

القسم الأول **الإلتزامات أو الحقوق الشخصية**

الكتاب الأول **الإلتزامات بوجه عام**

(مصادر الإلتزام - أثار الإلتزام - الاوصاف - المدلة لأثر
الإلتزام انتقال الإلتزام - إنقضاء الإلتزام - اثبات الإلتزام)

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول – العقد

أركان العقد

مادة (٨٩)

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٩ لبيي و ٩٢ سوري و ٨٥ و ٩٠ عراقي و ٧٣ سوداني و ١٦٥ و ١٧٨

لبناني.

الأعمال التحضيرية:

قطع المشرع بإثبات مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص، فلم يتطلب لإنعقاد العقد توافق إرادتين، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين - وفي الغالبية العظمى من الأحوال، يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر، ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل^(١).

راى الفقه:

١ - فالتراضى هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التى تنتجها لأحداث أثر قانونى معين هو إنشاء الالتزام، والإرادة بهذا التحديد هى التصرف القانونى وهو اهم من العقد، لان التصرف إرادة، العقد فإرادتان متطابقتان، والقواعد التى تسرى على العقد هى بعينها التى تسرى على القانونى، إذا استثنينا منها تلك التى يقتضيها توافق الإرادتين.

ولابد ان تصدر الإرادة من صاحبها بنية أحداث أثر قانونى هو إنشاء الالتزام، فالإرادة لا يمكن ان تصدر من شخص معدوم التمييز (كالطفل غير المميز، والمجنون، والسكران)، ولابد ان تنتج الإرادة إتجاها جديا لأحداث أثر قانونى، فلا يعتد بإرادة الهازل، ولا بالإرادة الصورية^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٤ - ص ٩ و ١٠.

(٢) الوسيط - جزء ١ - مصادر الالتزام - الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري - طبعة ١٩٥٢ - ص ١٧٠، وما بعدها، وكتابه: الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام - طبعة ١٩٦٦ - ص ٤٨ وما بعدها.

٢ - يقصد بالتراضي ان يوجد الرضا من المتعاقدين على امر معين، والرضا هو إرادة امر عن ادراك له وقصد اليه، ويعبر الشخص عن رضاه بالتعاقد عادة، كأن يقول بعت لك هذا المنزل بعشر الاف دينار، ويسمى هذا التعبير عن الرضا: (إيجاباً)، فإذا صدر (قبول) ممن وجه إليه الإيجاب، تم التراضي على العقد. ومنهما تتكون صيغة التراضي سواء في الشريعة الاسلامية أو في التشريعات العربية. على ان العقد لا ينعقد الا إذا طابق القبول الإيجاب وإقترن به وقد أثبت الشارع خيارات تضمن إنعقاد العقد بالتراضي، كما ان هناك صوراً خاصة للتراضي^(١).

٣ - يمكن القول بالنظر إلى الأحكام التي جاء بها القانون السوري في نظرية العقد، ان هذه الأحكام تسير في ظل مبدأ سلطان الإرادة العقدية ذلك المبدأ الأعظم الذي يسود سلطانه نظرية العقد في جميع ادواره وخاصة وأثاره بالحدود والقيود التي إستقر عليها مبدأ سلطان الإرادة هذه المشرع الحديث.

ان مبدأ سلطان الإرادة النظري تنفرع عنه عمليات في التطبيق القانوني في ثلاثة مبادئ هامة هي :

مبدأ رضائية العقد - ومبدأ حرية التعاقد - ومبدأ القوة الملزمة في العقد فالعقد الرضائي هو الذي يتم إنعقاده بمجرد التراضي بين الطرفين، والعقد الشكلي هو الذي لا يكفي لإنعقاده مجرد التراضي، بل لابد من توافر بعض مراسم شكلية يشترطها القانون لإنعقاد العقد كالكتابة العادية أو الكتابة الموثقة (الرسمية) أو التسجيل وهي إشارة إلى ان العقد تقيد في سجل رسمي مخصوص كالسجل العقاري.

ان مبدأ سلطان الإرادة يرمى إلى تحرير العقد من المراسم الشكلية التي كانت تسوده وترهق الإرادة في القديم، ولذا يقضى مبدأ سلطان الإرادة ان تكون العقود رضائية، بحيث تتعقد وتنتج أثارها بمجرد إتفاق الإرادتين، لان العقد مادام من عمل الإرادة وتصرفها، فمن الواجب ان تكون تلك هي المعمول عليها والمنظور إليها في إنشاء هذا التصرف.

ان التشريع الحديث يأخذ بالشكلية من مبدأ الرضائية، حيث تقتضيها المصلحة على أساس ان الشكلية تنزل قيدياً على الإرادة ولا تحل محلها فالإرادة هي الركن والشكلية ليست سوى شريطة في هذا الركن.

والقانون السوري قد جرى على هذا الأساس، فأتخذ مبدأ رضائية العقد أصلاً، ووجب مراعاة ما يفرضه القانون من مراسم شكلية^(٢).

٤ - تقرر المادة ٨٥ من التقنين المدني العراقي بأنه: "إذا اوجب احد العاقدین يلزم لإنعقاد العقد قبول الآخر على الوجه المطابق للإيجاب"، وهي تقابل القسم الأول من المادة ١٧٧ من مجلة الأحكام العدلية مع بعض التعديل الذي يجعل الحكم عاماً على العقود جميعاً لا خاصاً بعقد البيع. ويتطابق القبول الإيجاب إذا إتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، اما الإتفاق على بعض هذه المسائل، فلا يكفي

(١) نظرية الإلتزام في الشريعة الاسلامية التشريعات العربية لكتاب الأول - مصادر الإلتزام (العقود والعهود) - الدكتور عبد الناصر المطار - طبعة ١٩٧٥ - ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) القانون المدني - السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - البحوث العربية - طبعة ١٩٦٩ - ص ٢٨ وما بعدها.

لإلزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة، وإذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهذا الحكم من النقيض العراقي هو مجرد تفسير وإحترام لنية المتعاقدين، فهو يفترض انهم قصدوا إتمام العقد بصورة نهائية على إتفاقهم إتفاقا كاملا على جميع الشروط التي تفاوضوا فيها، وفي حالة الاتفاق على المسائل الجوهرية جميعا وتحديد بعض المسائل التفصيلية التي لم يتفق العقد عليها والإحتفاظ بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد، وقد قرر المشرع إنعقاد العقد في هذه الحالة على الرغم من عدم الاتفاق على هذه المسائل الأخيرة، وفي هذه الحالة يتولى القاضى امر الفصل في المسائل التفصيلية التي ارجئ الاتفاق عليها إذا لم يتوصل المتعاقدان إلى إتفاق بشأنها وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى فهو لا يقتصر على تفسير ما إتفق عليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى إستكمال بعض نقاط النقص في العهد، فهو بذلك يساهم في صنع العقد. ويلاحظ ان المشرع قدم للقاضى بعض عناصر التوجيه والارشاد التي تهديه في هذه المهمة وهي طبيعة الموضوع، والقواعد القانونية العامة، والعرف وقواعد العدالة.

