشتراك بطريق المساعدة مع بعض الأشخاص فى ارتكاب الجريمة المسندة إليهم وهى ممارسة القمار بمحل عام. وكان البين من الحكم المطعون فيه أن هؤلاء الأشخاص كانوا يزولون لعبة الكونكان بالمقهى مقابل ثمن المشروبات وهى اللعبة المحظور مزاولتها فى المحال العامة بمقتضى قرار وزير الداخلية 37 سنة 1957 وأن الطاعن قام بتقديم أوراق اللعب إليهم ووقعت الجريمة نتيجة لهذه المساعدة وكان الحكم قد استطرده إلى حكم المادة 37 من القانون 371 سنة 1955، فإن هذا الاستطراد منه لا يعدو أن يكون تزييدا فيما لم يكن فى حاجة إليه ولا أثر له فى النتيجة التى انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعن الثانى فى هذا الصدد يكون لا محل له. لما كان ما تقدم، فإن الطعن

برمته يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا".

(طعن رقم 60 لسنة 42 ق جلسة 1972/3/6)

468- الجريمة الثانية :

ترك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه أى شخص يمارس

لعب القمار :

تتحقق هذه الجريمة بمجرد ترك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه أى شخص يمارس لعب القمار، ولو كان لعب القمار لمجرد التسلية، لأن غرض الشارع من منع القمار فى المحال العامة إنما هو مجرد المحافظة على النظام والراحة العمومية.

وقد جعل المشرع مسئولية هؤلاء مسئولية مفترضة، إذا افترض علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها، فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "متى كان الحكم قد أثبت أن اللعبة التى كان يزاولها بعض رواد المقهى هى لعبة "الكونكان" وهى من ألعاب القمار المحظور لعبها فى المحال العامة طبقا لنص المادة 19 من القانون رقم 371 لسنة 1956 وقرار وزير الداخلية رقم 37 لسنة 1957، وكان الربح كما يتحقق فى صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا فى المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شىء آخر يقوم بمال، وكانت المادة 38 من القانون سالف الذكر تنص على أن يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على الأعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكامه، وهى مسئولية أقامها الشارع وافترض بها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل

من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه. ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المطعون ضدهما من جريمة السماح بلعب القمار بالمقهى تأسيساً على أن لعب الورق لقاء دفع الخاسر من اللاعبين ثمن الشراب لا يعتبر من قبيل المقامرة، وعلى أنه لا يمكن افتراض علم صاحب المقهى بالجريمة- غير صحيح في القانون مما يعيبه ويستوجب نقضه".

(طعن رقم 961 لسنة 33 ق جلسة 1963/12/30)

2- "مفاد نص المادة 38 من القانون رقم 371 لسنة 1956- في شأن المحال العامة- أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه عن أية مخالفة لأحكامه هي مسئولية أقامها الشارع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجوداً بالمحل وقت وقوعها، فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة. ولما كانت "لعبة الكومي" التي كان يزاولها اللاعبان بمقهى المطعون ضده مقابل ثمن المشروبات من الألعاب المحظور مزاولتها في المحلات العمومية طبقاً للمادة 19 من القانون السالف الإشارة إليه وقرار وزير الداخلية رقم 3 لسنة 1955 باعتبارها من ألعاب القمار ذات الطابع الخطر على مصالح الجمهور، فإن المطعون ضده باعتباره مستغلاً للمقهى يكون مسئولاً عن هذه المخالفة مسئولية مفترضة طبقاً لحكم المادة 38 سالف الذكر، سواء أعادت عليه فائدة من وراء المقامرة أم لا".

(طعن رقم 997 لسنة 33 ق جلسة 1964/1/13)

3- "مسئولية مستغل المحل ومديره والمشرف على أعماله فيه عن أية مخالفة لأحكام القانون 371 سنة 1956 في شأن المحال العامة وطبقاً لنص المادة 38 منه هي مسئولية أقامها الشارع وافترض علم هؤلاء بما يقع فيه من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجوداً بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل

ومنع ارتكاب الجريمة".

(طعن رقم 1389 لسنة 41 ق جلسة 1972/1/16)

4- "تنص المادة 38 من القانون 371 سنة 1956 فى شأن المحال العامة على أنه "يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون".

وواضح من صياغة هذه المادة أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه عن أية مخالفة لأحكامه هى مسئولية أقامها الشارع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة"⁽¹⁾.

(طعن رقم 60 لسنة 42 ق جلسة 1972/3/6)

والعذر القهرى الذى يمنع من معاقبة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه هو الذى يقوم على غير انتظار ويفاجئ صاحبه بما لم يكن فى الحسبان كالمرض الذى يعجز صاحبه عن الحركة ومباشرة أعماله.

فقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

1- "العذر القهرى هو الذى يقوم على غير انتظار ويفاجئ صاحبه بما لم

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان المتهم قد ارتكب جريمة سماحه للغير بلعب القمار فى مقهاه فى ظل القانون رقم 38 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 18 سنة 1955، وقبل الحكم عليه نهائيا صدر القانون رقم 371 سنة 1956 الذى ألغى القانون السابق وقضى بغلق المحل مدة لا تتجاوز شهرين على واقعة الدعوى بدلا من الغلق نهائيا، فإن القانون الأخير يكون هو الواجب التطبيق باعتباره القانون الأصلح للمتهم".

(طعن رقم 1514 لسنة 27 ق جلسة 1958/3/17)

يكن فى الحسابان كالمرض الذى يعجز صاحبه عن الحركة ومباشرة أعماله، أما إذا كان من شأن ذلك المرض ألا يعيق صاحبه عن حركته الطبيعية ومباشرة مصالحه وأعماله كالمعتاد فلا يعتبر من الأعذار القهرية وبالتالي فإن مجرد توجه المطعون ضده إلى المستشفى فى فترة محدودة لتلقى علاج معين وعودته إلى محله فى ذات اليوم لا يعتبر من قبيل الأعذار القهرية التى تعفيه من مسئولية الإشراف على مقهاه".

(طعن رقم 1389 لسنة 41 ق جلسة 1972/1/16)

2- (أ) - "الأصل فى الإثبات فى المواد الجنائية هو باقتناع القاضى واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه والشهادة المرضية لا تخرج عن كونها دليلا من أدلة الدعوى تخضع لتقدير محكمة الموضوع شأنها شأن سائر الأدلة، كما أن تقدير توافر عذر الغياب أو عدم توافره هو من صميم اختصاص قاضى الموضوع".

(طعن رقم 60 لسنة 42 ق جلسة 1972/3/6)

(ب) - "إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة ثانى درجة بعدم مسئوليته لغيابه عن المقهى وقت وقوع الجريمة استنادا إلى شهادة مرضية وكانت محكمة الموضوع قد التفتت عن هذا الدفاع ورأت من أدلة الدعوى أن غياب الطاعن عن مقهاه لم يكن من شأنه أن يحول دون إشرافه عليه وهو استخلاص سائغ لا يتنافر مع مقتضى العقل والمنطق، فإنه لا يقبل منه مصادرة المحكمة فى عقيدتها أو مجادلتها فى عناصر اطمئنانها ولا يكون الحكم المطعون فيه قد جانب حكم القانون الصحيح عندما دان ذلك الطاعن على أساس المسئولية المفترضة المستفادة من نص المادة 38 من القانون 371 لسنة 1956 بعد أن اطمأن إلى ما جاء بمحضر الضبط وأقوال اللاعبين".

(طعن رقم 60 لسنة 42 ق جلسة 1972/3/6)

469- عقوبة الجريمة :

يعاقب على الجريمة سالفة الذكر بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه.

ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التى استعملت فى ارتكاب الجريمة (م34).

ويحكم بإغلاق المحل مدة لا تجاوز شهرين فإذا كان المتهم قد سبق الحكم عليه منذ أقل من سنتين لجريمة مماثلة وجب الحكم بإغلاق المحل لمدة ثلاثة أشهر. وفى حالة الحكم بالإغلاق تكون مصاريف الضبط والإغلاق على عاتق المخالف (م 36).

وطبقا للمادة 37 يجوز للمحكمة فى أحوال الحكم بالإغلاق أن تأمر بالإنفاذ رغم الطعن فى الحكم بالمعارضة أو الاستئناف. وينفذ الحكم بالإغلاق دون الاعتداد بأى استشكال فى تنفيذه. (راجع تفصيلات أخرى فى عقوبتى الحبس والغرامة بند 466).

470- عقوبة المقامر طبقا للمرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945

(المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم :

تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 (المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم على أن :

"يعد متشردا طبقا لأحكام هذا المرسوم بقانون من لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش ولا يعد كذلك من كان صاحب حرفة أو صناعة حين لا يجد عملا. ولا يعتبر من الوسائل المشروعة للتعيش تعاطى أعمال وألعاب القمار والشعوذة وما يماثلها".

وبالترتيب على ذلك إذا كانت وسيلة التعيش للمقامر هى تعاطى أعمال وألعاب القمار، فإنه يعد متشردا، لأن الفقرة الثانية من المادة نصت صراحة على أن أعمال وألعاب القمار لا تعد من الوسائل المشروعة للتعيش. ويعاقب المتشرد بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة الثانية وهى الوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس والوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات.

وطبقا للمادة الثالثة يجوز للقاضى بدلا من توقيع العقوبة سالفه الذكر أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإنذار المتشرد بأن يغير أحوال معيشتة التى تجعله فى حالة تشرد. فإذا عاد المحكوم عليه إلى حالة التشرد فى خلال ثلاث السنوات التالية وجب توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثانية وهى الوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات⁽¹⁾.



(1) راجع فى التفصيل مؤلفنا جرائم التشرد والاشتباه فقها وقضاء الطبعة الثانية 1988 ص10 وما بعدها.

مادة (740)

- 1- يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية. ولكن للقاضى أن يخفض قيمة الرهان إذا كان مبالغا فيه.
- 2- ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب.

الشرح

الاستثناءان الواردان بالمادة

الاستثناء الأول

الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا

فى الألعاب الرياضية

نصت الفقرة الأولى من المادة على أن يستثنى من أحكام المادة السابقة، وهى التى تقضى ببطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان- الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية.

ويدخل فى الألعاب الرياضية جميع ألعاب الجمباز والألعاب السويدية، وسباق الخيل، والجولف والراكيت والمصارعة والملاكمة والمبارزة بالشيش والبلياردو والسباحة والتجديف والرماية، والكرة والتنس وتنس الطاولة والجري والقفز. وكل لعبة أخرى تقوم على المهارة ورياضة الجسم.

ولا يدخل فى الألعاب الرياضية، كل لعبة لا تقوم على رياضة الجسم، ولو اعتمدت على المهارة الفكرية كالشطرنج والداما وجميع ألعاب الورق سواء كان للحظ فيها النصيب الأكبر أو كان النصيب الأكبر للمهارة.

وكذلك لا يدخل فى الألعاب الرياضية كل لعبة أخرى ولو لم تكن من ألعاب الورق، ولو اعتمدت على المهارة، مادامت لا تقوم على رياضة الجسم كالطولة والدومينو⁽¹⁾.

ولا يعتبر من قبيل المقامرة والرهان ما يمنح من جوائز للاعبين كالمكافآت والميداليات والكؤوس وغير ذلك من المزايا، فهى تنشأ بإرادة منفردة بناء على وعد بجائزة لا يخالف الآداب والنظام العام⁽²⁾.

والحكمة من هذا الاستثناء تشجيع اللاعبين على ممارسة الألعاب الرياضية، إذ من شأن ذلك تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة⁽³⁾.

471- وجوب أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم :

نصت الفقرة الأولى من المادة 740 مدنى على أن: "يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية.... إلخ"- فالاستثناء قاصر على العقد الذى يتم بين المتبارين أنفسهم أما الرهان الذى يحدث من غير المتبارين، كالمترجين أو غيرهم، فإن العقد يكون رهانا غير مشروع لأن الحكمة من الاستثناء تشجيع اللاعبين على الرياضة لما فيها من فائدة فى تقوية الجسم واستكمال الصحة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لم يستثن المشروع من تحريم المقامرة والرهان إلا حالتين:

1- إذا كان الأمر متعلقا بمباراة فى الألعاب الرياضية، أو فى ألعاب يكون من شأنها تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة، بشرط أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم فى هذه الألعاب، حتى يكون هذا وسيلة لتشجيعهم. أما

(1) السنهورى ص 1020 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 435.

(2) محيى الدين علم الدين ص 344.

(3) مذكرة المشروع التمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 303.

الرهان من غير اللاعبين، إذا كان مبالغاً فيه، يجوز للقاضي تخفيضه بالقدر الذي تتحقق به فكرة التشجيع دون زيادة"⁽¹⁾.

(أنظر البند التالي).

472- جواز تخفيض قيمة الرهان :

إذا رأى القاضي أن قيمة الرهان الذي اتفق عليه المتباريان مبالغاً فيه جاز له تخفيض قيمة هذا الرهان.

فالقاضي يخفض قيمة الرهان إذا تبين أنه باهظ بالنسبة لحالة الطرفين أو إلى نوع اللعب. وعلى القاضي أن يراعى ثروة الطرفين وحالتهم ونوع اللعب، وإلى ما تعودته المتباريان من قبل"⁽²⁾.

وعندئذ يخفض القاضي قيمة الرهان إلى الحد المناسب. ويدفع الخاسر القيمة المخفضة، فإذا كان قد دفع القيمة المتفق عليها كان له استرداد الفرق.

وقد جاء بملذكرة المشروع التمهيدي أنه :

".... أما الرهان من غير اللاعبين، إذا كان مبالغاً فيه، يجوز للقاضي تخفيضه بالقدر الذي تتحقق به فكرة التشجيع دون زيادة"⁽³⁾.

وهذه العبارة توهم أنه لا يخفض إلا الرهان بين غير اللاعبين إذا كان مبالغاً فيه. والصحيح أن الذي يخفض إذا كان مبالغاً فيه هو المبلغ الذي اتفق عليه المتبارون أنفسهم فيما بينهم، أما الرهان من غير المتبارين فغير مشروع ولا يجوز الحكم به ولو لم يكن مبالغاً فيه، كما ذكرنا سلفاً"⁽⁴⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 303.

(2) محمد كامل مرسى ص 435.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 303.

(4) السنهوري ص 1023 هامش (1).

الاستثناء الثاني

أوراق النصيب المرخص بها

473- الأصل أن أعمال النصيب من أعمال المقامرة :

أعمال النصيب هي كل الأعمال المعروضة على الجمهور بأى اسم كان والتي يكون الريح فيها موكولا لمجرد الحظ.

وأعمال النصيب يساهم فيها عدد كبير من الناس، كل يدفع مبلغا صغيرا ابتغاء كسب النصيب.

والنصيب مبلغ أو عدة مبالغ - وقد يكون شيئا أو عدة أشياء توضع تحت السحب، فيكون لكل مساهم رقم معين ويسحب من بين هذه الأرقام عن طريق محض الحظ الرقم أو الأرقام الفائزة. ويعتبر من ألعاب النصيب وضع شئ شائع بين أكثر من مالك واحد فى السحب، وكذا إصدار سندات مصحوبة بنصيب ووضع أجهزة أوتوماتيكية تحت تصرف الجمهور، يضع فيها اللاعب مبلغا صغيرا من النقود، يخسره أو يفوز بمبلغ أكبر أو بشئ أكبر قيمة⁽¹⁾.