وليس في قواعد القانون العامة ما يمنع من إنعقاد العقد بين غائبين، فجميع العقود يمكن إبرامها بين غائبين أو بطريق المراسلة أو المكاتبة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وهي القاعدة تصدق على العقود الرضائية كما تصدق على العقود الشكلية التي يتطلب القانون لإنعقادها شكلا خاصا كالرهن الرسمى وبيع العقار والهبة في بعض القوانين، على ان تراعى الشكلية التي يفرضها القانون^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذا طالب المؤجر بأجره أرض فضاء مضافا إليها الزيادة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧، فإن هذه الزيادة في الاجرة تعتبر بمثابة تعديل لأحكام عقد الإيجار المبرم بين الطرفين يتطلب توافق ارادتهما بشأنه، إذ ان الأرض الفضاء لا تخضع لأحكام ذلك القانون.

(جلسة ١٩٥٦/٣/١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - مدني - ص ٢٦٠)

٢ - إذا كان الواقع في الدعوى هو انه تقدم طلب للمجلس الحسبي بتوقيع الحجر على الشخص للعتة وضعف الإرادة وفقدانه الأهلية ولم يصدر المجلس قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة، وكان الحكم اذ قضى ببطلان هذه التصرفات قد أثبت الأدلة السائغة التي أوردها ان هذا الشخص كان في حالة من ضعف الإرادة التي لا تتوافر فيها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه إلى بقية الورثة، وهو ما جعله أساسا لبطلانها، فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير

(١) القانون المدني العراقي - للدكتور حسن القانوني - البحوث العربية - طبعة ١٩٥٦ - ص ٢٦ وما بعدها.

أساس ولا يعيبه ان يكون قد وصف هذه الحالة بالغفلة، اذ ان هذا الوصف لا يغير من حقيقة الأساس الذي اقام عليه قضاءه.

(نقض جلسة ١٩٥٤/١٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ٢٥٢ ، نقض - جلسة ١٩٥٧/٢/٢١ - المرجع

السابق - السنة ٨ - ص ٢٤١)

٣ - يشترط قانونا لإنعقاد عقد البيع إذا ما أبى الموعود له رغبته فى التعاقد مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها العقد، فإذا إقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد فلا ينعقد العقد، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد، فلا ينعقد به العقد الا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر - فإذا كانت محكمة الموضوع قد إستخلصت بأسباب سائغة فى نطاق سلطتها الموضوعية ان إرادة طرفى العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن، فإن الحكم اذ إنتهى إلى ان البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان إنعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستاجر رغبته فى الشراء لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٦ - مدني - ص ١٢٩١)

٤ - يجب لإتمام الإتفاق وإنعقاده ان يكون القبول مطابقا للإيجاب، اما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا، فإن العقد لا يتم، ويعتبر مثل هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا - فإذا كانت محكمة الموضوع قد استتدت فيما قررت من انتفاء حصول الإتفاق على الفسخ لعدم مطابقة الإيجاب بالفسخ للقبول إلى ما إستخلصته إستخلاصا سائغا من العبارات المتبادلة بين طرفى الخصومة فى مجلس القضاء، وكان لا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض، اذ ان إستخلاص حصول الإتفاق على الفسخ من عدمه هو ما تستقل به محكمة الموضوع، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ فى تطبيقه.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/٩ - المرجع السابق - ص ٩٨٦)

٥ - طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد ليس إيجابا منها، وانما مجرد دعوة إلى التعاقد، الإيجاب يصدر ممن يتقدم بعبثائه بالشروط المبينة فيه، قبول الوزارة هذا الإيجاب بغير تحفظ ببرقية نوهت فيها بان (التفاصيل بالبريد) هذا التتويه لا يمنع من إنعقاد العقد على أساس الإيجاب المذكور، مادام الخطاب المتضمن هذا التفصيل لم يصل إلى من تقدم بالعبثاء قبل وصول البرقية.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢٣٠)

٦ - الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين، بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٠١٧)

٧ - تلاقي الإيجاب والقبول متطابقين. كفايته لإنعقاد العقد ولو أخل أي من المتعاقدين بالتزاماته عنه. يكفي لإنعقاد العقد مجرد تلاقي الإيجاب والقبول متطابقين ولو أخل أي من المتعاقدين من بعد بالتزاماته الناشئة عنه.

الإيجاب. ماهيته. إستخلاص ما إذا كان باتاً. من سلطه محكمة الموضوع. شرطه. أن يكون سائناً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه تكييف الفعل المؤسس عليه صحه ، ونفاذ العقد بأنه إيجاب بات أو نفي هذه الوصف عنه. خضوعه لرقابة محكمة النقض.

(الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٤/١١/١٦ س ٤٥ ص ١٣٨٣)

٨ - الإيجاب وعلي ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العرض الذي يعبر به الشخص علي وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول إنعقد العقد ، وان إستخلاص ما إذا كان الإيجاب باتاً مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الإستخلاص سائناً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى أم تكييف الفعل المؤسس عليه طلب صحه ونفاذ العقد بأنه إيجاب بات أو نفي هذا الوصف عنه فهو من المسائل التي يخضع فيها قضاء الموضوع لرقابة محكمة النقض.

(الطعن ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٤/١١/١٦ س ٤٥ ص ١٣٨٣)

٩ - العقد تماماً بتطابق الإيجاب والقبول المعتبر قانوناً مادة ٨٩ مدني. عقود الإيجار التي تبرمها المجالس المحلية للمدن والمراكز عن الأموال المملوكة للدولة. إنعقادها بتمام التصديق عليها من المجلس المحلي للمحافظة وإعتمادها وفقاً للقانون. المواد ٢٨ ، ٣٣ / هـ ، ٨/٥١ ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، تحصيل الجهة الإدارية مقابل إنتفاع من واضع اليد لا يصلح سنداً لقيام علاقة إيجارية.

مفاد المادة ٨٩ من القانون المدني ان العقد لا يتم الا بتطابق الإيجاب مع قبول معتبر قانوناً وكان المناط في إنعقاد عقود الإيجار التي تبرمها الوحدات المحلية عن الأموال المملوكة للدولة وعلي ما يبين من نصوص المواد ٢٨ ، ٣٢ / هـ و ٥١ / ٨ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون الحكم المحلي وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٠٧ بإصدار اللائحة التنفيذية لذات القانون هي بتمام التصديق عليها من الوحدة المحلية وإعتماده وفقاً للقانون ولا يعتد بما تكون قد حصلته الجهة الادارية من مقابل إنتفاع من واضع اليد علي الأرض كسند لقيام عقد إيجار عنها من هذه الجهة.

(الطعن ٢١٨٠ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٢٦ س ٤٦ ص ٧٠٨)

١٠ - الإيجاب.. ماهيته. العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه عن إرادته في إبرام عقد معين. تمام التعاقد بتلاقي إرادة المتعاقدين علي قيام الإلتزام ونفاذه. شرطه. إقتران الإيجاب بقبول مطابق.

المقرر - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه علي وجه جازم عن إرادته من إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد ولا يعتبر التعاقد تاماً وملزماً الا بتوفير الدليل علي تلاقي إرادة المتعاقدين علي قيام هذا الإلتزام ونفاذه.

(الطعن ٢٢٥٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٥/٨ س ٤٧ ص ٧٤٨)

١١ - الإيجاب ما هيته. وجوب توافر الدليل علي تلاقي إرادة المتعاقدين علي قيام الإلتزام ونفاذه. شرطه إقتران الإيجاب بقبول مطلق.
المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر الشخص الصادر منه علي وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث أن ما إقترن به قبول مطابق إنعقد العقد ولا يعتبر التعاقد تاما وملزما الا بتوافر الدليل علي تلاقي إرادة المتعاقدين علي قيام هذا الإلتزام ونفاذه.

(الطعنان ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٢ س ٤٨ ص ٩٥٢)

* * *

□ مادة (٩٠)

(١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود.
(٢) ويجوز أن يكون التعبير عن الإدارة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٠ لیبی و ٩٣ سورى و ٧٩ عراقى و ٧٤ سودانى و ١٧٩ لبنانى و ١٠٦ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة... ليست بمجرد من الأهمية العملية، فقد يستلزم القانون أحياناً، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم فى بعض الفروض، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانونى الذى يراد عقده، وبين مختلف المعايير التى تداولها الفقه فى هذا الصدد يوجد معياران هما أكثر هذه المعايير ذبوعاً: أولهما - يحتكم إلى فكرة المؤلف وغير المؤلف فى أسلوب التعبير أو طريقته ويرى أصحاب هذا المعيار أن التعبير يكون صريحاً إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المؤلف، ويكون على النقيض من ذلك ضمناً إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التى ألف استعمالها فى هذا الشأن، بحيث لا يتاح إستخلاص دلالة التعبير فى الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج. أما المعيار الثانى - فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحاً أو ضمناً تبعاً لما إذا كان مباشراً أو غير مباشر، ويراعى أن الفارق العلمى بين هذين المعيارين ضئيل أن لم يكن معدوماً فالأسلوب المؤلف فى التعبير عن الإرادة هو فى القانون ذاته الأسلوب المباشر، فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس فى الغالب بالأسلوب المؤلف، ومهما يكن من شئ فقد أثر المشرع إلا بفصل فى المسألة بنص تشريعى، تاركاً أمر البحث عن المعيار السليم لإجتهد الفقه والقضاء - ومع ذلك فمن المحقق أن إتخاذ موقف معين، أو إلزام سلوك بالذات، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتماً أن تكون هذه الإرادة ضمنية، فمن صور السلوك فى بعض الفروض، ما قد يعتبر أسلوباً مباشراً مألوفاً فى الإفصاح عن الإرادة، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحاً^(١).

راى الفقه:

١ - يكون التعبير صريحاً إذا كان المظهر الذى إتخذه - كلاماً كان أو كتابة أو إشارة أو غير ذلك - مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن الإرادة حسب المؤلف عليه الارادة، ويكون بالكتابة فى أى شكل من أشكالها، ويكون بالإشارة المتداولة عرفاً كإشارة الأخرس وهز الرأس أو الكنف ولو من غير الأخرس، ويكون التعبير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٤ و ١٥.

الصريح اخيرا باتخاذ أو موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود، كعرض التاجر لبضائعه على الجمهور، وكوقوف سيارات الاجرة في المواقف المعدة لها، وكوضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين، كل هذا يعتبر تعبيراً صريحاً عن الإرادة.

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي إتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك الموعود بالبيع يتصرف في العين الموعود ببيعها، فهذا دليل على انه قبل الوعد بالبيع، ولذلك يتصرف في العين، والدائن يسلم سند الدين للمدين، فهذا دليل على انه اراد انهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك، ومن صدر له توكيل إذا نفذ الوكالة، وكان هذا دليلاً على انه قد قبله^(١).

٢ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بالفعل، وهذا في الفقه الاسلامي وفي التشريعات العربية.

فلا يشترط - في التعبير باللفظ - ان يكون بلفظ معين دون آخر، بل اي لفظ يدل على المعنى المقصود يجوز التعبير به عن الرضا، وهذا هو حكم الفقه الاسلامي وحكم القانون على سواء، لان العبرة فيها بالمعاني لا بالالفاظ، ويشترط الفقه الاسلامي في ذلك ان يكون اللفظ قاطعاً في دلالاته

على الإيجاب أو القبول، ولا نرى مانعاً من الاخذ بهذا الحكم في القانون، اسوة بما نص عليه النقنين المدني العراقي (م ٢/٧٧).

وجوز التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً كتحريك الرأس عمودياً للتعبير عن القبول، أو هز الكتف لتعبير عن الرفض، والتعبير عن الإرادة بالإشارة جائز في التشريعات العربية من الآخرس وغير الآخرس على سواء، سواء اكان الآخرس يعرف بالكتابة، أو لا يعرفها، وبهذا صرحنا المادة ٧٩ مدني عراقي، اما في الفقه الاسلامي فجمهور الفقهاء اجمعوا على ان التعبير بالإشارة يجوز للآخرس، سواء اكان الآخرس أصلياً منذ الولادة أو عارضاً طرأ بعدها وأصبح به الشخص معتقلاً للسان، فالإشارة المعهودة للآخرس كالبيان باللسان، وإذا جاز التعبير عن الإرادة بالإشارة، فيجب ان تكون هذه الإشارة ممن يعبر بها ومفهومه في العرف، وإلا فلا عبرة بها.

والتعبير بالكتاب كالخطاب جائز في الفقه الاسلامي وفي القانون على سواء ، بحيث يجوز ان يعبر به الشخص عن إرادته، ويجوز ذلك لمن يستطيع النطق باللفظ، ولمن يكون آخرساً على سواء، ويغلب ان يتم التعاقد بين الغائبين بالكتابة.

اما التعبير عن الإرادة بالفعل، وهو ما عبرت عنه التشريعات العربية بنصها على ان التعبير عن الإرادة يكون "باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود". كعرض التاجر سلماً في واجهة متجره مبيناً اثمانها عليها وهو ايجاب لبيعها، وفي الفقه الاسلامي اجاز جمهور الفقهاء التعبير عن الإرادة بالفعل في غير عقد الزواج، طالما كان الفعل دالاً على الرضا.

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - طبعة ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ١٢٥ وما بعدها ، وكتابه : الوجيز - المرجع السابق - ص ٥١ وما بعدها.

وكما يكون التعبير عن الإرادة صريحا قد يكون ضمنيا، فالتعبير الصريح هو الذى يفصح بذاته عن الإرادة حسب المألوف عند الناس (كبعث واشترت). أما التعبير الضمنى، فهو تعبير عن الإرادة لا يفصح بذاته عنها، لكن يستنبط منه إتجاه هذه الإرادة، كما لو بقى المستأجر فى العين المؤجرة بعد إنتهاء مدة الإيجار بما يفهم منه انه يريد تجديد عقد الإيجار^(١).

٣ - التراضى على أصل العقد هو الأساس فى إنعقاده، ويلحق بأصل العقد جميع الامور الجوهرية التى لها موقع أساسى فى نظر العاقدین. ويجب ان يكون التراضى على أصل العقد واضحا لا شك فيه، وذلك بأن يكون التعبير عنه وإلا عليه دلالة كافية.

قبل القانون جميع طرق التعبير عن إتفاق الإرادتين، متى توافرت فيها الدلالة الكافية، فيجوز ان يكون ذلك باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كإيماء الرأس إلى الاسفل مثلا، أو بإتخاذ أى موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالاته عل الإرادة الجازمة، كعرض البضائع مكتوبا عليها سعرها، فإنه يعبر من قبيل الإيجاب. ويستوى فى الإشارة ان يكون الشخص المومئ قادرا على التكلم أو الكتابة أو غير قادر، كما يستوى فى الكتابة ان تكون بين حاضرين أو بين غائبين.