474- أعمال النصيب المجانية :

النصيب المجانى الذى لا يدفع المساهمون فيه شيئا مشروع. ولا يعتبر نصيبا مشروعا أن تخصص جريدة أو مجلة جوائز لقرائها بطريق السحب. أو يعلن تاجر أنه يرد لعملائه ما دفعوه أثمانا لمشترياتهم إذا وقع الشراء فى يوم من أيام الشهر يعين فيما بعد.

(1) السنهورى ص 1023 وما بعدها هامش (4).

475- تنظيم أعمال اليانصيب بالقانون رقم 93 لسنة 1973

بنظام اليانصيب :

1- عرفت المادة الأولى من القانون أعمال النصب بأنها :كل عمل يعرض على الجمهور تحت أية تسمية كانت لغرض خيري أو تجارى أو لأى غرض آخر تخصص له بعض الجوائز المالية أو العينية التى يكون الحصول عليها موكولا للحظ دون سواه.

2- تختص وزارة الشؤون الاجتماعية بالترخيص فى أعمال اليانصيب أيا كان نوعه أو الغرض منه وفقا للشروط والأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية وذلك فيما عدا أعمال اليانصيب التى يمنح حق الترخيص فيها لجهات معينة بمقتضى قوانين خاصة. على أنه فى جميع الأحوال يجب تمثيل وزارة الشؤون الاجتماعية فى عمليات السحب (م2).

3- يكون من حق صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات المنشأ بالقانون رقم 32 لسنة 1964 بشأن الجمعيات الخاصة (حل القانون رقم 84 لسنة 2002 محل القانون الأخير)، إصدار أوراق اليانصيب وفقا للقواعد الواردة بالمادة (2) من هذا القانون وتدخل حصيلة هذا اليانصيب موارد الصندوق (م 3).

4- لا يحوز بغير ترخيص من وزارة الشؤون الاجتماعية ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها ويصدر وزير الشؤون الاجتماعية قرارا بالشروط والأوضاع والإجراءات التى تنظم منح هذه التراخيص.

ولوزير الشؤون الاجتماعية أن يعفى من شرط الحصول على الترخيص فى بعض الحالات بقرار يصدر منه (م 4).

5- تعفى من رسم الدمغة المفروض بالقانون رقم 224 لسنة 1951 بتقرير رسم الدمغة (حل محله القانون رقم 111 لسنة 1980) الجوائز التى تؤول إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات أو إلى الجمعيات

والمؤسسات الخاصة المشهرة نظمها قانونا نتيجة لوجود الأرقام الراححة ضمن الأوراق غير المبيعة، أو لعدم تقدم المستحقين للجوائز لتسلمها خلال ستين يوما من تاريخ إجراء السحب (م5).

6- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام بإصدار أى نوع من أنواع اليانصيب وطرحه على الجمهور دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه فى المادة (2) من هذا القانون. وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة لا تقل عن مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م 1,2/6).

7- يعاقب بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهاً :

(أ) - كل من مارس عرض أو بيع أو توزيع أوراق اليانصيب بغير ترخيص.
(ب) - كل من خالف الشروط والأوضاع والقواعد والإجراءات الصادر بها الترخيص فى اليانصيب أو الترخيص فى ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسة جنيهاً ولا تجاوز عشرين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويحكم بمصادرة حصيلة بيع أوراق اليانصيب الصادرة بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، وكذلك كل ما استخدم فى ارتكاب الجريمة وذلك لحساب صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات لإنفاقه فى أعمال البر التى يصدر بتحديددها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية .

كما يجوز الحكم بإغلاق المحال التى استخدمت فى ارتكاب الجريمة وذلك لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر (م 3,6/4).

7- لا تخل الأحكام المتقدمة بتوقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر (م 5/6).

8- لمأمورى الضبطية القضائية المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون إغلاق كل محل أو فرع استخدم فى ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المادة السابقة ووضع الأختام والتحفظ عليها لحين صدور الحكم فى الدعوى أو لحين صدور أمر من النيابة العامة بفتحها (م7).

9- يلغى القانون رقم 10 لسنة 1905 بشأن أعمال اليانصيب كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون (م8).

476- مشروعية أعمال اليانصيب المرخص بها من الناحية المدنية :

أعمال اليانصيب التى أجازها القانون رقم 93 لسنة 1973 فضلا عن أنها غير مجرمة، فلا يخضع من صدرت منه لعقوبة جنائية، فإنها مشروعة أيضا من الناحية المدنية.

ويثبت الحق لحامل الورقة الفائزة فى الحصول على قيمة الجائزة. ويكون له حق المطالبة بها إذا امتنع المدين عن تسليم الجائزة إليه.

فالورقة الرابحة بمجرد إعلان نتيجة السحب تتقلب صكا بالجائزة التى ربحتها

ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقودا كانت أو عينا معينة.

ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية فإن الورقة الرابحة تكون سندا لحامله بالجائزة. فإذا ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها وقع على عاتقه عبء إثبات ذلك، ويعتد فى نصاب الإثبات بقيمة الجائزة لا بقيمة ما دفعه، فإذا كانت قيمة الجائزة تزيد على ألف جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين، وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل، ثم تنازعا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده، فإن العبرة في تقدير قيمة النزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة ماساهم به المتعاقدون جميعهم مما يجوز الإثبات فيه بالبينة. ولما كان الغرض من أوراق النصيب التي تصدرها الجمعيات الخيرية طبقا للقانون رقم 10 لسنة 1905 هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التي تجمع لتنفقها في الوجوه النافعة، ثم فوز بعض مشتري تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها، كان كل من يشتري ورقة مساهما في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي تريحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن، وبهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشتريين ببعض ما دفعوه وهم جميعا راضون من بادئ الأمر بأن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل في الريح. وهذا يترتب عليه أن الورقة الرابحة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكا بالجائزة التي ربحتها، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقودا كانت أو عينا معينة وإذن فالجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشتري الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورق النصيب على السواء. أما الورقة الرابحة فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها. والقيمة المدفوعة ثمنها لها لا يكون لها عندئذ وجود إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب. ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية فإن الورقة الرابحة تكون سندا لحامله بالجائزة، وإذ كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي بالحيازة فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الرابحة. فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه، في غير حالتي السرقة والضياع، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة لا بالنسبة للمحكمة

المختصة فقط بل بالنسبة لقواعد الإثبات أيضا بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملا بالمادة 215 من القانون المدني".

(طعن رقم 35 لسنة 11 ق جلسة 1942/1/8)

وإذا لم يتم بيع أوراق النصيب جميعها، فإن ذلك لا يمنع من إجراء السحب على الجائزة، ويحق لحامل ورقة النصيب المطالبة بإجراء السحب.

وإذا أغفل سهوا وضع رقم ورقة بين الأرقام التي كان يجرى من بينها السحب، كان لصاحب الورقة الحق في التعويض.

ويحوز في السندات ذات النصيب اشتراط أن السند الذي لم يسدد ثمنه وقت السحب لا يكون له الحق في الجائزة حتى لو فاز في السحب، وتكون الجائزة هنا من نصيب الشركة التي أصدرت السندات.

وإذا اشترط عدم استحقاق الفائز للجائزة إذا لم يطالب بها في خلال مدة معينة من وقت السحب، كان الشرط صحيحا، وسقط حق الفائز في الجائزة إذا لم يطالب بها خلال المدة المتفق عليها⁽¹⁾.

(1) السنهوري ص 1028 هامش (2).

المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة المرخص بها

477- التنظيم التشريعي للمراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام

وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة :

ينظم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة القانون رقم 10 لسنة 1922 الخاص بالمراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة، وقد عدل هذا القانون بالقوانين رقم 89 لسنة 1937، 135 لسنة 1947، 454 لسنة 1954.

ونعرض فيما يلي لنصوص هذا القانون :

مادة (1): فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة الرابعة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه :

(أ) كل من عرض أو أعطى أو تلقى في أية جهة وبأية صورة رهانا على سباق الخيل أو رمى الحمام أو غيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة سواء أكان ذلك بالذات أم بالواسطة.

(ب) كل من استعمل نوعا من أنواع الرهان المشار إليه في أية جهة وبأية صورة سواء أكان ذلك بصفة مؤقتة أو مستديمة أو جعل نفسه وسيطا في هذه المراهنات.

(ج) كل من أخفى أو ساعد على إخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان المتقدم ذكره.

وفي حالة العود يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات.

وفى جميع الأحوال تضبط النقود والأوراق والأدوات المستعملة فى الرهان ويحكم بمصادرتها لجانب الحكومة.

مادة (2): (معدلة بالقانون رقم 135 لسنة 1947): يعاقب بهذه العقوبات نفسها كل صاحب محل عام أو مدير له يسمح بحصول مراهنات فى محله مخالفة لأحكام هذا القانون ويجوز للقاضى أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز ستة أشهر وفى حالة العود فى مدى ثلاث سنوات يحكم القاضى بإغلاق المحل نهائياً.

ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين من راهن على نوع الألعاب المذكورة المنصوص عليهم فى المادة الأولى من هذا القانون.

مادة (3): (ألغيت بالقانون رقم 89 لسنة 1937).

مادة (4): يجوز لجمعيات سباق الخيل الموجودة الآن وللجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضة إجراء الرهان المتبادل أو غيره من أنواع الرهان وذلك بمقتضى إذن خاص وبحسب الشروط المبينة بعد.

وفى حالة الحصول على إذن لا يجرى حكم المادة الأولى على أى رهان يقدم أو يعطى أو يتلقى بالشروط المبينة فيه.

مادة (5): (معدلة بالقانون رقم 454 لسنة 1954): يمنح الإذن الخاص المنوه عنه بالمادة السابقة بقرار من وزير الشئون البلدية والقروية وله الحرية فى أن يعطى هذا الإذن أو أن يرفضه كما له أن يجعله قاصراً على الرهان المتبادل أو أن يحدد مدته. ويجوز أيضاً أن ينص فى القرار على تخصيص جزء معين من الأرباح الناتجة من استغلال الرهان لصرفه فى تربية الخيل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة من سباق الخيل أو لصرفه فى ترقية تعليم الرياضة البدنية أو فى الأعمال الخيرية المحلية أو فى أعمال الإسعاف أو الأعمال الاجتماعية النافعة أو لصرفه فى هذه

الشئون كلها معا وذلك طبقا للقواعد والشروط المبينة فى القرار الذى يصدر بالإذن.

ويحدد هذا القرار المكان أو الجهة التى يجب أن تجرى فيها المراهنة ولا تتعداها وينص فيه على جميع الإجراءات اللازمة لحماية الجمهور من الغش والخداع.

مادة (6): (معدلة بالقانون رقم 454 لسنة 1954): على وزير الشئون البلدية والقروية تنفيذ هذا القانون ويجرى العمل به بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وعليه أيضا إصدار قرار بجميع الأحكام اللازمة لهذا التنفيذ.

478- **تحريم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب :**

تعتبر المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام من ألعاب القمار، ذلك أن المتراهن على السباق لا يكون له أى دخل فى تسيير دفة السباق، وإنما يكون ذلك فقط للحظ ولأشخاص آخرين من بينهم (الجوكية) وللخيول نفسها.

غير أننا رأينا أن المشرع أباح الألعاب الرياضية التى تقوم على رياضة الجسم إذا كانت بين المتبارين أنفسهم استثناء.

ولاشك أن سباق الخيل والرمية يندرج ضمن هذه الألعاب الرياضية المباحة إذا كانت بين المتبارين أنفسهم.

أما إذا كان السباق أو الرمي بين غير اللاعبين فإنه يكون باطلا. وقد زاد القانون رقم 10 لسنة 1922 (المعدل) بأن رصد عقوبة على هذه الجريمة.

غير أن السباق والرمى يكون مباحا - كما سنرى - إذا كان بإذن خاص، أى أن السباق والرمى فى هذه الحالة لا يتم خفية، وإنما تحت بصر الجهات الرقابية المختصة.

والحكمة من تجريم الرهان والرمى خفية أن هذه الألعاب التى تتم خارج حلقة

السباق يترتب عليها ضياع جانب كبير مما تدره حلقة السباق من أموال تدخل الخزانة العامة على شكل ضرائب ورسوم أو تضاف إلى حصيلة الأعمال الخيرية، وفضلا عن ذلك فإنها تقلل بلا جدال من دخل إدارات السباق.

كما أن كثيرا ممن يتلقون المراهنات يعملون من جانبهم - ضمانا للربح والكسب غير المشروع- على التلاعب في السباق وأشواطه لمصالحهم سواء بالاتفاق مع (الجوكي) أو بغير ذلك من الوسائل، وهذا التلاعب يضر جمهور المراهنين داخل حلقة السباق⁽¹⁾.

479- جواز المراهنة بإذن خاص من وزير الشؤون البلدية والقروية :

أجازت المادة الرابعة من القانون رقم 10 لسنة 1922 لجمعيات سباق الخيل الموجودة وقت صدور القانون والجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب أو أعمال الرياضة إجراء الرهان المتبادل أو غيره من أنواع الرهان وذلك بمقتضى إذن خاص وبحسب الشروط المبينة بالمادة الخامسة من القانون (م 1/4). وفي حالة الحصول على إذن لا يجرى حكم المادة الأولى على أى رهان يقدم أو يعطى أو يتلقى بالشروط المبينة فيه (م 2/4) أى يعفى الإذن من توقيع العقوبة المنصوص عليها بالمادة الأولى.

ويمنح الإذن الخاص المنوه عنه بقرار من وزير الشؤون البلدية والقروية وله الحرية فى أن يعطى هذا الإذن أو يرفضه كما له أن يجعله قاصرا على الرهان المتبادل أو أن يحدد مدته ويجوز أيضا أن ينص فى القرار على تخصيص جزء معين من الأرباح الناتجة على استغلاله لصرفه على تربية الخيول إذا كانت هذه الأرباح ناتجة من سباق الخيل أو لصرفه على ترقية تعليم الرياضة أو فى الأعمال الخيرية المحلية أو فى أعمال الإسعاف أو الأعمال الاجتماعية النافعة أو لصرفه فى هذه الشؤون كلها معا وذلك طبقا للقواعد والشروط المبينة فى القرار الذى

(1) المستشار سيد البغال ص 433 وما بعدها.

يصدر بالإذن. وقد صدرت لائحة أول مايو سنة 1922 بكيفية تنفيذ القانون. ويحدد فى هذا القرار المكان أو الجهة التى يجب أن تجرى فيها المرهنة ولا تتعداها وينص فيه على جميع الإجراءات اللازمة لحماية الجمهور من الغش والخداع (م5).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"يبين من استقراء نصوص المواد 1، 4، 5 من القانون رقم 10 لسنة 1922 المعدل بالقانون رقم 135 لسنة 1947 والقانون 456 لسنة 1954 أن المشرع حظر أصلا عرض أو إعطاء أو تلقى الرهان على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من الألعاب الرياضية بكافة صورها سواء أكان ذلك بالذات أم بالوساطة ولم يستثن من الحظر المذكور سوى جمعيات السباق الموجودة وقت صدور القانون وغيرها من الجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضية فأجاز لهذه الجهات وحدها إجراء الرهان المتبادل وغيره من أنواع الرهان بمقتضى إذن خاص".