وكذلك يجوز ان يكون التعبير ضمنيا غير صريح، مالم ينص القانون أو يتفق الطرفان إتفاقا سابقا على لزوم كونه صريحا - كما لو عرض على شخص دار للإيجار فانتقل، أو عرض عليه شئ للبيع فتصرف فيه ببيع ونحوه، فالفعل منه يفسر بأنه مبنى على قبول ملحوظ من خلال هذه الأعمال، وهذا هو التعبير الضمنى.

والفارق المميز بين التعبيرين الصريح والضمنى، وهو ان يكون طريق التعبير مخصصا عرفا للدلالة عليه أو يكون هو الشائع المألوف فيه، بحيث لا يتبادر منه إلى الاذهان إلى هذه الدلالة، فإيماء الرأس إلى اسفل بعد إيجاب سابق فيه هذا التعبير الصريح عن القبول، ووقوف السيارة فى المواقف العامة المخصصة لها فيه هذا التعبير الصريح عن الإيجاب.

أما اكل الطعام المعروض، والانتقال إلى الدار المعروضة للإيجار فليس عملا مخصصا عرفا للتعبير عن إيجاب أو قبول، وإنما يستفاد ذلك منه إذا حصل بطريق الإقتضاء والإستلزام.

وأما للسكوت المجرد أى الذى يصحبه عمل أو موقف مفسر، فالأصل القانونى فيه ان يكون تعبيرا عن الإرادة إيجابا ولا قبولا، لان الإرادة حركة، والسكوت سكوت، أى ان الإرادة عمل إيجابى، والسكوت موقف سلبى - وهذا مبدأ مطرد بالنسبة إلى الإيجاب، لانه هو الإرادة المبتدأة التى تكون الشق الأول من العقد، فلا بد من امر إيجابى يدل عليها.

أما بالنسبة إلى القبول، فإن السكوت قد يعتبر قبولا على سبيل الاستثناء، لان سبق الإيجاب قد يكون فى أحوال أو معاملات تجعل من السكوت دلالة على الرضى، اذ يكون الظاهر من الحال ان الموجه إليه التعبير لو لم يرضى لبادر إلى إظهار الرفض، وهذا ما يسمى بالسكوت الملايس.

(١) نظرية الإلتزام فى الشريعة والتشريعات العربية - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٥ وما بعدها.

وقد نص القانون السوري على هذه القابلية في السكوت لان يكون قبولا، إذا كانت طبيعية المعاملة أو المعرف التجاري أو أي طرف آخر، تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فحينئذ يعتبر تاماً إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. وإعتبر القانون السكوت قبولا بصورة خاصة كقرينة قانونية في التعبير عن الإرادة في حالتين:

(١) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل بالإيجاب بهذا التعامل، كما لو كان الطرفان قد اعتادا ان يطلب احدهما من الآخر الغائب ان يرسل إليه البضائع فيرسلها، دون ان يؤديه بالقبول، ففي هذه الحال إذا ارسل العميل كعادته طلبا وسكت الآخر، كان هذا قبولا.

(٢) إذا تمخض الإيجاب لمنفعه من وجه إليه، ذلك لان عدم الرفض أو السكوت يفقد دلالاته على القبول في موقف فيه مجال للموازنة بين نفع وضرر، والمفروض في مثل هذه الحال، ان الإيجاب يحمل نفعاً محضاً للموجه إليه، فعدم الرفض فيه دلالة كافية على القبول، كالإيجاب في الاعارة والفقهاء الاسلامي يقرر بالنسبة للسكوت قاعدة مشهورة تقول: "ولا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"، (م ٦٧ مجلة الأحكام العدلية) وهذه القاعدة تتلاقى مع المبدأ القانون العام في السكوت، انه ليس تعبيراً، مع مستثنياته الانفة الذكر فهي تقبل اعتبار السكوت تعبيراً على سبيل الاستثناء، عندما تحفه ظروف ملائمة تجعل فيه هذه الدلالة^(١).

٤ - تقرر المادة ٧٩ من النقتين المدني العراقي ان التعبير عن الإيجاب أو القبول قد يكون بالمشافهة أو بالمكاتبة أو بالإشارة الشائعة الإستعمال ولو من غير الآخرس أو بالمبادأة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي، ذلك ان الأصل في التعبير عن الإرادة ان يكون بواسطة الالفاظ الموضوعية لذلك، وإذا كان الفقهاء الاسلامي يجعل من اللفظ أداة طبيعية عامة للتعبير عن الإرادة، فإنه ليس معنى هذا انه يشترط لذلك الفاظاً معينة بذاتها، فكل لفظ يدل على إرادة العاقد دون لبس أو إبهام يكفي كوسيلة للتعبير عن الإرادة التي ينعقد بها العقد.

ومثل الالفاظ في دلالتها الكتابية، فالقاعدة عندهم ان الكتاب كالخطاب على ان التعاقد عن طريق الكتابة يثير مسألة تحديد مجلس العقد أو تحديد زمان ومكان إنعقاد العقد. وتقرر المادة المذكورة كذلك ان العقد ينعقد كذلك بالإشارة الشائعة الإستعمال (ولو من غير الآخرس)، وفي هذا خرج المشرع العراقي على ما يذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي وجمهرة الفقهاء، واخذ بمذهب إليه فقهاء المذهب المالكي، وبيان ذلك ان جمهرة الفقهاء يذهبون إلى عدم اعتبار إشارة غير الآخرس، والسبب في هذا ان الإشارة عندهم طريق استثنائي من طرق التعبير عن الإرادة اجيزت للضرورة، فيجب عن التوسع فيها، لان الضرورة

تقدر بقدرها، ولهذا قالوا ان الإشارة لا تعتبر الا إذا صدرت من آخرس، بل انهم ذهبوا إلى ان الآخرس إذا كان يحسن الكتابة، فلا تجوز عقوده الا بها لان الكتابة تعبير بالقلم - فهي كالنطق في قوة الدلالة والإشارة اضعف منها ولا يصح العدول عن

(١) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٤٤ وما بعدها.

الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة ما امكنت هذه وكانت في الاستطاعة - اما اصحاب المذهب المالكي - فقد ذهبوا إلى ان غير الاخرس كالاخرس إذا فهم عنه بالإشارة، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود، ووضح ان مذهب الامام مالك بساير في هذه المسألة مقتضيات التعامل وحاجات للعصر، ولهذا اخذ به القانون المدني العراقي.

كما تقرر المادة ٧٩ من النقنين المدني العراقي ايضا ان التعبير عن الإرادة قد يكون باتخاذ اى مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي ينعقد به العقد، وبهذا قطع المشرع العراقي كل شك في موقفه، وقرر مع فريق من الفقهاء ان اى مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على التراضي ينعقد به العقد، وبهذا يصل إلى ما وصل إليه الفقه المدني الغربي، ويترتب على هذا انه إذا عرض شخص على اخر شراء بضاعة بمبلغ معين، فقام من وجه الإيجاب برهنها أو بيعها أو التصرف المادى فيها فقد اعتبر عمله هذا قبولاً إنعقد به عقد البيع^(١).

٥- التعبير عن الإرادة إما أن يكون صريحاً أو ضمناً باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود مادة ٩٠ من القانون المدني.