(ظن رقم 1240 لسنة 37 ق جلسة 1967/10/16)

480- عدم مشروعية الرهان بإذن خاص من الناحية المدنية :

يترتب على الحصول على إذن خاص من وزير الشؤون البلدية والقروية بالمرهانات على النحو الموضح بالمادتين الرابعة والخامسة من القانون، الإعفاء من العقوبة الجنائية التى رصدها القانون - كما رأينا - أما الفعل من الناحية المدنية فيظل غير مشروع، فلا يجوز إجبار من خسر الرهان على الدفع.

وبهذا قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 15 مايو سنة 1929 فى ظل

القانون المدنى القديم.

والواضح من الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد أنه يأخذ بالرأى

السابق، إذ كانت المادة (1026) من المشروع التمهيدي التي أصبحت برقم (740) تنص في فقرتها الثانية على أن :

"ويستثنى أيضا (من أحكام المادة السابقة عليها التي نصت على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان) ما رخص فيه من أوراق النصيب وسباق الخيل".
وفي لجنة المراجعة حذفت اللجنة إخراج سباق الخيل من هذه الفقرة حتى لا يشمله الاستثناء⁽¹⁾.

وبالترتيب على ذلك فإن المراهن من غير المتبارين في سباق الخيل لا يجبر على دفع خسارته وإذا دفعها يستردها، وأن الفائز في المراهنة لا يستطيع المطالبة بما كسب.

وكان المراهن - في ظل القانون القديم - لا يستطيع استرداد ما دفعه⁽²⁾.

481- جريمة التراهن مستحدثة بالقانون رقم 135 لسنة 1947 :

لم يكن القانون رقم 10 لسنة 1922 يعاقب على التراهن. ولما صدر القانون رقم 135 لسنة 1947 بتعديل المادة الأولى من القانون المذكور في شأن أركان الجريمة ومقدار العقوبة المقرر لها عدل كذلك المادة الثانية منه بإضافة فقرة ثانية استحدثت بها جريمة التراهن.

(أنظر نقض طعن رقم 209 لسنة 34 ق جلسة 1964/5/18 المنشور

بالبند التالي)

482- أركان جريمة الرهان :

لجريمة الرهان على سباق الخيل ورمي الحمام وغيرها من أنواع الألعاب ركنان: ركن مادي، وركن معنوي (القصد الجنائي). ونعرض لهذين الركنين فيما

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 740 وما بعدها.

(2) السنهوري ص 1029 وما بعدها - استئناف مختلط بتاريخ 15 مايو سنة 1929.

يلي :

(أ) – الركن المادى :

يتوافر الركن المادى فى الجريمة بارتكاب الجانى أيا من الأفعال المنصوص عليها فى المادتين الأولى والثانية من القانون رقم 10 لسنة 1922 المعدل بالقانون رقم 135 لسنة 1947. وهذه الأفعال هى :

(1) عرض الرهان :

عرض الرهان هو طلب الرهان والدعوة إليه من العارض إلى المعروض عليه باللعب على نوع معين من أنواع الرهان على سباق الخيل أو رمى الحمام أو غيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة.

ولا يشترط أن يكون العرض مصحوبا بالترغيب فيه أو تحبيذه. بل يمكن أن يسعى المتراهن إلى العارض ليعرض عليه فعل من أفعال الرهان. ويستوى أن يكون عرض الرهان من أجل العارض نفسه، أو يكون عارضا بصفته وسيطا لآخر.

(2) إعطاء الرهان :

يكون إعطاء الرهان، بتقديمه من منظم الرهان أو أحد وسطائه أو أتباعه، سواء كان ذلك بسعى من منظم الرهان أو من المتراهن.

(3) تلقى الرهان :

تلقى الرهان هو قبول الرهان والمعنى بهذه الصورة هو منظم الرهان والمشرف عليه وهو ما يسمى بالـ (pockm aken)، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون متلقى الرهان شخصا آخر غير منظمه كأن يكون وسيطا له⁽¹⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض – الدائرة الجنائية – بأن :

”لم يرد بالقانون رقم 10 لسنة 1922 نص على معاقبة من يراهن على سباق

(1) المستشار سيد البغال ص 436 وما بعدها.

الخييل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة مع أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الأولى من ذلك القانون - فلما صدر القانون رقم 135 لسنة 1947 بتعديل المادة الأولى من القانون سالف الذكر في شأن أركان الجريمة ومقدار العقوبة المقررة لها عدل كذلك المادة الثانية منه بإضافة فقرة ثانية استحدثت بها جريمة التراهن نفسه. وسياق المادة الأولى من القانون رقم 135 لسنة 1947 يفيد أن المشرع قصد بالعقوبة المغلظة الواردة بها معاقبة كل شخص يقبل الرهان من آخرين على سباق الخيل أو الألعاب الأخرى سواء كان هذا القبول لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر. ولما كان الثابت مما أورده الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الجريمة المسندة إلى الطاعنين الثاني والثالث تتمثل في ضبطهما يتراهنان لدى الطاعن الأول الأمر الذي تحكمه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 135 لسنة 1947. فإن الحكم إذ قضى بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة سنة وبغرامة قدرها ثلاثمائة جنيه قولاً بأن جريمتها تحكما المادة الأولى من ذلك القانون يكون قد جانب التطبيق الصحيح للقانون مما يتعين معه نقضه بالنسبة لهما وتصحيحه بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة خمسة عشر يوماً. أما بالنسبة للطاعن الأول فإن الحكم إذ دانه بالعقوبة المغلظة المنصوص عليها في المادة الأولى باعتباره متلقياً للرهان من الطاعنين الثاني والثالث يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً".

(طعن رقم 209 لسنة 34 ق جلسة 1964/5/18)

(4) استعمال الرهان :

استعمال الرهان أى ممارسته وهو وصف ينطبق على العارض والمعطى والمتلقى في نفس الوقت.

(5) إخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان أو المساعدة على إخفائها.

(6) سماح صاحب محل عام أو مدير له بحصول مراهنات في محله.

(7) المراهنة مع العارض أو المعطى أو المتلقى.

(ب) – الركن المعنوى (القصد الجنائى) :

يتحقق الركن المعنوى (القصد الجنائى) بتوافر القصد الجنائى العام، فلا يشترط فى هذه الجرائم توافر قصد جنائى خاص. والقصد الجنائى العام هو العلم والإرادة، بأن يقتترف الجانى الفعل الإجرامى عن علم وإرادة.

483- عقوبة الجريمة :

1- يعاقب على جرائم عرض الرهان وإعطاء الرهان وتلقى الرهان واستعمال النقود وإخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة فى الرهان أو المساعدة على إخفائها وسماح صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات فى محله بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه.

فالقضاء بالحبس والغرامة معا وجوبى.

ويجوز للقاضى أن يأمر بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة وعقوبة الحبس التى لا تزيد على سنة لمدة ثلاث سنوات عملا بالمادتين 55، 56 عقوبات، بالتفصيل الذى أوردناه سلفا.

وفى حالة العود يجوز للقاضى أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات المتقدمة بشرط عدم تجاوز مثلى هذا الحد، أى لا تجاوز عقوبة الحبس ست سنوات، ولا تجاوز عقوبة الغرامة ألفى جنيه.

وفى جميع الأحوال تضبط النقود والأوراق والأدوات المستعملة فى الرهان ويحكم بمصادرتها لجانب الحكومة.

وفى جريمة سماح صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات فى محله مخالفة لأحكام القانون، يجوز للقاضى أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن ثلاثة شهور ولا تتجاوز ستة أشهر، وفى حالة العود فى مدى ثلاث سنوات يحكم

القاضي بإغلاق المحل نهائياً.

2- يعاقب كل من راهن على نوع من الألعاب سالفه الذكر مع أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الأولى من القانون بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهاً ولا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(البيوع الآجلة فى البورصة)

484- النص القانونى :

المادة 46 من القانون رقم 17 لسنة 1999 (المعدل) بإصدار قانون التجارة

:

"تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو قصد المتعاقدون منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار بشرط أن تعقد العملية فى سوق الأوراق المالية وأن تتعلق بصكوك مدرجة فى جداول أسعار هذا السوق ويصدر بتنظيم هذه العمليات قرار من الوزير المختص"⁽¹⁾.

485- المقصود بالعمليات الواردة بالمادة :

نصت المادة على أن تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو قصد المتعاقدون منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار. والبيع الآجل هو الذى يتفق فيه الطرفان على تأجيل التسليم الناقل للملكية، ودفع الثمن إلى يوم معين يسمى يوم التصفية، ويتشابه البيع الآجل بالبيع العاجل فى أن تسليم المبيع، ودفع الثمن يقعان فى وقت واحد. ويختلف عن بيع النسيئة فى أن ملكية المبيع تنتقل بالتسليم إلى المشتري الذى يبقى مدينا بالثمن. ومع أن بيع النسيئة جائز قانونا إلا أنه غير مستعمل فى

(1) كان يقابلها فى القانون الملغى المادة (73) وكانت تجرى على أن :

"الأعمال المضافة إلى أجل المعقودة فى بورصة مصرح بها طبقا لقانون البورصة ولوائحها وتكون متعلقة ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة تعتبر مشروعاً وصحيحة ولو كان قصد المتعاقدين منها أن تؤول إلى مجرد دفع الفرق.

ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع فروق إذا انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة".

البورصات، حيث يحصل التعامل بواسطة السماسرة بين بائعين ومشتريين غير متعارفين.

ويختلف البيع الآجل عن بيع السلم، فى أن هذا الأخير يعقد خارج البورصة بمقتضى عقود خاصة تعقد مع مراسل، أو متعهد معروف، ليسلم كمية من المتليات فى ميعاد معين.

وتعتمد المصانع على هذا النوع من التعاقد لاستيراد ما يلزمها من الخامات. أما البيع الآجل فهو يؤول غالبا إلى التصفية بدفع الفروق ذلك لأن نقل ملكية المبيع ليست عاجلة بل مؤجلة، لذلك لا يضطر البائع أن يكون حائزا وقت التعاقد للمبيع، ويكفى أن يكون حائزا له فى اليوم المحدد للتسليم.

وبما أن المبيع من المتليات التى يوجد مثلها فى السوق، ويستطيع البائع وقت التسليم أن يشتريها بالنقد، فيعمد بعض المتعاملين فى البورصة إلى بيع ما يملكونه. لذلك يحصل التعاقد الآجل فى أغلب الأحوال على المكشوف. ومع أن البائع لا يلتزم بالتسليم إلا فى الميعاد المحدد، إلا أنه يجب أن يسلم عند حلول الأجل الصكوك مع الكوبونات المستحقة فى فترة الأجل، أو يدفع قيمة الأرباح التى استولى عليها. ولهذا السبب تكون أسعار العقود الآجلة أعلى من العاجلة لأن المشتري يستولى على الأرباح التى يعطيها الصك دون أن يلتزم بدفع فوائد إلى البائع عن الثمن الذى اشترى به، والذى لم يدفعه بعد.

ويحدث أن البائع على المكشوف يقصد أن يستفيد من بيع ما يملكه من الأسهم أو السندات إذا رأى أن سعر البيع الآجل أعلى من البيع العاجل، أو إذا كانت صكوكه مرهونة أو كانت فى مكان بعيد، ويحتاج الحال لعدة أيام لإحضارها فى كل هذه الحالات يلجأ البائع إلى البيع الآجل.

ولكن إذا كان البائع لا يملك الصكوك التى باعها كان مضاربا. فإذا باع فى أول يناير بسعر اليوم 1000 سند من الدين الممتاز بسعر 8-72 جنيها تسلم آخر يناير، فهو يتعهد بتسليم هذه السندات فى هذا التاريخ، ويشتريها بالنقد فى

اليوم الذى يهبط فيه السعر، ليستطيع أن يربح من هذه العملية. فإذا فرضنا أن السعر أصبح فى 20 يناير 8-72 ورأى أنه ليس من المنظور أن يهبط السعر إلى أقل من ذلك قبل آخر يناير اشترى فى 20 يناير، وبعد ذلك بعدة أيام يسلم السندات إلى المشتري ويكون قد ربح 250 جنيها. كذلك قد يأمل المشتري أن يرتفع السعر فى آخر يناير، فإذا فرضنا أن السعر ارتفع إلى 72-72⁶ جنيها إذا باع بالنقد.

والخلاصة أن البائع يضارب على الهبوط، والمشتري يضارب على الصعود. وبسبب هذه المضاربة يصل العاقدون إلى أغراضهم، دون حاجة إلى تسليم الصكوك أو النقود، فيدفع المشتري فى حالة الهبوط الفرق بين الثمن المتفق عليه، والثمن فى يوم التسليم، وفى حالة الصعود يدفع البائع الفرق بين هذين السعرين، أى الفرق بين الثمن الذى باع به، والثمن العالى الذى سيشتري به، وهو ما يسمى دفع الفروق. وإذا قصد العاقدون مجرد دفع الفروق سُمى العقد "صفقة الفروق"⁽¹⁾.

486- شروط صحة هذه العمليات :

- تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو كان قصد المتعاقدون منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار إذا توافرت الشروط الآتية:
- 1- أن تعقد العملية فى سوق الأوراق المالية (البورصة).
 - 2- أن تتعلق العملية بصكوك مدرجة فى جدول أسعار هذا السوق.
 - 3- أن تتم طبقا للتنظيم الذى يضعه القرار الذى يصدره الوزير المختص.

(1) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد 2002/2003 المجلد

الفصل الثانى

المرتب مدى الحياة

مادة (741)

- 1- يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض.
- 2- ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية

الشرح

487- تعريف المرتب مدى الحياة:

المقصود بالمرتب مدى الحياة هو مبلغ من المال يعطى على أقساط، إيرادا دوريا، لشخص مدة حياته، أو مدة حياة شخص آخر.

488- أوجه الشبه بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم :

يتشابه المرتب مدى الحياة والدخل الدائم فى أن كلا منهما يصح أن يكون مصدره عقدا، من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع، كما يصح أن يكون بوصية⁽¹⁾.

فيصح أن يبيع شخص منزلا بثمن ولا يتقاضاه وإنما يؤدي له مرتبا مدى حياته، أو يقرض مبلغا يسترده إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما يصح أن يلتزم شخص على سبيل التبرع، عن طريق الهبة أو الوصية، بمرتب يؤديه مدى حياة المتبرع له.

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء السابع المجلد الثانى 1964 ص 1043.

489- أوجه الخلاف بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم :

يختلف المرتب مدى الحياة عن الدخل الدائم فيما يأتي :

- 1- المرتب مدى الحياة موقوف بحياة من رتب الإيراد على حياته فإذا توفى انقضى المرتب، فلا ينتقل إلى ورثته.
- أما الدخل الدائم فإنه لا ينقضى بوفاة صاحب الدخل وإنما ينتقل إلى ورثته ثم ورثة ورثته وهكذا.
- 2- المرتب مدى حياة غير قابل للاستبدال إلا إذا اشترط الاستبدال في اتفاق خاص.

أما الدخل الدائم فهو قابل دائما لاستبداله حتى لا يكون مؤبدا.

- 3- المرتب مدى الحياة يصح أن يكون المدين فيه شخصا طبيعيا أو معنويا غالبا يكون شركة تأمين. أما الدخل الدائم فالغالب فيه أن يكون المدين شخصا معنويا لأنه دخل مستمر.

- 4- المرتب مدى الحياة يجوز أن يزيد على سعر الفائدة القانونية أو الاتفاقية، إذ هو ليس كله فائدة لرأس المال. فجزء منه يعتبر فائدة والباقي مقابل استهلاك رأس المال شيئا فشيئا ويتم الاستهلاك كاملا بانقضاء المرتب.

- 5- المرتب مدى الحياة يكون بعقد شكلي أى مكتوب فى ورقة رسمية أو عرفية وعلى هذا نصت المادة 743 مدنى صراحة كما سنرى. أما الدخل الدائم فلم يشترط القانون فيه شكلا خاصا، وإنما يتبع شكل التصرف القانونى الذى رتبته⁽¹⁾.

490- طبيعة المرتب مدى الحياة :

- رأينا أن المادة 741 مدنى تنص على أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض. ويكون هذا الالتزام بعقد أو وصية.

(1) السنهورى ص 1043 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 424 وما بعدها.

فالمرتب مدى الحياة قد ينشأ عن عقد أو وصية، وقد يكون العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع.

كما يمكن أن ينشأ المرتب مدى الحياة عن واقعة مادية، ونعرض لذلك بالشرح فيما يلى :

(1) المعاوضات :

ينشأ المرتب مدى الحياة فى الغالب بعقد من عقود المعاوضات، وأهمها البيع والقرض.

فقد ينشأ عن عقد البيع، بأن يبيع شخص لآخر عقارا أو منقولا ويتقاضى الثمن مرتبا مدى حياته. وهذا المرتب يزيد على ريع العين المبيعة لأن جزءا منه يعادل ريع العين والجزء الآخر يعادل استهلاك العين المبيعة شيئا فشيئا التى يبقى فيها المرتب، إذ بانقضاء المرتب تكون العين قد استهلكت. ولذا يسمى هذا البيع بالفرنسية *aliénation à fondsperu* وترجمته بالعربية "التصرف المستهلك للعين" أو "التصرف المستهلك"⁽¹⁾.

ولو كان المرتب مساويا لريع العين، لم تكن هناك فائدة للبائع من هذا العقد، ولو كان المرتب إيرادا يقل عن ريع العين، فإن الثمن فى هذه الحالة يلحق بالثمن التافه، فيكون كالثمن الصورى لا يتم به البيع.

وإذا كان مصدر المرتب مدى الحياة هو عقد البيع، فإن أحكام البيع هى التى تسرى، من حيث أهلية البائع وأهلية المشتري ومن حيث عيوب الإرادة ومن حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فى العقار بالتسجيل ومن حيث ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ومن حيث ضمان الثمن وهو هنا المرتب بامتياز البائع⁽²⁾.

وقد ينشأ المرتب مدى الحياة عن عقد قرض، بأن يقرض شخص آخر مبلغا

(1) السنهورى ص 1015 هامش (1).

(2) السنهورى ص 1052 - محمد كامل مرسى ص 413.

يسترده مرتبا مدى الحياة.

ويكون المرتب أكثر من الفائدة القانونية، لأن المرتب يشمل جزءا من الفائدة وجزءا من استهلاك رأس المال. ولا يجوز الطعن بأنه يخفى ربا فاحشا، لأن المرتب ليس كله فائدة.

ولا ينال من ذلك أن يكون صاحب المرتب قد عاش مدة طويلة وتقاضى مرتبا يزيد زيادة كبيرة على رأس المال بحيث يتحقق الربا الفاحش، لأنه كان من الممكن أن يعيش مدة قصيرة ولا يتقاضى من الأقساط ما يزيد على رأس المال أو كان يتقاضى من الأقساط ما يقل عن رأس المال.

(2) التبرعات :

قد ينشأ المرتب مدى الحياة عن تصرف تبرعى. ويكون ذلك عادة لعلاقة خاصة بين الملتزم بالمرتب وصاحب المرتب.

وقد ينشأ ذلك عن عقد هبة، كأن يهب الزوج لزوجته مرتبا مدى الحياة أو إلى أولاده أو إلى أحدهم. أو يهب مخدوما مرتبا مدى الحياة لخدام أمين عجز عن العمل.

كما يمكن أن ينشأ ذلك عن وصية، فى مثل الحالات السابقة. وإذا كان التصرف هبة سرية عليه أحكام الهبة، وإذا كان وصية سرية عليه أحكام الوصية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينقرر المرتب مدى الحياة بعقد أو وصية، والعقد قد يكون معاوضة أو تبرعا. فيصح أن يبيع شخص منزلا بثمن هو مرتب يؤدي له مدى حياته، أو يقرض مبلغا يسترده إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما يصح أن يلتزم شخص على سبيل التبرع، من طريق الهبة أو الوصية، بمرتب يؤديه مدى حياة المتبرع له. ولا يوجد

للإيراد المرتب مصدر آخر غير العقد والوصية⁽¹⁾.

(3) الواقعة المادية :

قد يكون مصدر المرتب مدى الحياة واقعة مادية، ومثال ذلك التعويض عن إصابات العمل، إذا اتخذ التعويض صورة مرتب مدى الحياة، أو التعويض عن العمل غير المشروع إذا اتخذ التعويض هذه الصورة.

ولذلك ليس صحيحاً ما ذهب إليه مذكرة المشروع التمهيدى من أنه: "ولا يوجد للإيراد المرتب مصدر آخر غير العقد والوصية"⁽²⁾.

491- المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية :

المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية لأنه يرتبط بحياة صاحب المرتب وينتهى بوفاته، ولذلك يعتبر من عقود الغرر لأن أحد الأدايين لا يمكن مقدماً معرفة مقداره.

والرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسيين هو اعتبار الاحتمال فى المرتب مدى الحياة هو السبب فى العقد لا المحل، فإذا انعدم هذا الاحتمال انعدم السبب وصار التصرف باطلا لانعدام السبب لا لانعدام المحل.

وقد أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا الرأى إذ كانت تنص المادة 1029 منه على أن "يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتا وقت تقرير المرتب". وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "ربط المرتب بحياة إنسان هو الذى يجعله احتماليا، لأن الموت لا يعرف ميعاده. وهذا الاحتمال هو السبب فى العقد، كما هو الأمر فى سائر العقود الاحتمالية. فإذا انعدم الاحتمال بطل العقد أو كان عقداً آخر.... إلخ".

إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف المادة⁽³⁾ لأن حكمها مفهوم من كون

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 306- انظر البند التالى.

(2) راجع البند السابق.

الاحتمال المترتب على ربط المرتب بحياة إنسان هو سبب الالتزام وإذا انعدم السبب بطل العقد⁽¹⁾.

غير أن رأياً في الفقه المصري يذهب إلى أن الاحتمال في المرتب مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتب، فهو قد التزم وجعل محل التزامه مرتباً ينطوي على عنصر الاحتمال. أما السبب فهو الدافع الرئيسي للتعاقد، ولا يوجد له إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعاً. وإذا أريد تعيين السبب في المرتب مدى الحياة، وجب أن يعين بأنه هو الدافع الرئيسي للملتزم بالمرتب في أن يلتزم به والغالب أن يكون هذا السبب مشروعاً، إذ يهدف الملتزم بالمرتب عادة إلى أن يكفل للمستحق حياة تكفيه الحاجة، وقد يكون غير مشروع، كما إذا قرر شخص لخليته مرتباً مدى الحياة ليدفعها بذلك إلى معاشرته معاشرة غير مشروعة⁽²⁾.

تطبيقات لاعتبار المرتب مدى الحياة عقداً احتمالياً :

492- (أ) - مرتب قرر مدة حياة شخص وجد ميتاً :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصاً برقم (1029) يقضى بأن: "يقع باطلاً كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتاً وقت تقرير المرتب" - وجاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "ربط المرتب بحياة إنسان هو الذى يجعله احتمالياً، لأن الموت لا يعرف ميعاده. وهذا الاحتمال هو السبب فى العقد، كما هو الأمر فى سائر العقود الاحتمالية. فإذا انعدم الاحتمال بطل العقد أو كان عقداً آخر. ويترتب على ذلك أن العقد إذا رتب إيرادات مدى حياة إنسان وجد ميتاً وقت ترتيب الإيراد فهو باطل... إلخ"، إلا أن المادة حذفت فى لجنة المراجعة "لأن حكمها مفهوم من كون الاحتمال المترتب على ربط المرتب بحياة إنسان هو سبب الالتزام وإذا انعدم السبب بطل العقد". ومفاد ما تقدم أن المرتب مدى الحياة يرتبط

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 309 الهامش وما بعدها.

(2) السنهورى ص 1062 وما بعدها.

حياة صاحب المرتب وينتهي بوفاته، وهذا يفترض بالضرورة أن صاحب المرتب كان حيا وقت تقرير المرتب. ومن ثم ينبى على تقرير مرتب مدى حياة شخص وجد ميتا أن سبب الالتزام - طبقا لما أخذ به المشروع التمهيدي - أو المحل - طبقا لما أخذ به الرأى الذى أشرنا إليه فى الفقه - يكون منعدما، وبالتالي لا يترتب على العقد ثمة أثر.

493- (ب) - تأقيت المرتب :

ذكرنا أن المرتب مدى الحياة يرتبط بحياة صاحب المرتب، وهذا شرط جوهري فى المرتب مدى الحياة، لأن عنصر الاحتمال يكون موجودا. أما إذا رتب المرتب لمدة معينة أيا كانت طويلة أو قصيرة، فإنه لا يكون قد ربط بحياة صاحب المرتب والتي لا يعرف متى تنتهى.

ومثال ذلك أن يقرض شخص آخر مبلغا من المال يرده إيرادا مرتبا لمدة خمس سنوات، فإن العقد فى هذه الحالة يكون قرضا عاديا، وما زاد فى مجموع الأقساط على المبلغ المقترض يكون فائدة يجب ألا تزيد على الحد الأقصى المسموح به فى الفوائد الاتفاقية أما الإيراد المرتب مدى الحياة فصبغته الاحتمالية تمنع من معرفة ما إذا كانت الفوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به أو لا تزيد⁽¹⁾.

وإذا باع شخص عقارا لآخر بثمن هو مرتب لمدة عشرين سنة فالعقد يكون بيعا عاديا قسط فيه الثمن على عشرين سنة ويجب ألا يزيد المرتب على الحد الأقصى المسموح به للفوائد القانونية.

وإذا وهب شخص آخر أو أوصى إليه بمرتب لمدة عشر سنوات، كان العقد هبة أو وصية.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة (1029) من المشروع والتي

(1) محمد كامل مرسى ص 417.

حذفت فى لجنة المراجعة :

أنه: "ربط المرتب بحياة إنسان هو الذى يجعله احتماليا، لأن الموت لا يعرف ميعاده.... كما لو أقرض شخص آخر مبلغا من المال يرده إيرادا مرتبا لمدة معينة، فإن العقد فى هذه الحالة يكون قرضا عاديا، وما زاد من مجموع الأقساط على المبلغ المقرض يكون فائدة يجب ألا تزيد على الحد الأقصى المسموح به فى الفوائد الاتفاقية. أما الإيراد المرتب مدى الحياة فصبغته الاحتمالية تمنع من معرفة ما إذا كانت الفوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به أو لا تزيد"⁽¹⁾.



(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 308 الهامش.

مادة (742)

- 1- يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له أو مدى حياة الملتزم أو مدى حياة شخص آخر.
- 2- ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق بغير ذلك.

الشرح

494- من يتقرر المرتب مدى حياته؟

الأصل أن يكون المرتب مقررا لمدى حياة الملتزم له وهو الدائن، وهذه هى الصورة الغالبة فى العمل. ولذلك جعلها المشرع هى المقصودة حتى لو لم يصرح بها المتعاقدان أو الموصى. فإذا أريدت صورة أخرى وجب التصريح بها⁽¹⁾. ويجوز أن يتعدد أصحاب المرتب، فيتقرر المرتب مدى حياة شخصين أو أكثر لكل منهم نصيب فيه كأن يتقرر المرتب لرجل وزوجته. وفى هذه الحالة إما أن يكون التزامه لهما مع الأيلولة أو بدون أيلولة. والأيلولة تعنى أنه إذا مات أحد أصحاب المرتب آل نصيبه إلى الآخر حتى يموت هو أيضا فينتهى الراتب. وهذا هو الأصل. أما عدم الأيلولة فهو يعنى أنه بوفاة أحد المستحقين ينتهى ما كان يحصل عليه من راتب ويبقى للمستحق الآخر نصيبه فقط فتظهر الصورة كما لو هناك راتبان لكل مستحق راتب.

وقد يكون المرتب مدى حياة الملتزم إذا نص على ذلك. مثال ذلك أن يكافئ المخدم الخادم براتب مدى حياة المخدم. فيتقاضى المستحق المرتب ما بقى الملتزم حيا.

فإذا مات المستحق قبل أن يموت الملتزم، انتقل المرتب إلى ورثة المستحق.

(1) السنهورى ص 1057.

وإذا مات الملتزم قبل أن يموت المستحق، انقضى المرتب ولا يتقاضى المستحق شيئاً من ورثة الملتزم.

وقد يكون المرتب لأقصر الحياتين أو لأطول الحياتين. حياة الملتزم أو حياة الملتزم له.

وقد يتقرر المرتب لا مدى حياة المستحق ولا مدى حياة الملتزم، بل مدى حياة شخص ثالث.

وهذه الصورة نادرة وتقع إذا كانت حياة هذا الشخص لها دخل فى تقرير المرتب.

مثل ذلك أن يقرر شخص لابن شقيقه راتباً مدى حياة شقيقه ليعينه على الإنفاق عليه، أو يقرر لفقير راتباً مدى حياة شخص غنى إذا كان هذا الفقير يرث ميراثاً طيباً من الغنى فيبىر ذلك قطع الراتب عنه بعد أن يرث. وإذا مات المستحق انتقل الحق إلى ورثته إلى أن يموت الشخص الثالث. وإذا مات الملتزم قبل الشخص الثالث انتقل الالتزام بالمرتب إلى ورثته لمدة هى بقية عمر الشخص الثالث. وإذا مات المستحق والملتزم أدى ورثة الثانى لورثة الأول الراتب حتى وفاة الشخص الثالث⁽¹⁾.

على أنه إذا تقرر المرتب لشخص آخر غير الدائن كان العقد صحيحاً فيما بين العاقدين، ولكنه لا يلزم ذلك الشخص الآخر لأنه لم يكن طرفاً فيه، إلا عند قبوله، والقبول إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، ويجوز القبول مادام العاقدان أحدهما أو كلاهما لم يعدلا عن إيجابهما. وللشخص الثالث ألا يقبل، إذ لا يجبر أحد على قبول عقد حتى لو كان تبرعاً، فإذا قبل تم العقد وأصبح نافذاً، وإذا رفض وجب على المتعاقدين أن يسويا علاقتهما من جديد فى شأن المقابل، لأنه كان معلقاً على شرط قبول الشخص الثالث له وهو لم يقبل فتخلف الشرط.