(الطعن ٢٢١٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٢/١٠/٢٨ س ٤٤ ص ٨٣)

٦- لئن كان مجرد السكون عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجب لا يعتبر نزولاً عن الحق ، إلا أنه إتخذ صاحب الحق من سكوته موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد النزول ، كان هذا تعبيراً ضمناً عن إرادة النزول عن الحق عملاً بالمادة ٩٠ من القانون المدني.

(الطعن ٦٩١ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٨ لم ينشر بعد)

٧- إعتبار السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن نزولاً ضمناً عن هذا الحق. شرطه. إتخاذ صاحب الحق مع سكوته موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد النزول مادة ٩٠ مدني.

إن كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجب لا يعتبر نزولاً عن الحق ، إلا أنه إذا إتخذ صاحب الحق مع سكوته موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد النزول ، كان هذا تعبيراً ضمناً عن إرادة النزول عن الحق عملاً بالمادة ٩٠ من القانون المدني.

(الطعن ٦٩١ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٨ لم ينشر بعد)

٨ - المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان التفاسخ كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضاً بإيجاب وقبول ضمنيين، إلا أنه يجب على محكمة الموضوع إذ هي قالت بالتفاسخ الضمني أن تبين كيف تلاقت إرادتا طرفي التعاقد على حل العقد وأن تورّد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن هاتين الإرادتين بحيث لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على قصد التنازل حسبما تقضي به المادة ٩٠ من القانون المدني وذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى ما رتبته عليها المحكمة.

(الطعن رقم ١٩٤٩ لسنة ٧٠ ق الجلسة ٢٠٠١ / ٠٦ / ٠٦)

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن القانوني - المرجع السابق

مادة (٩١)

ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية: المواد التالية: مادة ٩١ لبيى و ٧٥ سواندى.

الأعمال التحضيرية:

تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذى يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً، لا يجوز العدول عنه، فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره، اذ يصبح عملاً قانونياً لا يتأثر وجوده ب وفاة من صدر منه، أو يفقد اهليته، وبين إستكمال هذا التعبير لحكمه، وتوفر صفة اللزوم له تفريعاً على ذلك، وهذا لا يتحقق الا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه اليه، ولم يشترط لإستكمال التعبير عن الإرادة لحكمه ان يعلم به من وجه إليه فعلاً، بل اكتفى فى ذلك بمجرد امكن العلم أو مجرد البلوغ الحكمى، ولعل هذا النظر اشد امعاناً فى الاستجابة لما تقضيه حاجة العمل، من حيث تيسير الاثبات من ناحية، والتغلب على ما قد يعين لمن وجه إليه التعبير من رغبة فى امساك نفسه عن العلم به من ناحية اخرى^(١).

راى الفقه:

١- فالتعبير عن الإرادة إذا كان له وجود فعلى بمجرد صدور من صاحبه، لا يكون له وجود قانونى وينتج أثره الا عندما يصل إلى علم من وجه اليه، فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً، فإنه لا ينتج أثره الا عندما يصل إلى علم المتعاقد الآخر، وقبل ذلك يجوز العدول عنه، وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً، فإنه كذلك لا ينتج أثره الا من وقت علم الموجب به، وأثر القبول هو تمام العقد، فيتبين اذن ان القبول إذا صدر لا يتم به العقد الا من وقت وصوله إلى علم الموجب، وهذه هى نظرية العلم فى التعاقد بين الغائبين

وقد جاءت المادة ٩١ مدنى بقرينة قانونية على العلم لما فيه من خفاء، فقضت بأن وصول التعبير على العلم به لان العادة جرت ان الناس إذا وصل اليهم امر احاطوا به علماً وقت وصوله. على ان هذه القرينة القانونية ليست قاطعة، فيجوز لمن وصل إليه التعبير ان يثبت انه لم يعلم به بالرغم من وصوله، وهو الذى يحمل عبء الاثبات^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٩ و ٢٠.

(٢) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاورى - ط ع ١٩٥٤ - المرجع السابق - ص ١٨٢ وما بعدها، وكتابه الوجيز - المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - ذهب الطاعن قبل نهاية الاجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وابداء رغبته في الشراء واستعداده لدفع الثمن، يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ويقع على عاتقه نفى هذه القرينة.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ - مجموعة القواعد ٢٥ عاماً - ٤٦ - ص ٣٥١)

٢ - ان مؤدى نص المادتين ٩١ و ٩٣ من القانون المدني ان التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره الا من وقت إتصاله بعلم من وجه اليه، فإذا كان الموجب قد إلتزم في إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة، فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب الا من وقت إتصال علم من وجه إليه به، وإلى هذا الوقت يعتبر ان الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب، فله ان يعدل عنه أو ان يعدل فيه، لان التعديل ما هو الا صورة من صور العدول لا يملكه الا في الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه اليه. وعلى ذلك متى تبين ان طالب الشراء أبدى في طلب الموجب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب للشركة البائعة رغبته في شراء قدر من الاطيان المملوكة لها بثمن محدد وبشروط معينة، وضمن الطالب انه لا يصبح نافذ الأثر بين الطرفين الا بعد موافقة مجلس ادارة الشركة كما يتعهد فيه بأن يظل مرتبطاً بعطاءه في حالة اشهار مزاد بيع الاطيان لحين ابلاغه قرار الشركة باعتماد البيع من عدمه، فتحقق بذلك علم الشركة بمجرد وصول الطلب إلى عضو مجلس الإدارة المنتدب، فإن هذا الإيجاب يعتبر نافذ الأثر في حق الموجب لا يجوز العدول عنه أو تعديله حتى تثبت الشركة في طلبه بالقبول أو الرفض وذلك عملاً بنصوص الطلب، ونزولاً على حكم المادتين ٩١ و ٩٣ المشار اليهما، ولا يجدى الموجب التمسك بأن الموافقة المعتبرة في إتمام التعاقد هي موافقة مجلس إدارة الشركة دون غيره من موظفي الشركة ما دام ان النزاع يدور فقط حول معرفة من الذى نكل من الطرفين عن إتمام التعاقد، لان مجال البحث في هذا الذى يتمسك به الموجب هو في حالة ما إذا كانت الشركة تتمسك بتمام التعاقد والمطالبة بتنفيذه.

(جلسة ١٩٥٨/٤/١٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدني ص ٣٥٩)

* * *

مادة (٩٢)

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٢ لبيى و ٧٦ سودانى والفصل ٣٥ تونسى (مجلة الإلتزامات والعقود التونسية المعدلة).

الأعمال التحضيرية:

يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته، وهذا الحكم ليس الا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة، فالإلتزام بالبقاء على التعبير، أو بعبارة ادق بالإرتباط به، يظل قائما بعد الموت أو فقد أهليته، شأنه فى ذلك شأن أى إلتزام اخر، فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا، وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه - ويراعى من ناحية اخرى، ان التعبير عن الإرادة لا يسقط كذلك بوفاة من وجه إليه أو بفقد أهليته قبل القبول، وانما يكون لورثة المتوفى أو ممثلى فاقد الأهلية، فى هذه الحالة، ان يقوموا مقامه فى القبول - ووجود التعبير، حتى قبل ان يصبح لازما، لا يتأثر هو ايضا بالموت أو بفقد الأهلية، سواء اكان من مات أو فقد أهليته هو الطرف الذى صدر منه الإيجاب، ورثة الشخص أو ممثليه، إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير^(١).