وحق المنتفع يولد من وقت العقد، فإذا قبل المشاركة اعتبر العقد نافذاً من

جهته من وقت حصوله⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"خاصية المرتب أن يكون معقودا بحياة شخص معين، هو الدائن غالبا. وقد يكون هو المدين، فإذا مات الدائن قبله انتقل المرتب إلى الورثة. وقد يكون أجنبيا غير الدائن والمدين، فإذا مات المدين قبل الأجنبى انتقل المرتب إلى الورثة كذلك. وقد يكون الإيراد مرتبا لأقصر الحياتين، حياة الدائن أو حياة المدين، فينقضى بموت أحدهما ولا ينتقل إلى الورثة. والمفروض فيما تقدم من الصور أن الإيراد مرتب مدى حياة شخص واحد. ولا يوجد ما يمنع من أن يرتب مدى حياة أشخاص متعددين لكل منهم نصيب فيه، سواء آل هذا النصيب بعد موته إلى من بقى حيا من الأشخاص الآخرين أو لم يؤل. على أن الصورة الغالبة من هذه الصور جميعا هى تقرير المرتب مدى حياة الدائن. لذلك كانت هى الصورة التى تفرض إذا لم يوجد اتفاق خاص على غير ذلك"⁽²⁾.



(1) محمد كامل مرسى ص 414 وما بعدها.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 309.

مادة (743)

العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع.

الشرح

495- شكل العقد:

يجب أن يكون العقد الذى يقرر المرتب مكتوبا. والكتابة هنا للانقضاء وليس للإثبات فإذا لم يكن العقد مكتوبا كان العقد باطلا حتى لو أقر به الخصم أو نكل عن اليمين.

والكتابة المطلوبة، يصح أن تكون رسمية أو عرفية غير أنه إذا كان العقد هبة، أو وصية فإنه يجب أن يتخذ العقد الشكل الذى تطلبه القانون فى هذين التصرفين.

وينبنى على ذلك أن الهبة إذا كانت مكشوفة وجب أن تكون فى ورقة رسمية وعلّة إيجاب الكتابة فى عقد المرتب مدى الحياة أن هذا العقد مقدر له البقاء مدى حياة إنسان ما، وقد تطول ومن ثم يجب أن يتوافر لكل من الطرفين السند المثبت لحقوقهما طول مدة حياة صاحب المرتب.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لا يكون العقد الذى يقرر المرتب إلا فى ورقة مكتوبة. والكتابة ركن لانقضاء لا طريقة للإثبات وقد اشترط المشروع الكتابة لأن العقد مقدر له البقاء مدى حياة إنسان ما، فوجب أن يكون مكتوبا. وإذا كان العقد هبة وجب أن تكون بورقة رسمية وفقا لقواعد الهبة"⁽¹⁾

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص311 وما بعدها.

مادة (744)

لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز على المرتب إلا إذا كان قد قرر على سبيل التبرع.

الشرح

496- الأصل قابلية المرتب للحجز والتحويل:

الأصل أن شرط عدم جواز التصرف، ويلحق به شرط عدم جواز الحجز، لا يصح إلا إذا كان لمدة معقولة ولحماية مصلحة مشروعة. وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة إنسان.

ومن ثم تعتبر المادة 744 تطبيقاً للمادة 823 مدني التي تنص على أن: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

2- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير.

3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير".

وبالترتيب على ذلك إذا عقد المرتب مدى الحياة معاوضة كقرض بفائدة أو بيع يكون المرتب قابلاً للحجز عليه من دائني المستحق وتحويله من المستحق إلى الغير، شأن المرتب في ذلك شأن سائر أموال المستحق. ويستوى في ذلك أن يكون ما يحجز عليه أو يحول هو الأقساط التي حلت، أو الأقساط التي ستحل، أو أصل المرتب ذاته.

ولا يجوز الاتفاق على عدم قابليته للحجز وللتحويل. ويكون مثل هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام.

أما إذا كان المرتب قد تقرر تبرعا فإنه يدخل في مال المستحق دون عوض يخرج من ماله، وكان المتبرع يستطيع ألا يتبرع به أصلا، فأولى أن يستطيع التبرع مع اشتراطه عدم جواز الحجز، مراعاة لمصلحة المستحق نفسه فقد أراد المتبرع أن يكفل للمستحق حاجات المعيشة بهذا المرتب، وللاستيثاق من ذلك اشترط ألا يجوز لدائني المستحق الحجز عليه، فيكون الشرط صحيحا لأنه مبنى على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة⁽¹⁾.

497- سقوط المرتب وأقساطه بالتقادم :

راجع شرح المادة (545).



(1) السنهوري ص 1069 وما بعدها - محمد كامل مرسى ص 420 وما بعدها.

مادة (745)

- 1- لا يكون للمستحق حق فى المرتب إلا عن الأيام التى عاشها من قرر المرتب مدى حياته.
- 2- على أنه إذا اشترط الدفع مقدما كان للمستحق حق فى القسط الذى حل.

الشرح

498- كيفية أداء أقساط المرتب :

يبين من هذا النص أن المرتب يستحق طوال المدة التى عاشها من قرر المرتب مدى حياته. فإذا توفى انقطع المرتب. ويبدأ استحقاق المرتب أى أداء الأقساط من يوم تمام العقد الذى أنشأ المرتب، فإن كان التصرف الذى أنشأ المرتب وصية فمن يوم وفاة الموصى. ولا يحسب اليوم الذى تم فيه العقد أو الذى توفى فيه الموصى، فلا يستحق عنه المرتب، لأنه يوم ناقص بطبيعته، ويستحق المرتب ابتداء من اليوم التالى. وقد يتفق فى العقد على أن يبدأ أداء المرتب من وقت نقل ملكية رأس المال إلى الملتزم، وحينئذ يبدأ أداء المرتب من هذا الوقت. ويستمر أداء أقساط المرتب للمستحق حتى اليوم الذى يتوفى فيه من ربط المرتب بحياته. وغالبا ما يشترط أداء الأقساط مقدما لأن المستحق سوف يتعيش منها، وإذا لم يوجد هذا الاتفاق كان أداء القسط فى نهاية فترته. والقسط المستحق فى بداية الفترة التى يدفع فيها، لا يرد منه شىء حتى لو مات الشخص الذى ربط بحياته المرتب خلال الفترة التى استحق عنها وقبل حلول القسط الثانى. هذا ما لم يتفق على أن المرتب لا يكون مستحقا إلا بقدر الأيام التى عاشها من تقرر المرتب مدى حياته⁽¹⁾.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 314 وما بعدها.

ولما كان يوم الوفاة يعتبر بدوره يوما ناقصا بطبيعته. فإن المرتب لا يكون مستحقا عنه ويستحق إلى نهاية اليوم السابق. ويقع على عاتق المستحق عبء إثبات أن الشخص الذى ربط المرتب بحياته لا يزال حيا، حتى يكون مستحقا لما حل من أقساط المرتب. فإذا كان هو نفسه المستحق، فقد ذهب البعض إلى أنه يلزم بتقديم شهادة إثبات وجود على قيد الحياة بالطرق المعتادة⁽¹⁾.

بينما يرى البعض - بحق - أنه يكفى أن تتحقق المحكمة من شخصية المستحق بوسائل إثبات الشخصية المعتادة⁽²⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"يبقى المرتب ما عاش الشخص الذى تقرر المرتب مدى حياته، وينقطع فى اليوم الذى يموت فيه. وإذا حل قسط وجب دفعه يوم حلوله، ولا يرد منه شئ حتى لو مات هذا الشخص قبل حلول القسط التالى. هذا ما لم يتفق على أن المرتب لا يكون مستحقا إلا بقدر الأيام التى عاشها من تقرر المرتب مدى حياته"⁽³⁾.

499- المرتب غير قابل للاستبدال :

المرتب مدى الحياة غير قابل للاستبدال، فلا يجوز للملتزم بالمرتب إذا كان العقد معاوضة التخلص من التزامه بأن يرد العين أو رأس المال إلى المستحق. وفى هذا يختلف المرتب مدى الحياة عن الدخل الدائم، والذى يجوز فيه استبدال الدخل فى أى وقت. ولو كان العقد تبرعا فالمتبرع ملزم بأداء المرتب ولا يستطيع التخلص منه بأداء شئ آخر، فهو لم يأخذ عوضا.

(1) السنهورى ص 1069.

(2) محيى الدين علم الدين ص 336.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 314 وما بعدها.

غير أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، فيجوز للملتزم بالمرتب أن يشترط جواز تخلصه من المرتب برد المقابل الذي أخذه إذا كان المرتب قد تقرر معاوضة، أو برده رأس مال معين المقدار إذا كان قد تقرر تبرعا⁽¹⁾.



(1) السنهوري ص 1072.

مادة (746)

إذا لم يَقم المدين بالتزامه كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل.

الشرح

جزاء الإخلال بالتزام المدين بأداء المرتب:

500- (أ) - التنفيذ العيني :

رأينا أن المادة 746 تنص في صدرها على أنه إذا لم يَقم المدين بالتزامه كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد. وبالتالي إذا تأخر المدين في دفع قسط من أقساط المرتب، سواء كان المرتب معاوضة أو تبرعا، كان للمستحق التنفيذ العيني فضلا عن المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء التأخير.

وهذا كله تطبيق للقواعد العامة وإذا استمر الملتزم في الامتناع عن دفع أقساط المرتب، جاز أن يحكم بالحجز على أمواله وبيعها بحيث ينتج من البيع مبلغ كافي لأداء أقساط المرتب مدى الحياة.

ويكون تحديد المبلغ الكافي، بتقدير مبلغ يكفى إذ دفع إلى شركة تأمين، لأن تؤولدى الشركة إلى المستحق أقساط المرتب، فإذا فرض أن القسط السنوى للمرتب مائة جنيه وتقاضى المستحق من الملتزم أقساطا عشرة، فإن المرتب يكون قد دام عشر سنوات، وما بقى من أقساطه يكفى أن يخصص للوفاء به مبلغ أقل بكثير من المبلغ الذى دفعه المستحق للملتزم بفرض أن المرتب تقرر معاوضة. فإذا كان المستحق قد دفع للملتزم ألفى جنيه، فإن ألفا واحدا يكفى فى الغالب شركة تأمين لتؤدى فى مقابله إلى المستحق الأقساط الباقية من المرتب إلى أن ينقضى (1).

(1) السنهورى ص 1075 محبى الدين علم الدين ص 336.

501- (ب) - فسخ العقد :

رأينا أن المادة 746 نصت على أنه: "إذا لم يقيم المدين بالتزاماته كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل".

فإذا كان المرتب مدى الحياة بموجب عقد معاوضة كقرض أو بيع، فإنه يجوز للمستحق إذا لم يقيم المدين بأداء أقساط المرتب أن يطلب فسخ العقد، مع التعويض عن الضرر الناجم له عن التأخير. وليس هذا الحكم إلا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 157 مدنى، ولذلك فإن (معالي السنهورى باشا) قرر أثناء مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى "إن هذه المادة ما هى إلا تقرير للقواعد العامة وأنها ما وضعت فى المشروع إلا لأن القانون الحالى ينص على غير ذلك".

وجاء بتقرير اللجنة: "رأت اللجنة أن تضيف إلى النص عبارة "فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب" بعد عبارة "تنفيذ العقد" وقد راعت اللجنة فى هذا أن الملتزم له أن يطلب تنفيذ العقد عينا إذا لم يقيم المدين بالتزامه. على أن العقد قد يكون من قبيل المعاوضات، وفى هذه الحالة رؤى أن يصرح فى النص بإعطاء الملتزم له حق المطالبة بالفسخ أيضا تمشيا مع القواعد العامة"⁽¹⁾.

كما يجوز للمستحق طلب الفسخ إذا توقف الملتزم عن تقديم التأمينات أو أضعفها. ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد، ومن ثم يلتزم المدين برد رأس المال وفوائده القانونية من وقت تسلمه له أو برد العين التى نقلت ملكيتها إليه مع الربيع الذى حصل عليه أو كان يجب أن يحصل عليه.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 317 وما بعدها.

ولما كانت فوائد رأس المال أو ريع العين يزيد عادة على فوائد الأقساط، فإن المقاصة تقع بين فوائد الأقساط وفوائد رأس المال أو ريع العين، فيبقى فائض من فوائد رأس المال أو ريع العين يدفعه الملتزم للمستحق وينتهى الأمر إلى أن المستحق يرد الأقساط التي قبضها، ويرد الملتزم رأس المال أو العين مع الفرق ما بين فوائد رأس المال أو ريع العين وبين فوائد الأقساط⁽¹⁾.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"ينص التقنين المصرى (م 480 فقرة 3/ 588)" على أنه يجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها" ومعنى ذلك أن الدائن لا يستطيع طلب الفسخ. ويقال فى تعليق ذلك إن الفسخ متعذر، إذ الفسخ يرجع المتعاقدين إلى ما كانا عليه، فلو باع شخص منزلا بإيراد مرتب مدى الحياة وقبض بعض الأقساط، ثم جد ما يجيز الفسخ، فإذا رد ما قبضه من الأقساط واسترد المنزل فإنه لا يمكن القول بأن ريع المنزل فى المدة التى بقى فيها العقد قائما يعدل فوائد الأقساط التى ردت.

وظاهر أن هذه الحجة لا تقوم حائلا دون الفسخ. وقد قرر المشروع أنه إذا لم يقم المدين بالتزامه كان للدائن أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض إن كان له محل فى حالتى التنفيذ والفسخ. فإذا أراد الدائن الفسخ، رد الأقساط واسترد المنزل، وأخذ على سبيل التعويض الفرق ما بين ريع المنزل وفوائد الأقساط، هذا غير ما يستحقه من التعويض لأسباب أخرى⁽²⁾.

(1) السنهورى ص 1078.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج5 ص 316.

ولاشك أن هناك خطر تحمله المستحق، إذ كان معرضاً طوال المدد التي قبض فيها أقساط الإيراد لأن يموت إذا كان المرتب مربوطاً بحياته أو لأن يموت الشخص الذي ارتبط المرتب بحياته، فينقضى المرتب في هذه الحالة. ومن ثم يجب تعويضه عن هذا الخطر، وما أصابه من أضرار أخرى، على أن يترك للقاضي تقدير هذا التعويض⁽¹⁾.

أما إذا كان المرتب قد تقرر تبرعاً، فإنه لا محل لطلب الفسخ، لأن المستحق لم يدفع شيئاً حتى يسترده. فهو سيخسر مرتبه بالفسخ.

502- انقضاء عقد المرتب مدى الحياة :

ينقضى عقد المرتب مدى الحياة بموت الشخص الذي اشترط دفع المرتب مدى حياته. ويجب على الدائن أن يثبت بقاء هذا الشخص على قيد الحياة لكي يحصل على المرتب.

وإذا مات المدين قبل الدائن التزم وراثته بدفع المرتب.

ولا ينقضى العقد بدفع المدين أصل الدين كما في الدخل الدائم، إلا إذا اشترط المتعاقدان صراحة أن للمدين الحق في أن يرد أصل الدين إلى الدائن ليتخلص من دفع المرتب⁽²⁾، كما ذكرنا سلفاً.



(1) السنهوري ص 1079 - ويذهب الفقه في فرنسا إلى أن التعويض الجابر للضرر الذي نتج عن الخطر المشار إليه بالمتن هو استيفاء الأقساط التي قبضها المستحق.

(2) محمد كامل مرسى ص 241 وما بعدها.

محتويات المجلد التاسع

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	الفصل الثالث	
	الوكالة	
	أركان الوكالة	
	مادة (699)	
3		
3	التنظيم التشريعى لعقد الوكالة.....	-1
4	تعريف عقد الوكالة وخصائصه.....	-2
13	تمييز عقد الوكالة عما يشته به من عقود.....	-3
13	(1) الوكالة والبيع.....	-
16	(2) الوكالة والشركة.....	-
17	(3) الوكالة والوديعة.....	-
17	(4) الوكالة والإيجار.....	-
20	(5) الوكالة والعمل.....	-
27	(6) الوكالة والمقاولة.....	-
	(أركان الوكالة)	
31		
31	تعداد.....	-4
	(الرضاء فى عقد الوكالة)	
31	توافق الإيجاب والقبول.....	-5
33	حالة يجبر فيها الوكيل على الوكالة.....	-6

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	(المحل فى عقد الوكالة)	-
33	تطبيق القواعد العامة.....	-7
33	الشروط الواجب توافرها فى محل عقد الوكالة.....	-8
37	جزاء تخلف شروط محل الوكالة.....	-9
38	التصرفات التى يصح أن تكون محلا للوكالة.....	-10
39	مدى سعة الوكالة.....	-11
	شروط صحة عقد الوكالة	-
	(الأهلية وعيوب الرضاء)	
	أولا : الأهلية فى عقد الوكالة	
41	(أ) - أهلية الموكل.....	-12
42	العبرة فى توافر الأهلية بوقت الوكالة ومباشرة العقد.....	-13
43	(ب) - أهلية الوكيل.....	-14
44	جزاء عدم توافر الأهلية فى الوكيل.....	-15
46	رأى فقهى مغاير فى أهلية الموكل والوكيل.....	-16
	ثانيا : عيوب الرضاء فى عقد الوكالة	-
48	عيوب الإرادة بالنسبة للوكيل الذى أبرم العقد.....	-17
49	تصرف الوكيل وفقا لتعليمات الموكل.....	-18
50	تطبيق عيوب الإرادة بالنسبة لطرفى الوكالة.....	-19
50	الغلط.....	-20

الصفحة	الموضوع	رقم البند
51	الإكراه.....	-21
	السبب فى عقد الوكالة	-
52	إحالة إلى القواعد العامة.....	-22
	مادة (700)	-
54	الوكالة الضمنية.....	-23
57	صورتان للوكالة الضمنية فى إجراءات التقاضى.....	-24
62	(1) - وكالة الزوج لزوجته.....	-25
64	(2) - وكالة الزوجة لزوجها.....	-26
66	(3) - وكالة المخدوم للمستخدم.....	-27
	(4) - الوكالة الصادرة من الشركاء على الشيوخ لشريك	-28
69	منهم فى إدارة المال الشائع.....	
72	(5) - الوكالة الصادرة للمحضر فى قبض الدين.....	-29
	هل يعتبر المستأجر نائباً نيابة ضمنية عن المساكنين له	-30
72	فى إبرام عقد الإيجار؟.....	
	هل يجب أن يسبق رضاء الموكل بالوكالة التصرف	-31
80	القانونى الذى يعقده الوكيل؟.....	
82	التوكيل على بياض.....	-32
83	التوكيل لحامله.....	-33
84	الشكل الواجب توافره فى الوكالة.....	-34
	حالة وجود نص يقضى بغير القاعدة الواردة بالمادة (700)	-35
87	مدنى.....	
87	أمثلة للتصرفات التى يشترط فيها القانون شكلاً معيناً.....	-36

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	(1) عقد الهبة بالنسبة للواهب.....	87
-	(2) محو قيد الرهن الرسمى (شطب الرهن الرسمى)	88
-	(3) عقد الشركة	88
-	(4) التصرفات التى يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق ملكية السفينة أو غيره من الحقوق العينية عليها.....	88
-37	القانون الذى يخضع له شكل العقود.....	89
-	إثبات الوكالة.....	90
-38	عبء إثبات الوكالة.....	90
-39	إثبات الوكالة الصريحة.....	92
-	(أ) - الوكالة المكتوبة.....	92
-	(ب) - الوكالة الشفوية.....	92
-40	سريان قواعد الإثبات السابقة على الغير	97
-41	إثبات الوكالة الضمنية.....	97
-	مادة (701)	
-42	المقصود بالوكالة العامة.....	102
-43	مباشرة أعمال التصرف التى تقتضيها الإدارة.....	105
-	مادة (702)	
-44	المقصود بالوكالة الخاصة.....	107
-45	هل يلزم ذكر محل التبرع فى سند الوكالة؟.....	113
-46	الوكالة الخاصة تشمل ما تقتضيه من توابع ضرورية.....	115
-47	الوكالة فى التقاضى (الخصومة).....	117

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-48	الوكالة فى المرافعة أمام القضاء.....	122
-49	درجة قيد المحامى الذى تجوز له الوكالة فى الحضور	
	أمام المحاكم.....	133
-50	جزاء حضور المحامى أمام محكمة غير مقيد للمرافعة	
	أمامها.....	149
-	الوكالة فى الطعن بالنقض	
-51	النصوص القانونية.....	149
-52	أحكام الوكالة فى الطعن بالنقض.....	150
-	(أ) - وجوب توقيع صحيفة الطعن من محام مقيد أمام	
	محكمة النقض.....	150
-	(ب) عدم اشتراط سبق الوكالة لتوقيع المحامى.....	152
-	(ج) يكفى أن يكون المحامى مقيدا أمام محكمة النقض	
	عند رفع الطعن ولو لم يكن كذلك وقت صدور التوكيل....	153
-	(د) عدم اشتراط صدور توكيل مباشر إلى المحامى الذى	
	وقع صحيفة الطعن.....	154
-	(هـ) إذا كان الطاعن محاميا مقبولا أمام محكمة النقض	
	جاز له توقيع صحيفة الطعن.....	155
-	(و) - إيداع التوكيل حتى الفصل فى الطعن.....	155
-	(ز) لا يشترط أن تكون عبارات التوكيل صريحة فى	
	إجازة الطعن بالنقض.....	158
-53	عدم المنازعة فى الوكالة.....	158
-54	عدم التوسع فى تفسير الوكالة الخاصة.....	162
-55	إثبات نطاق الوكالة.....	165

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	آثار الوكالة.....	
-	مادة (703)	
170		
170	مضمون التزام الوكيل.....	56-
171	جزاء الخروج على الحدود المرسومة للوكالة.....	57-
173	تغيير طريقة تنفيذ الوكالة بما لا يضر بالموكل.....	58-
173	إجازة الخروج على الحدود المرسومة للوكالة استثناء.....	59-
176	أثر توافر شرطى تجاوز حدود الوكالة.....	60-
179	لا يعيب الحكم الذى استظهر حدود الوكالة تزيده فى أسبابه ...	61-
180	تعاقد الوكيل مع نفسه.....	62-
-	مادة (704)	
184	التزام الوكيل التزام ببذل عناية.....	63-
184	مسئولية الوكيل عن الخطأ العادى.....	64-
190	مسئولية الوكيل عن الغش والخطأ الجسيم.....	65-
193	عدم مسئولية الوكيل عن السبب الأجنبى.....	66-
193	إثبات مسئولية الوكيل.....	67-
194	التعويض.....	68-
195	الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية.....	69-
196	تطبيقات فى مسئولية المحامى نحو موكله.....	70-
	هل يجوز للمحامى الإدلاء بالشهادة بناء على طلب موكله؟.....	70 مكررا-
198		
199	استخلاص خطأ المحامى نحو موكله مسألة تقديرية.....	71-

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (705)	-
201	التزام الوكيل بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما	-72
201	وصل إليه فى تنفيذ الوكالة.....	
202	التزام الوكيل بتقديم حساب عن الوكالة.....	-73
205	إقرار الحساب.....	-74
205	حالة تعدد الوكلاء.....	-75
206	ميعاد تقديم الحساب.....	-76
	هل يجوز الاتفاق بين الموكل والوكيل على عدم تقديم	-77
207	الحساب؟.....	
208	التزام الورثة بتقديم الحساب.....	-78
208	حالات إعفاء الوكيل من الحساب.....	-79
209	التزام الوكيل برد ما فى يده إلى الموكل.....	-80
212	مسئولية الوكيل جنائيا.....	-81
213	سقوط الالتزام بالرد بالتقادم.....	-82
	سقوط التزام المحامى برد الأوراق والمستندات والحقوق	-83
215	المرتبة على عقد الوكالة.....	
	مادة (706)	-
216	استحقاق الفوائد على الموكل فى حالتين.....	-
216	الحالة الأولى: استعمال الوكيل مال الموكل لصالح نفسه.....	-84
	الحالة الثانية: فوائد ما تبقى فى ذمة الوكيل من حساب	-85
218	الوكالة.....	
219	سعر الفائدة المستحقة فى الحالتين السابقتين.....	-86

رقم البند	الموضوع	الصفحة
87-	رد الأوراق والمستندات الخاصة بالموكل	220
88-	أحكام واردة فى قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983	
	خاصة بالتزام المحامى برد الأوراق والمستندات	221
89-	إبراء ذمة الوكيل.....	222
-	مادة (707)	
90-	سلطة الوكلاء عند تعددهم فى العمل لحساب الموكل	224
91-	جواز انفراد أحد المحامين الموكلين بالعمل	227
92-	التضامن بين الوكلاء فى المسئولية.....	227
93-	عدم مسئولية الوكلاء عند تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو	
	تعسفه فى تنفيذها.....	230
	مادة (708)	
94-	حالة عدم ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره.....	232
95-	حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره دون أن يعين	
	شخص النائب.....	236
96-	حالة ترخيص الموكل للوكيل بإنابة غيره مع تعيين	
	شخص النائب.....	238
97-	حالة ما إذا كان الوكيل ممنوعا من إنابة غيره.....	239
98-	العلاقة المباشرة بين الموكل ونائب الوكيل.....	239
	مادة (709)	
99-	الأصل أن الوكالة بدون أجر	242

الصفحة	الموضوع	رقم البند
242	الوكالة المأجورة.....	-100
245	شروط استحقاق الوكيل الأجر.....	-101
246	حالة عدم الاتفاق على مقدار الأجر.....	-102
247	تعديل القاضى للأجر.....	-103
252	عدم جواز تعديل الأجر المدفوع طوعا بعد تنفيذ الوكالة...	-104
255	فوائد الأجر.....	-105
256	أتعاب المحامى	-
256	عمل المحامى يكون بأجر.....	-106
258	أتعاب المحامى فى الحالات التى يندب فيها للدفاع عن المتهم أو المرافعة عن الخصم.....	-107
260	اتفاق الموكل والمحامى على أتعاب المحامى.....	-
260	النصوص القانونية.....	-108
273	كيفية تقدير أتعاب المحامى.....	-109
276	الاتفاق شفاهة على الأتعاب.....	-110
285	العوامل التى تراعى فى تقدير أتعاب المحامى.....	-111
289	استحقاق المحامى الأتعاب ولو كان غير مقيد أمام المحكمة المرفوع إليها الدعوى.....	-112
290	استحقاق المحامى الأتعاب ولو جوزى بالمنع من مزاوله المهنة.....	-113
291	ضمان خاص لأتعاب المحامين.....	-114
292	سقوط الأتعاب بالتقادم.....	-115

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	مادة (710)	-
296	التزام الموكل برد ما بذله الوكيل من نفقات.....	-
296	المقصود بالنفقات.....	-116
296	النفقات المقصودة هي النفقات المعتادة.....	-117
298	جواز الاتفاق على خلاف حكم المادة.....	-118
299	فوائد النفقات التي أنفقها الوكيل.....	-119
300	تقادم الالتزام برد المصروفات.....	-120
301		
302	مادة (711)	-
	شرطاً تعويض الوكيل عما يصيبه من ضرر.....	-121
306	هل يشترط ألا يكون هناك مصدر آخر للتعويض؟.....	-122
307	الإعفاء من المسؤولية وتعديلها.....	-123
	مادة (712)	-
308	تضامن الموكلين المتعددين.....	-124
310	ضمانات أخرى للوكيل تقررهما القواعد العامة.....	-125
311	مادة (713)	-
	(آثار الوكالة بالنسبة للغير)	-
311	(أ) حالة التزام الوكيل حدود الوكالة.....	-
311	أولاً: علاقة الموكل بالغير.....	-126
316	عدم انصراف أثر التصرف المبني على غش إلى الموكل	-127
318	ثانياً: علاقة الوكيل بالغير.....	-128
319	مسئولية الوكيل قبل الغير عن خطئه.....	-129

الصفحة	الموضوع	رقم البند
320	أولاً: علاقة الموكل بالغير	-130
	إقرار الموكل للتصرف الذى عقده الوكيل خارجاً عن	-131
322	حدود الوكالة.....	
328	ثانياً: علاقة الوكيل بالغير.....	-132
329	(الوكالة الظاهرة)	-
329	تعريف الوكالة الظاهرة.....	-133
329	شروط الوكالة الظاهرة.....	-134
330	الشرط الأول: أن يعمل الوكيل باسم الموكل دون نيابة....	-
	الشرط الثانى: أن يكون الغير الذى يتعامل مع الوكيل	-
332	حسن النية يعتقد أن الوكيل نائب.....	
	الشرط الثالث: أن يقوم مظهر خارجى للوكالة منسوب	-
336	للموكل.....	
	الشرط الرابع: أن يكون الموكل قد أسهم بخطئه فى	-
340	ظهور الشخص بمظهر الوكيل.....	
344	آثار توافر شروط الوكالة الظاهرة	-
344	(أ) - فيما بين الموكل والغير	-135
345	(ب) - فيما بين الموكل والوكيل الظاهر	-136
345	الأساس القانونى لنظرية الوكالة الظاهرة.....	-137
346	مسئولية الموكل نحو الغير عن خطأ وكيله.....	-138
348	(الوكيل المسخر "الذى يعمل باسم مستعار")	-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-139	المقصود بالوكيل المسخر "الذى يعمل باسم مستعار"	348
-140	الوكالة بالعمولة فى قانون التجارة تقابل التسخير فى	
	القانون المدنى.....	350
141	تمييز تسخير الوكيل عما يختلط به.....	351
-142	أمثلة لأسباب التجاء الموكل إلى تسخير الوكيل	353
-	(أ) - الأسباب المشروعة.....	353
-	(ب)- الأسباب غير المشروعة.....	355
-143	اشتراط أهلية التصرف فى الوكيل المسخر	356
-	(آثار الوكالة بالتسخير)	357
-144	النص القانونى.....	357
-	أولا : علاقة الوكيل المسخر بالغير	
-145	انصراف أثر التعاقد إلى الوكيل المسخر.....	357
-146	استثناء ان يردان على القاعدة.....	358
-147	علاقة الوكيل المسخر بأغيار آخرين	362
-	ثانيا : علاقة الموكل بالغير	364
-148	انصراف أثر التعاقد من حقوق والتزامات إلى الوكيل	
	المسخر.....	364
-149	علاقة الموكل بأغيار آخرين.....	365
-	ثالثا : علاقة الوكيل المسخر بالموكل	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-150	عقد الوكالة المستترة يحكم علاقة الوكيل المسخر بالموكل	367
-151	إجبار الوكيل المسخر على نقل الحقوق الناشئة عن	
	التصرف إلى الموكل.....	373
-152	إثبات التسخير.....	375
-	انتهاء الوكالة.....	
-	مادة (714)	
-153	(أ) - إتمام العمل الموكل فيه.....	377
-154	(ب) - انتهاء الأجل المعين للوكالة.....	378
-	(ج) - موت الموكل أو الوكيل.....	380
-155	أولاً: موت الموكل.....	380
-156	الاحتجاج بموت الموكل لا يكون إلا من تاريخ العلم	
	بالموت.....	382
-157	الوكالة الصادرة لمصلحة الوكيل أو الأجنبي.....	383
-158	انتهاء الوكالة بموت الموكل لا يتعلق بالنظام العام.....	384
-159	ثانياً: موت الوكيل.....	385
-160	التزامات ورثة الوكيل.....	386
-161	تنظيم قانون المحاماة لانتهاء وكالة المحامي في موته.....	387
-	مادة (715)	
-162	عزل الوكيل.....	389
-163	متى ينتج العزل أثره؟.....	392
-164	حالة تعدد الوكلاء أو الموكلين.....	394