راى الفقه:

١ - قد قدمنا ان التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلى من وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود الفعلى يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته، لانه قد انفصل عن صاحبه، مادام قد تم له الوجود الفعلى، وفى هذا ضرب من الاخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبه، وتموت بموته، وتزول بفقده لأهليته، ويستكمل التعبير وجوده الفعلى بالوجود القانونى متى وصل إلى علم من وجه اليه، حتى بعد موت صاحب التعبير، وحتى بعد فقده لأهليته، وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون المدنى.

وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا لإيجاب معروض، ومات من صدر منه القبول، أو فقد أهليته قبل ان يصل القبول إلى علم الموجب، ثم علم الموجب، بالقبول، فقد تم العقد، فيجب على ورثه القابل ان يقوموا بتنفيذ العقد فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم، وفى حالة فقد القابل لأهليته يجب على القيم تنفيذ العقد، ولكنه مع ذلك لا يتم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل ان شخص القابل هو محل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٢ - ص ٣١.

الإعتبار، فإذا قصد الموجب ذلك، أو كان محل العقد تستعصى طبيعته ان يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه بعمل يدخل فى فنه، فإن القبول يسقط، كل ذلك بخلاف الموجب الذى وجه إليه القبول، فإنه إذا مات أو فقد اهليته قبل وصول القبول إلى علمه، ولم يكن الإيجاب ملزماً، فإن العقد لا يتم، لان القبول فى هذه الحالة لا يمكن ان ينتج اثره، اذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد ان مات أو فقد اهليته، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد، اما إذا كان الإيجاب ملزماً، فإن التزام الموجب يبقى قائماً بعد موته أو فقده لاهليته، فإذا وصل القبول إلى علم الورثة أو القيم انتج أثره وتم العقد، وهذا ما يقع فى الغالب فى التعاقد بين الغائبين^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - حق الشريك فى إقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفاً فيه يظل قائماً له ما بقيت حالة الشبوع، ويكون لورثته من بعده، ذلك ان عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقيدها إعتبار فى إبرامها، لأنها لو لم تتم بالرضا، جاز اجراءها قضاء، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه احد من الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلاف فيه، اذ هو فى قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الاخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه، ومن ثم فإنه لا ينقضى بموت ذلك الشريك.

(جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - ٩ - ص ٨٨٤)

* * *

(١) الوسيط - جزء ١ الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ١٨٤ - وما بعدها الوجيز - ص ٥٦ و ٥٧.

مادة (٩٣)

إذا عين ميعاد القبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضى هذا الميعاد. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٣ لبيى و ٩٤ سورى و ٨١ عراقى و ٧٧ سودانى و ١٧٩ لبنانى و ٦٩ كويتى و ٣٣ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يظل الموجب مرتبطا بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول، متى حدد له ميعاد، سواء فى ذلك ان يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر، فإذا إنقضى الميعاد ولم يصدر القبول، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب، بعد ان فقد ما توافر له من قوة الالتزام، بل هو يسقط سقوطا تاما، وهذا هو تفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد الا يبقى بقاء الإيجاب، الا فى خلال المدة المحددة، مادام قد لجأ إلى التحديد. ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشية مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب، ويراعى ان القول بسقوط الإيجاب، عند إنقضاء الميعاد، يستتبع إعتبار القول المتأخر بمثابة إيجاب جديد، وهذا هو الرأى الذى اخذ به المشروع فى نص لاحق. وغنى عن البيان ان الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد، فالأول إرادة مفردة، والثانى إتفاق إرادتين.

ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحيان صريحا، ولكن قد يقع أحيانا ان يستفاد هذا التحديد ضمنا، من ظروف التعامل أو طبيعته، فإذا عرض مالك آله ان يبيعهها تحت شرط التجربة، فمن الميسور ان يستفاد من ذلك انه يقصد الارتباط بإيجابه، طوال المدة اللازمة للتجربة، وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى، وتختلف هذه الصورة من صور الإيجاب الموجه إلى الغائب، بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما، وقد عالجه المشروع فى المادة التالية، فقضى بأن يبقى الموجب ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد - واذ كان الإيجاب غير ملزم، فى رأى القضاء المصرى، فقد انحصر لأشكال فى تعيين للفترة التى يظل الإيجاب قائما فى خلالها، إذا لم يكن قد عدل عنه، وقد جرى القضاء فى هذا الشأن عن ان الإيجاب لا يسقط، الا إذا عدل عنه الموجب، أو مالم يكن قد إتفق على ميعاد يسقط بانقضائه، أو مالم يكن قد تبين بجلاء ان المتعاقدين قد إتفقا ضمنا على ميعاد. اما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذى يتفق عليه ضمنا، فللقاضى ان يقوم بتحديدده، إذا لم يحدده المتعاقدان بوجه من الوجوه، بالرجوع إلى نية الموجب وفقا لظروف كل حالة بخصوصها^(١).

راى الفقه:

١ - نعى بقوة الإيجاب الملزمة ان يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه إلى وقت معلوم، فلا يستطيع الرجوع فيه قبل إنتهاء هذا الوقت، لا ان يكون الموجب ملتزما بالعقد الذى اوجب له، لأن هذا العقد لم يتم ولن يتم الا بعد ان يقترن به القبول،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٣٦ و ٣٧.

فالإيجاب لا يكون ملزماً إلا إذا تعين فيه ميعاد لإقتران القبول به، سواء أكان تعييناً صريحاً أو مستخلصاً من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، ويستخلص الميعاد من ظروف الحال إذا تقدم شخص بعطاء في مناقصة بالمظاريف، فهذا العطاء إيجاب مقترن بميعاد ضمنى هو الوقت الذى تقضى فيه المظاريف، ويرسو العطاء، فيكون الإيجاب ملزماً إلى هذا الوقت، ويستخلص الميعاد من طبيعة المعاملة إذا صدر الإيجاب لغائب، فما لم يحدد صراحة ميعاد للقبول، وجب أن يكون هذا الميعاد هو الوقت الذى يتسع لوصاية قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد. وللموجب أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر. فإذا ما حددت المدة صراحة أو ضمناً، وبقي الموجب ملتزماً بالقاء على إيجابه طول هذه المدة، والتزامه هذا مصدره الإيجاب ذاته، أى إرادة الموجب المنفردة، فقد نص القانون على أنها ملزمة.

أما إذا لم تحدد مدة للقبول لا صراحة ولا ضمناً، فإن الإيجاب لا يكون ملزماً ولو أنه إيجاب قائم، ومن ثم يجوز للموجب الرجوع فيه فى أى وقت شاء، ما دام أنه لم يقترن بالقبول، ونرى من ذلك أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً، وقد يكون قائماً غير ملزم.

فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً، فإنه يسقط فى حالتين:

- ١- إذا انقضت المدة التى حددت لإقتران القبول به.
 - ٢- إذا رفضه من وجه إليه ولو قبل إنقضاء هذه المدة.
- وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم، وهذا لا يكون إلا فى التعاقد ما بين حاضرين فى مجلس العقد، فإنه يسقط أيضاً فى حالتين:

- ١- إذا نقض مجلس العقد دون أن يقترن به القبول
 - ٢- إذا رجع فيه الموجب قبل إقتران القبول به ولو قبل انفضاض مجلس العقد.
- فإذا سقط الإيجاب فى حالة من هذه الحالات الأربع، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً لا يعتد به على إعتبار أنه قبولاً لإيجاب سابق، ولكن يصح أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول^(١).**

٢- أجاز جمهور الفقهاء المسلمين للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول، فلموجب الخيار فى أن يظل على إيجابه حتى ينفض مجلس العقد أو يرجع عنه طالما يصدر قبول من المتعاقد الآخر، ويسمى هذا بخيار الرجوع (الاحناف والشافعية والحنابلة) - أما المالكية فقد جعلوا الإيجاب لازماً للموجب، ولم يجيزوا الرجوع فيه قبل قبول المتعاقد الآخر أو رفضه أو انفضاض مجلس العقد. وتأخذ السعودية واليمن بالرأى الذى يجعل الإيجاب غير لازم، وبالتالي يثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه قبل صدور القبول - أما تشريعات مصر وليبيا وسوريا والعراق ولبنان وتونس فتجعل للموجب فى الأصل أن يعدل عن إيجابه طالما

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٠٩ وما بعدها، وكتابه: الوجيز - ص ٩ وما بعدها.

لم يقتصر به قبول موافق له، كما يلاحظ ان تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني، ويستثنى من الأصل السابق حالة ما إذا عين ميعاد القبول (م ٩٣ و ٩٤ مدنى مصرى).

ان الإيجاب فى التشريعات العربية يسقط: (أ) إذا رفضه من وجه إليه (ب) أو كان القبول غير موافق له (ج) أو انقضى ميعاد القبول دون ان يصدر هذا القبول (د) أو عدل الموجب عنه عدولا صحيحا، وانقض مجلس العقد دون ان يصدر قبول، وإذا سقط الإيجاب إعتبر كل القبول بعد ذلك إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر.

وإعتبار الإيجاب غير لازم فى الأصل فى التشريعات العربية هو مذهب جمهور الفقهاء المسلمين، اما إعتباره لازما فى حالة تحديد ميعاد للقبول فهو حل جديد^(١).
٣ - الأصل فى النظر القانونى ان للموجب ان يرجع عن إيجابه قبل القبول ذلك لان العقد لا يتم الا بالقبول، فقبل ذلك لا يكون الموجب قد إرتبط بعقده، وإذا رجع عن الإيجاب بطل، ولم يبق صالحا لبناء قبول عليه.

غير أن القانون السورى كأصله، قد القى على هذا الأصل قيда قيد به حرية الموجب فى الرجوع، وذلك إذا عين ميعاد للقبول، فحينئذ يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضى هذا الميعاد، سواء اكان تعيينه صراحة فى الإيجاب، أو كان يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، فهذا فى القانون من تطبيقات مبدأ الإلتزام بالإرادة المنفردة، وفيما سوى حالة تحديد موعد للقبول صراحة أو ضمنا، يعتبر الإيجاب غير ملزم، مالم يقتصر به القبول قبل سقوطه.

ويبطل الإيجاب فى حالات قد يختلف فيه المبطل بحسب كون الإيجاب ملزما، أو غير ملزم فإذا كان الإيجاب ملزما، يبطل ما يلى:

١ - برفض الموجه إليه ولو قبل إنقضاء الموعد المعين للقبول.

٢ - بإنقضاء المدة المعينة للقبول، ولو لم يرفض من وجه إليه، وذلك لان تحديد موعد للقبول، كما ينبى بالالزام، ينبى أيضا بأن الموجب لا يريد البقاء على إيجابه أكثر من هذا الموعد.

اما إذا كان الإيجاب غير ملزم فيبطل:

١ - برفض الموجه إليه رفضا صريحا أو مستتجا - والرفض المستتج يكون بكل ما يدل على الاعراف وعد الرغبة، ومن ذلك انقضاء مجلس العقد دون قبول، لا انقضاء المجلس يكون بالانصراف عن عملية التعاقد، وهذا الانصراف ينطوى على الاعراض المفسر بالرفض.

٢ - بموت الموجب أو فقد اهليته قبل القبول، وكذا بموت الموجه إليه الإيجاب، أو بفقد اهليته قبل صدور القبول منه، اما إذا مات أحدهما بعد وقوع القبول، فإن العقد

(١) نظرية الإلتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية - للدكتور عبد الناصر العطار المرجع السابق - ص ٢٠ وما بعدها.

يكون قد انبرم بمجرد القبول في القانون السوري، لأنه قد اخذ في إنشاء العقد بنظرية تمام العقد بوقوع القبول.

وعلى هذا لم يبق في القانون السوري ما يختلف فيه التعاقد بين حاضرين عن التعاقد بين غائبين، الا من حيث تحديد مجلس العقد ومكان العقد^(١).

٤ - تقرر المادة ٨٢ من النقتين المدني العراقي بأن المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول، أو صدر في أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض ببطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك - هذه المادة تقرض لنظرية (مجلس العقد) وهي فكرة اسلامية لاقت عناية كبيرة من الفقهاء - وأثارت بينهم خلافات طويلة في تحديدها وتفسيرها، والغرض من هذه النظرية هو تحديد المدة التي يصح ان تفصل القبول عن الإيجاب، حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين ان يتدبر امره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، وواضح ان المشرع العراقي - كمجلة الأحكام العدلية - لم يأخذ بخيار المجلس الذي يعطى للمتعاقدين حق الرجوع مادام في مجلس العقد حتى بعد صدور القبول.

وتقرر المادة ٨٣ من النقتين المدني العراقي ان تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول يعتبر فيه الإيجاب الثاني، والحكم الذي تقرر هذه المادة من البديهييات القانونية عن المجلة إلى اقصى حد ممكن (١٨٥ المجلة).

وتقرر المادة ٨٤ منه انه إذا حدد الموجب ميعادا للقبول إلترزم بإيجابه إلى ان ينقضى هذا الميعاد، وظاهر ان هذه المادة تعرض لفكرة (الإيجاب الملزم)، ويفهم منهما ان القاعدة العامة التي اقرها المشرع العراقي هي انه ليس للإيجاب قوة ملزمة أو قدرة على إنشاء الروابط القانونية مادام لم يقترن به قبول الطرف الثاني، فلمن وجه الإيجاب ان يعدل عنه في اي وقت يشاء قبل القبول، وليس عليه ان يبرر سبب العدول - هذه هي القاعدة في النقتين المدني العراقي، ولكن المادة المتقدمة تقرر حالة استثنائية خاصة يكون فيها الإيجاب ملزما ولو لم يقترن به القبول بعد، وتلك هي حالة ما إذا حدد الموجب لإيجابه فترة القبول، وواضح ان الالزام هنا يستمد قوته من الإرادة

المنفردة للموجب. واحب ان الفت النظر في هذا الصدد إلى ان فكرة الإيجاب الملزم ليست غريبة عن الفقه الاسلامي، فإنه إذا كان جمهور الفقهاء يذهبون إلى انه ليست للإيجاب قوة ملزمة حتى ولو قيد الموجب نفسه بوقت محدد الا ان المالكية منهم يذهبون إلى انه إذا قيد الموجب نفسه بمدة محددة نقيدها، ولا يجوز له الرجوع قبل انقضائها، بل انهم ذهبوا إلى ابعدها من هذا، فقرروا كما قرر المشرعان المصري والسوري، ان الميعاد قد يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذا رفع أحد الشريكين دعوى مطالبا بنصيبه في ارباح الشركة وعرض انتهاء للنزاع ان يدفع إليه شريكه مبلغا معيناً كتقدير جزافي لارباحه وقيد هذا الإيجاب

(١) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٤٧ وما بعدها.