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-165	الحالة الأولى: تعويض الوكيل إذا كانت الوكالة بأجر	395
-166	الاتفاق على إعفاء الموكل من المسؤولية فى حالة عزله.....	400
-167	الحالة الثانية: عدم جواز إلغاء أو تقييد الوكالة الصادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى إلا برضاء الوكيل	401
-168	لا يجوز الاتفاق على عدم عزل الوكيل	403
-	مادة (716)	405
-169	الأصل أن للوكيل حق التنحى عن الوكالة.....	405
-170	تعدد الموكلين.....	406
-171	لا يجوز الاتفاق على عدم تنحى الوكيل	406
-172	الحالة الأولى: إذا كانت الوكالة بأجر	407
-173	الحالة الثانية: إذا كانت الوكالة صادرة لصالح أجنبى ...	410
-174	تنحى المحامى عن الوكالة.....	410
-175	أسباب أخرى إلى انتهاء الوكالة طبقا للقواعد العامة.....	413
-	مادة (717)	417
-176	أحكام تترتب على انتهاء الوكالة أيا كان سبب انتهائها	417
-	الفصل الرابع	
-	الوديعة	
		420

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	مادة (718)	
177-	التنظيم التشريعى لعقد الودیعة.....	420
178-	تعریف عقد الودیعة.....	421
179-	خصائص عقد الودیعة.....	422
180-	تمییز عقد الودیعة عما یشتبه به من العقود الأخرى.....	427
-	(أ) - الودیعة والبیع.....	427
-	(ب) - الودیعة والإیجار.....	428
-	(ج) - الودیعة وعاریة الاستعمال.....	429
-	(د) - الودیعة والمقاولة.....	430
-	(أركان عقد الودیعة)	431
181-	تعداد.....	431
	أولا : التراضى فى عقد الودیعة	431
182-	توافق الإیجاب والقبول.....	431
183-	من یملك حق الإیداء ؟.....	431
-	ثانيا : المحل والسبب فى عقد الودیعة	433
184-	المحل فى عقد الودیعة.....	433
185-	الأشياء التى یجوز إیداؤها.....	433
186-	السبب فى عقد الودیعة.....	435
-	إثبات عقد الودیعة.....	
187-	أولا: فیما بین المتعاقدين.....	435

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-188	هل تسرى قواعد الإثبات السابقة فى المسائل الجنائية؟ ...	437
-189	ثانيا: بالنسبة للغير	439
-	(شروط صحة عقد الوديعة)	
-	(الأهلية وعيوب الرضا)	
-	(أولا : الأهلية فى عقد الوديعة)	
-190	(أ) - أهلية المودع.....	440
-191	(ب) - أهلية الوديع	441
-192	عيوب الرضاء فى عقد الوديعة	442
-	1 - التزامات المودع عنده :	
-	مادة (719)	
-193	التزام المودع عنده بتسلم الوديعة.....	443
-194	جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم	445
-	مادة (720)	
-195	حفظ الشيء المودع هو الالتزام الجوهري فى عقد الوديعة	446
-196	الالتزام بحفظ الوديعة التزام ببذل عناية.....	446
-197	(أ) - الوديعة غير المأجورة.....	446
-198	(ب) - الوديع المأجور	448
-199	أمثلة للعناية الواجبة على الوديع فى الوديعة المأجورة	450

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	والوديعة غير المأجورة.....	
200-	تعدد المودع عندهم.....	452
201-	عدم مسئولية الوديع عن السبب الأجنبي.....	452
202-	الاتفاق على تعديل المسئولية.....	453
203-	التزام الوديع بعدم استعمال الشيء المودع.....	453
204-	جزاء مخالفة عدم الاستعمال.....	456
-	مادة (721)	
205-	إحلال الوديع شخصا آخر محله.....	457
206-	جزاء مخالفة الالتزام.....	458
-	مادة (722)	
207-	وجوب رد الشيء المودع بعينه.....	460
208-	رد ثمار الشيء المودع.....	464
209-	احتساب الفوائد.....	465
210-	احتساب الفوائد عند التصريح باستعمال الوديعة.....	466
211-	تقويم الوديعة عند العجز عن الرد.....	467
212-	سرقة الوديعة.....	468
213-	تصرف المودع عنده في الوديعة.....	470
214-	لمن ترد الوديعة؟.....	470
215-	هل يجوز رد الوديعة لنائب المودع؟.....	471
216-	تغير أهلية المودع قبل الرد.....	472

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-217	اشتراط المودع رد الوديعة إلى شخص من الغير	472
-218	رد الوديعة في حالة وفاة المودع.....	473
-219	وقت الرد.....	475
-220	مكان الرد.....	477
-221	مصاريق الرد	478
-222	موانع الرد المشروعة.....	479
-223	موانع غير مشروعة للرد.....	482
-	جزاء الإخلال بالتزام الرد.....	484
-224	(أ) - جزاء مدنى.....	484
-225	(ب) جزاء جنائى.....	485
-	مادة (723)	488
-226	تصرف وارث الوديع بحسن نية فى الوديعة.....	488
-	مادة (724)	490
-227	حالة عدم الاتفاق على أجر.....	490
-228	حالة الاتفاق على أجر.....	490
-229	هل يلزم المالك الحقيقى بدفع الأجر ؟	491
-230	وقت الوفاء بالأجر.....	491
-	مادة (725)	493
-231	المصرفات التى ترد إلى الوديع.....	493
-232	سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية.....	494

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-233	حالة تعدد المودعين.....	495
-234	حق الوديع فى التعويض عما يصيبه من ضرر	495
-235	حالة تعدد المودع لديهم.....	496
-236	ضمانات الوديع.....	497
-	(انتهاء الوديعة)	499
-237	تعداد.....	499
-238	أسباب انتهاء الوديعة.....	499
-	(1) انقضاء الأجل.....	499
-	(2) رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل	500
-	(3) موت الوديع.....	500
-	(4) هلاك الوديعة بقوة قاهرة أو حادث فجائى.....	501
-239	سقوط الحق فى الوديعة بالتقادم.....	501
-	2- بعض أنواع الوديعة :	
-	مادة (726)	503
-240	تمهيد.....	503
-241	تعريف الوديعة الشاذة (الناقصة).....	503
-242	جواز أن تكون وديعة النقود والأشياء الأخرى القابلة للاستهلاك وديعة عادية.....	506
-243	آثار اعتبار الوديعة وديعة ناقصة.....	507
-	(النوع الثانى)	510

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الوديعة الاضطرارية (Dépôt nécessaire)	
244-	تعريف الوديعة الاضطرارية.....	510
245-	شرط الوديعة الاضطرارية.....	511
246-	هل يشترط أن يكون الخطر غير متوقع؟.....	514
247-	أحكام الوديعة الاضطرارية.....	515
-	مادة (727)	519
248-	وديعة الفنادق والخانات وما ماثلها من قبيل الوديعة الاضطرارية.....	519
249-	(أ) - المودع عندهم.....	521
250-	(ب) - الأشياء المودعة.....	523
251-	(ج) - كيفية انعقاد الوديعة.....	524
252-	إثبات الوديعة.....	524
	مسئولية الوديع عن الوديعة.....	
253-	(أ) - نطاق مسؤولية الوديع.....	525
254-	(ب) تخلص الوديع من المسؤولية.....	526
255-	(ج) - تحديد قيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة.....	528
-	مادة (728)	531
256-	(د) سقوط حقوق المسافرين قبل صاحب الفندق أو الخان...	531

الصفحة	الموضوع	رقم البند
533	(هـ) - الاتفاق على تشديد مسؤولية الوديع.....	-257
	(و) - هل يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من	-258
534	مسئولية الوديع؟.....	
536	(ز) - عقوبة تبديد الوديعة.....	-259
	الفصل الخامس	-
	الحراسة	
	مادة (729)	-
537	تعريف الحراسة.....	-260
538	أهمية الحراسة.....	-261
539	أنواع الحراسة.....	-262
539	(1) الحراسة الاتفاقية.....	-
539	(2) الحراسة القضائية.....	-
539	(3) الحراسة القانونية.....	-
540	(4) الحراسة الإدارية.....	-
540	(5) حراسة الطوارئ.....	-
541	(6) حراسة التعبئة.....	-
541	تمييز الحراسة عن غيرها من العقود.....	-
541	(أ) الفرق بين الحراسة والوديعة.....	263
544	(ب) الفرق بين الحراسة والوكالة.....	-264
545	تعريف الحراسة القضائية.....	-265
548	الفرق بين الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية.....	-266

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-267	الشروط الواجب توافرها في المال محل الحراسة.....	550
-268	أولا: قابلية المال للتعامل فيه	550
-269	هل يجوز فرض الحراسة على أموال هيئات وشركات القطاع العام؟	553
-270	هل يجوز فرض الحراسة على أموال الشركات الخاضعة لأحكام القانون رقم 203 لسنة 1991 بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام؟	555
-271	ثانيا: أن يكون المال قابلا للحجز عليه	558
-272	ثالثا: أن يكون المال قابلا لإدارته بواسطة الغير	560
-273	هل يجوز فرض الحراسة على الحقوق المعنوية؟	566
-274	فرض الحراسة على مجموع من المال.....	568
-275	رابعا: أن يكون المال متصلا بموضوع الدعوى.....	569
-	حالتان يجوز فيهما فرض الحراسة القضائية.....	570
-	(الحالة الأولى)	
	قيام نزال جدى فى شأن المال	
-276	المقصود بهذه الحالة	570
-277	يشترط أن يكون النزاع جديا.....	572
-278	تقدير النزاع متروك لقاضى الموضوع.....	573
-	أمثلة للنزاع الذى يبرر وضع المال تحت الحراسة القضائية	575
-279	أولا: النزاع على الملكية أو الحيازة.....	575
-280	ثانيا: النزاع بين الراسى عليه المزداد والمدين المنزوعة	576

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	ملكيتته والدائنين.....	
281-	هل يجوز وضع العين المبيعة تحت الحراسة القضائية	
577	حتى يفصل فى موضوع المزاد الثانى؟.....	
282-	ثالثا: النزاع بين البائع والمشتري.....	
283-	أمثلة للحالات التى يجوز فيها لكل من البائع والمشتري	
579	طلب فرض الحراسة القضائية على الشئ المبيع.....	
579	(أ) طلب فرض الحراسة القضائية بناء على طلب البائع	-
581	(ب) فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المشتري	
582	حكم الاتفاق بين البائع والمشتري على فرض الحراسة.....	284-
582	رابعا: النزاع بين المؤجر والمستأجر.....	285-
583	(أ) فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المؤجر.....	286-
587	(ب) طلب فرض الحراسة القضائية بناء على طلب المستأجر.....	
587	الحالة الأولى: فرض الحراسة القضائية فى حالة عدم تسليم العين المؤجرة صالحة للاستعمال.....	287-
588	الحق أو الميزة.....	288-
589	الحق والميزة طبقا لأحكام القانون رقم 49 لسنة 1977:	-
589	المقصود بالحق والميزة.....	289-
591	هل يشترط أن يكون الحرمان من الحق أو الميزة عن عمد؟.....	290-
591	اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإعادة الحق أو الميزة.....	291-

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-292	حكم القاضى المستعجل بإعادة الحق أو الميزة.....	592
-293	منازعة المؤجر فى قيمة التكاليف.....	592
-294	قيام المستأجر بإعادة الحق أو الميزة بدون ترخيص	592
-295	قيام الجهة الإدارية بإعادة الحق أو الميزة.....	593
-296	هل يجوز للجهة الإدارية تنفيذ حكم القاضى المستعجل من تلقاء نفسها؟.....	593
-297	توزيع تكلفة الإعادة على كل من المالك والمستأجر.....	594
-298	حالة عدم إمكان إعادة الحق أو الميزة.....	595
-299	متى يجوز فرض الحراسة القضائية لإعادة الحق أو الميزة فى ظل أحكام القانون رقم 49 لسنة 1977؟.....	596
-300	الوضع بالنسبة للأماكن التى تخضع لأحكام التقنين المدنى.....	598
-301	حكم خاص بالأماكن المخصصة لإيواء السيارات وتركيب المساعد وتوفير اشتراطات تأمين المبنى وشاغليه ضد أخطار الحريق.....	600
-302	خامسا: النزاع على التركات.....	601
-303	هل يجوز امتداد الحراسة إلى أعيان التركة الموجودة فى بلد أجنبى؟.....	615
-304	سادسا: النزاع المتعلق بالمال الشائع.....	615
-305	النزاع على الملكية.....	616
-306	(ب) النزاع على الإدارة.....	617
-307	رفع دعوى القسمة لا يكفى بذاته لفرض الحراسة القضائية	619
-308	الحراسة على حصة شائعة.....	620

رقم البند	الموضوع	الصفحة
309-	لا يجوز تعيين كل شريك حارسا على نصيبه فى المال الشائع.....	620
310-	وجوب توافر النزاع لفرض الحراسة على المال الشائع.....	621
311-	(ج) - النزاع على الديون التى يتحملها المال الشائع.....	622
312-	هل يجوز فرض الحراسة القضائية على المال الشائع استيفاء لدين على أحد الشركاء؟.....	623
313-	سابعا: الحراسة القضائية على الطبقات والشقق.....	624
314-	ثامنا: النزاع المتعلق بالشركات والجمعيات والنقابات.....	629
-	(الحالة الثانية)	
	أن يكون الحق فى المال غير ثابت	
315-	المقصود بهذه الحالة.....	639
316-	ضرورة توافر الخطر العاجل.....	642
-	مادة (730)	
317-	فرض الحراسة القضائية إذا كان صاحب المصلحة فى منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه.....	643
318-	مضمون هذه الحالة.....	643
319-	تطبيقات عملية لهذه الصورة.....	649
320-	هل يجوز وضع الحراسة على أموال المدين المعسر؟.....	652
-	(الحراسة القانونية)	
		656

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-321	المقصود بالحراسة القانونية.....	656
-322	أولاً: الحراسة على الأشياء محل الوفاء.....	656
-323	ثانياً: الحراسة على الشيء الذى ترتب عليه حق انتفاع بعد نزعها من تحت يد المنتفع.....	659
-324	ثالثاً: الحراسة على الشيء المرهون رهناً حيازياً.....	661
-325	رابعاً: تخلية العقار المرهون وتعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية.....	662
-326	خامساً: وضع الدائن المنقول المتقل بحق امتياز لمصلحته تحت الحراسة.....	663
-327	سادساً: تعيين حارس على المنقولات المحجوز عليها.....	664
-328	سابعاً: وضع العقار المحجوز عليه تحت الحراسة.....	670
-	مادة (731)	676
-329	عدم ورود أسباب الحراسة على الوقف على سبيل الحصر.....	676
-	حالات الحراسة القضائية على الوقف المنصوص عليها فى المادة (أولاً)	
-	حالات الحراسة التى ترجع إلى نظارة الوقف (أ) إذا كان الوقف شاغراً.....	
-330		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-331	(ب) إذا قام نزاع بين نظار الوقف أو نزاع من أشخاص يدعون حق النظر عليه.....	
-332	(ج) إذا كانت هناك دعوى مرفوعة بعزل الناظر.....	
-333	يشترط لفرض الحراسة فى الحالات الثلاث السالفة الذكر أن يتبين أن الحراسة إجراء لابد منه للمحافظة على ما قد يكون لذوى الشأن من الحقوق.....	
-334	وضع الحراسة بسبب نظارة الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952.....	
-	(ثانيا)	
	حالات الحراسة التى ترجع إلى مديونية الوقف	
-335	(أ) الحراسة بسبب مديونية الوقف.....	694
-336	يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين.....	695
-337	وضع الحراسة بسبب مديونية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952.....	696
-338	(ب) الحراسة بسبب مديونية المستحق المعسر.....	698
-339	يشترط أن تكون الحراسة هى الوسيلة الوحيدة لعدم ضياع حقوق الدائنين.....	700
-340	إقامة حارس قضائى على الوقف يجعل الحارس بمثابة ناظر مؤقت.....	700
-341	وضع الحراسة بسبب مديونية المستحق بعد إلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952.....	703

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-342	ضرورة توافر الخطر العاجل فى كافة حالات الحراسة.....	706
-343	المقصود بالخطر العاجل.....	707
-344	تقدير الخطر الموضوعى.....	711
-345	هل ينفى ركن الخطر العاجل مضى وقت طويل على	
-346	رفع دعوى الحراسة؟.....	713
-347	أمثلة للحالات التى يتوافر فيها ركن الخطر العاجل الذى	
-348	يبيرر فرض الحراسة القضائية.....	716
-347	الخطر العاجل ركن موضوعى فى الحراسة.....	719
-348	تحويل طلبات الخصم.....	728
-	الاختصاص بنظر دعوى الحراسة القضائية	
	(أولاً)	
	الاختصاص النوعى	
-349	المحكمة المختصة نوعياً.....	729
	(ثانياً)	
	الاختصاص المحلى	
-350	(أ) حالة رفع دعوى الحراسة أمام القضاء المستعجل.....	736
-351	حالة رفع دعوى الحراسة بالتبعية أمام محكمة الموضوع...	739
-352	عدم تعلق الاختصاص المحلى بالنظام العام.....	739

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(ثالثا) اختصاص القضاء الإدارى ولائيا بنظر بعض دعاوى الحراسة	
353-	مضمون هذا الاختصاص	740
354-	هل يجوز رفع دعوى الحراسة استقلالا أمام القضاء الإدارى؟.....	748
355-	(أ)- فى حالة رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل	751
356-	(ب)- فى حالة رفع الدعوى بطريقة التبعية إلى محكمة الموضوع.....	752
357-	هل يجوز طلب فرض الحراسة القضائية بأمر على عريضة؟.....	752
358-	الأشخاص الواجب اختصاصهم فى دعوى الحراسة	754
359-	وجوب توافر المصلحة والصفة فى دعوى الحراسة	754
360-	لا محل للتصدى لطلب فرض الحراسة الذى يرفع تبعا لدعوى الموضوع إذا قضت المحكمة برفضها.....	755
361-	دعوى الحراسة لا تقطع التقادم	755
	مادة (732)	757
362-	التمييز بين وضع المال تحت الحراسة وتعيين الحارس القضائى.....	757
363-	هل يلزم القاضى بتعيين الحارس الذى يختاره أصحاب	758

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الأغلبية في المال الشائع؟.....	
364-	تعيين أحد الطرفين حارسا.....	760
365-	هل تصلح المرأة حارسا؟.....	766
366-	هل يجوز تعيين أكثر من حارس؟.....	767
367-	تعيين الحارس على الشركات والمحال التجارية.....	767
368-	عدم إسناد الحراسة إلى رؤساء الدول.....	767
369-	تعيين حارس أجنبي عن الطرفين.....	768
370-	إثبات المطاعن الموجهة إلى شخص المرشح للحراسة.....	769
371-	وجوب قبول الحارس الحراسة.....	769
372-	التكليف القانوني لصفة الحارس القضائي.....	770
	الحكم بالحراسة	
		773
373-	إصدار حكم الحراسة.....	773
374-	النفاز المعجل واجب لحكم الحراسة.....	774
375-	إعطاء صورة بسيطة وصورة تنفيذية من حكم الحراسة.....	774
376-	تصحيح الحكم وتفسيره.....	775
377-	إغفال الحكم في بعض الطلبات.....	776
378-	حجية حكم الحراسة.....	776
379-	من يلزم بمصاريف دعوى الحراسة؟.....	784
	الطعن في حكم الحراسة	
		787
380-	الطعن في حكم الحراسة بالاستئناف.....	787

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-381	الطعن فى حكم الحراسة بالنقض.....	789
-382	مدى رقابة محكمة النقض على أحكام الحراسة.....	792
382	هل يجوز الطعن فى حكم الحراسة بالتماس إعادة النظر؟	
مكررا		793
-	الآثار التى تترتب على حكم الحراسة	795
-383	ثبوت صفة الحارس بمجرد صدور الحكم بتعيينه.....	795
-384	تقرير صفة الحارس بمقتضى الحكم لا يعنى إجبار	
	الحارس على الحراسة.....	799
-385	لزوم إعلان حكم الحراسة للتنفيذ الجبرى وجواز التنفيذ	
	بمسودته.....	799
-386	شمول الحراسة الشيء الأصلى المتنازع عليه وتوابعه.....	800
-387	أثر حكم الحراسة على الشريك فى العين الموضوعة تحت	
	الحراسة.....	802
-388	أثر حكم الحراسة على مستأجر العين.....	803
-389	أثر حكم الحراسة على حقوق الدائنين.....	805
-390	أثر حكم الحراسة على حقوق المالك.....	806
-391	الصعوبات التى تعترض الحارس عند تنفيذ حكم الحراسة.	810
-	مادة (733)	811
-392	كيفية بيان التزامات الحارس وحقوقه.....	811
-	مادة (734)	816
-	التزامات الحارس:.....	
-393	الالتزام الأول: التزام الحارس بتسلم الأموال الموضوعة	816

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	تحت الحراسة.....	
-394	الالتزام الثانى: التزام الحارس بالمحافظة على الأموال	818
	الموضوعة تحت الحراسة.....	
-395	الالتزام الثالث: التزام الحارس بإدارة الأموال الموضوعة	818
	تحت الحراسة.....	
-396	سلطة الحارس فى رفع الدعاوى.....	822
-397	هل يجوز للحارس أن يعقد صلحا مع المستأجرين أو أن	
	ينزل عن جزء من الأجرة؟.....	834
-398	التزام الحارس ببذل عناية الرجل المعتاد فى القيام بأعمال	
	الحفظ والإدارة.....	840
-	سلطة الحارس فى التصرف:.....	
-399	(أ) - أعمال التصرف التى ينفرد بها المالك.....	843
-400	عدم جواز إحلال الحارس أحد ذوى الشأن فى حفظ المال	
	أو إدارته دون رضاء الآخرين.....	844
-	مادة (735)	
	أعمال التصرف التى ينفرد بها المالك.....	848
-401	أعمال التصرف المخولة للحارس.....	848
-402	أعمال التصرف المخولة للحارس.....	848
-	مادة (736)	
	أجر الحارس القضائى.....	851
-403	أجر الحارس القضائى.....	851
-404	كيفية تقدير أجر الحارس.....	852
-405	من يلزم بأجر الحارس؟.....	853

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-406	الاختصاص بتقدير أجر الحارس.....	855
-407	حق الحارس فى استرداد المصروفات.....	858
-408	من يلزم بالمصاريف التى أنفقها الحارس؟.....	859
-409	الاختصاص بالفصل فى المصاريف.....	859
-410	حق الحارس فى التعويض.....	860
-411	هل يلتزم طرفا الحراسة بالتضامن بأجر الحارس ومصاريفه والتعويض المستحق له؟.....	860
-412	حق الحبس والامتياز.....	861
-	المسئولية المدنية الناشئة عن	
-	الحراسة القضائية	
-413	تمهيد.....	863
-	أولا : مسئولية الحارس القضائى عن أعماله	
-	فى الحراسة	
-414	أحكام هذه المسئولية.....	863
-415	أركان المسئولية.....	868
-416	إثبات المسئولية.....	870
-417	مسئولية الحارس القضائى عن أعمال مساعديه.....	871
-	ثانيا : مسئولية الحراسة قبل الغير عن	
-	أعمال الحراسة	
		873

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-418	أحكام المسؤولية.....	873
-419	عدم مسؤولية وزارة العدل عن خطأ الحارس القضائي	874
-	تعديل مأمورية الحارس القضائي	
-420	دواعي تعديل مأمورية الحارس القضائي.....	875
-421	الخصوم في دعوى تعديل مأمورية الحارس القضائي.....	876
-422	المحكمة المختصة بدعوى تعديل مهمة الحارس القضائي	876
-	استبدال الحارس القضائي	
-423	متى يجوز استبدال الحارس؟.....	877
-424	من يطلب استبدال الحارس؟.....	878
-425	من يختصم في دعوى استبدال الحارس؟.....	878
-426	المحكمة المختصة باستبدال الحارس.....	879
-427	سلطة المحكمة في استبدال الحارس.....	881
-428	أثر القضاء باستبدال الحارس.....	883
-429	استبدال الحارس على المحجوزات.....	884
-	تنحى الحارس القضائي عن الحراسة	
-430	المحكمة المختصة بطلب التنحى أو الإغفاء من الحراسة.....	885
-	مادة (737)	
-431	التزام الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة وتقديم حساب .	887
-	مادة (838)	
-432	انتهاء الحراسة القضائية اتفاقا أو قضاء.....	893
-433	أولا: انتهاء الحراسة اتفاقا.....	893

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-434	ثانيا: انتهاء الحراسة قضاء	894
-435	آثار انتهاء الحراسة.....	896
-436	المحكمة المختصة بإنهاء الحراسة.....	898
-437	دعوى إنهاء الحراسة التى ترفع من الغير	899
-438	الاستشكال فى تنفيذ حكم الحراسة.....	899
-439	متى يجب رد الأشياء المعهودة إلى الحارس حراستها؟.....	899
-440	لمن يكون الرد؟.....	901
-441	ما يجب رده.....	902
-442	تقادم التزامات الحارس بمضى خمس عشرة سنة.....	903
-443	أثر تجاوز الحارس سلطاته.....	904
-444	إقرار القضاء أو الأصيل للأعمال التى يجاوز فيها الحارس حدود مهمته.....	906
-	الباب الرابع	
-	عقود الغرر	
-	الفصل الأول	
-	المقامرة والرهان	
-	مادة (739)	
-445	التنظيم التشريعى للمقامرة والرهان	910
-446	تعريف المقامرة والرهان	911

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-447	أوجه الشبه والاختلاف بين عقدي المقامرة والرهان.....	912
-448	خصائص عقود المقامرة والرهان.....	913
-449	بطلان المقامرة والرهان.....	913
-450	إثبات المقامرة والرهان.....	914
-451	بطلان الصلح والتحكيم على دين المقامرة أو الرهان.....	915
-452	آثار البطلان.....	915
-453	دعوى الاسترداد.....	916
-454	تقادم دعوى الاسترداد.....	917
-455	القرض للمقامرة أو الرهان.....	917
-	(الجزاء الجنائي على المقامرة والرهان في قانون العقوبات)	
-456	النصوص القانونية.....	918
-457	الجريمة الأولى: الجريمة المنصوص عليها بالمادة 352	918
-458	عقوبات.....	918
-458	عقوبة الجريمة.....	923
-459	الجريمة الثانية: الجريمة المنصوص عليها بالمادة 353	923
-	عقوبات.....	925
-	(أحكام المقامرة والرهان في القانون رقم 371	
		927

الصفحة	الموضوع	رقم البند
	لسنة 1956 " المعدل " فى شأن المحال العامة)	
927	النصوص القانونية.....	-460
929	المقصود بأعمال القمار	-461
935	المقصود بالمحل العام.....	-462
939	لا تأثيم للعب القمار فى الطريق العام.....	-463
	جواز أن يكون الربح شيئاً آخر غير النقود وعدم اشتراط	-464
939	قبض الربح.....	
940	الجرائم المعاقب عليها.....	-
940	الجريمة الأولى.....	-465
942	عقوبة الجريمة.....	-466
942	الاشتراك فى جريمة لعب القمار بمحل عام.....	-467
	الجريمة الثانية: ترك مستغل المحل ومديره والمشرف	-468
943	على أعمال فيه أى شخص يمارس لعب القمار.....	
947	عقوبة الجريمة.....	-469
	عقوبة المقامر طبقاً للمرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945	-470
947	(المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم.....	
949	مادة (740)	-
	استثناءان من تحريم المقامرة والرهان	-
949	الاستثناء الأول	

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية	
-471	وجوب أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم.....	950
-472	جواز تخفيض قيمة الرهان.....	951
-	الاستثناء الثانى	
	أوراق النصيب المرخص بها	
-473	الأصل أن أعمال النصيب من أعمال المقامرة.....	952
-474	أعمال النصيب المجانية.....	952
-475	تنظيم أعمال اليانصيب بالقانون رقم 93 لسنة 1973 بنظام اليانصيب.....	953
-476	مشروعية أعمال اليانصيب المرخص بها من الناحية المدنية.....	955
-	المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما	
	من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة المرخص بها	
-477	التنظيم التشريعى للمراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة.....	958
-478	تحريم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب.....	960
-479	جواز المراهنة بإذن خاص من وزير الشؤون البلدية	961

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	والقروية.....	
-480	عدم مشروعية الرهان بإذن خاص من الناحية المدنية.....	962
-481	جريمة التراهن مستحدثة بالقانون رقم 135 لسنة 1947....	963
-482	أركان جريمة الرهان.....	964
-483	عقوبة الجريمة.....	966
-	(البيوع الآجلة فى البورصة)	968
-484	النص القانونى.....	968
-485	المقصود بالعمليات الواردة بالمادة.....	968
-486	شروط صحة هذه العمليات.....	970
-	الفصل الثانى	
	المرتب مدى الحياة	
	مادة (741)	
-487	تعريف المرتب مدى الحياة.....	971
-488	أوجه الشبه بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم ...	971
-489	أوجه الخلاف بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم .	972
-490	طبيعة المرتب مدى الحياة.....	972
-491	المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية.....	975
-	تطبيقات لاعتبار المرتب مدى الحياة عقدا احتماليا.....	976
-492	(أ) - مرتب قرر مدة حياة شخص وجد ميتا.....	976
-493	(ب) - تأقيت المرتب.....	977

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مادة (742)	979
-494	لمن يتقرر المرتب مدى حياته؟.....	979
-	مادة (743)	982
-495	شكل العقد.....	982
-	مادة (744)	983
-496	الأصل قابلية المرتب للحجز والتحويل.....	983
-497	سقوط المرتب وأقساطه بالتقادم.....	984
-	مادة (745)	985
-498	كيفية أداء أقساط المرتب.....	985
-499	المرتب غير قابل للاستبدال.....	986
-	مادة (746)	988
-500	(أ) - التنفيذ العيني.....	988
-501	(ب) - فسخ العقد.....	989
-502	انقضاء عقد المرتب مدى الحياة.....	991
-	محتويات المجلد التاسع.....	993