(٢) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن القانون - المرجع السابق - ص وما بعدها.

بشرط الدفع فوراً وحدد الغرض منه فلم يقبل شريكه ذلك، فإن كان الحكم رغم ذلك قد اخذ بهذا الإيجاب الساقط، وقيد به الموجب، فإن الحكم يكون قد اعتمد في قضائه على دليل معدوم مما يجعل قضائه مخالفاً للقانون.

(نقض - جلسة ١٩٥٨/٣/١٢ مجموعة المكتب الفني للسنة ٩ - مدني)

٢ - إذا لم يتعين ميعاد للقبول، فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب، فإن بقي الموجب على إيجابه حتى صدر القبول من المعروض عليه الإيجاب، فقد تم العقد بتلاقي الإرادتين، ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التنصل منه أو التحلل من أثره.

(نقض - جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ المرجع السابق - للسنة ١٤ - ص ٥٥٠)

٣ - افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً، الإيجاب يكون من جانب المزايد بالتقدم بالعطاء، لا يتم القبول إلا بإرساء المزايدة.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٦٨)

٤ - صدور الإيجاب لغائب دون تصريح بميعاد للقبول، لقاضي إستخلاص الميعاد الذي إلترم الموجب البقاء فيه على إيجابه من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب، لا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى بين الأسباب المبررة لذلك، وله تحرى هذا القصد من أفعال صدرت عن الموجب بعد تاريخ الإيجاب وكشفت عن قصده هذا، وله في حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة الاستدلال على قصدهم المتحد بأمور صدرت عن أحدهم كاشفة لهذا القصد.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٢/٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٨٩٥)

٥ - تعارض القبول مع الإيجاب، يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ المرجع السابق - للسنة ١٨ - ص ٣٩٤)

٦ - لا يلزم لإنعقاد العقد اثبات الإيجاب والقبول في محرر واحد، جواز إستخلاص ذلك من تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/ ١١ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٢)

٧ - إنعقاد العقد بالإيجاب والقبول تعيين ميعاداً معيناً للقبول. أثره إلترام الموجب بالإيجاب طوال المدة المحددة دون حق في العدول عنه ، المادتان ٨٩، ٩٣ . مدني مؤداه إلترام المستأجر بإيجابه لمدة شهر من تاريخ اعلانه المالك بالثمن المعروض عليه قانوناً دون ثمة حق في العدول عنه طوال المدة المذكورة. إبداء المالك رغبته في الشراء خلال الميعاد القانوني مودعا قيمة ما يخص المستأجر من ثم البيع. أثره توافق الإيجاب والقبول وإنعقاد العقد.

مادة ٢ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

النص في المادة ٨٩ من القانون المدني علي أن " يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد " والنص في المادة ٩٣ من ذات القانون علي أنه " إذا عين ميعاد للقبول إلترم الموجب بالبقاء علي إيجابه.... " ولما كان الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه علي وجه جازم علي إرادته في إبرام عقد معين

بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد وإذا عين ميعاد للقبول فإن الإيجاب ملزم للموجب طوال المدة المحددة ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل إنقضاء هذه المدة ولا يعتد بعدول الموجب بل ينعقد العقد بالرغم من هذا العدول متى تم القبول وإذا أوجب المشرع في المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ علي المستأجر أن يلتزم مده شهر علي إيجابه من تاريخ إعلانه المالك فإن هذه المهلة حددها الشارع ميعادا للإيجاب فيظل الإيجاب منتجا لأثاره من وقت علم من وجه إليه به وليس له أن يعدل عنه بعد ذلك ، ولما كان اعلان المستأجر للمالك برغبته في البيع هو رضا بات البيع وإذا ابدى المالك رغبته في الشراء مودعا قيمه ما يخص المستأجر من ثمن البيع خلال الميعاد القانوني فإن ذلك يعد منه رضا بات بالشراء وإذا توافق الإيجاب والقبول خلال الميعاد فيعقد بذلك العقد.

(الطعن ٥٧٩ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٣/٦/٢٤ س ٤٤ ص ٧٥٩)

* * *

□ مادة (٩٤)

(١) إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يتعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل.

(٢) ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٤ لىبي و ٩٥ سورى و ٨٢ و ٩٨ عراقى و ١٨٣ لبنانى و ١٠٩ و ١١٣ كويتى و ٢٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

بعد أن عين المشرع المدة التى يكون الإيجاب خلالها ملزماً عند تحديد ميعاد له واجه الحالة التى لا يحصل فيها تحديد، وينبنى التمييز فى هذه المقام بين صورتين:

(أ) فيلاحظ أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره، وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر - وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت، إذا لم يصدر قبل إقتران المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول، وقد رأى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الاسلامية فى اتحاد مجلس العقد.

(ب) أما إذا صدر الإيجاب لغائب فيبقى الموجب مرتبطاً به إلى أن ينقضى

الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه، فيما لو كان قد أرسل هذا

القبول دون أرجاء لا تبرره الظروف، وللموجب أن يفترض أن إيجابه قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله^(١).

راى الفقه:

١ - يتبين من نص المادة ٩٤ مدنى أن من وجه إليه القبول - إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو اتحد حكماً، كما فى التعاقد بالتليفون أو بأى طريقة مماثلة - يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب وعلمه به، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول. وهذا الوضع، وهو مأخوذ من التقنيات الحديثة، يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط، وفى هذا من الحرج ما لا يخفى، فلطف النقّتين المدنى الجديد من حدة هذا الوضع بالإتجاه إلى الشريعة الاسلامية، فنقل عنها نظرية

مجلس العقد، وجعل الإيجاب يبقى قائماً مادام مجلس العقد لم ينفذ، ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين، ويبقيان فيه منشغلين بالتعاقد، دون ان يصرفها عن ذلك شاغل اخر.

يخلص مما تقدم انه إذا اجتمع المتعاقدان فى مجلس العقد، وصادر احدهما إيجاباً للآخر، فليس من الضروري ان يكون القبول فوراً، بل يجوز ان يتدبر الطرف الآخر امر التعاقد شيئاً من الوقت، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك، ويكون قبوله صحيحاً بشرطين:

١ - ان يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد، فإذا انصرف اى منهما إلى شئ اخر إعتبر مجلس العقد قد انقضى وسقط الإيجاب.

٢ - ان يبقى الموجب على إيجابه إلى ان يصدر القبول، وهذا الموضع من الشريعة الاسلامية وضع عملي مقبول، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدين بغير العقد، يبقى فيها الموجب على إيجابه.

وغنى عن البيان الا تحثيم فى القبول، فمن وجه إليه إيجاب كان بالخيار بين قبوله أو رفضه^(١).

٢ - تاخذ انظمة السعودية واليمن بأحكام الفقه الاسلامى فى تحديد مجلس العقد فى التعاقد بين الحاضرين.

ومجلس العقد هو الحالة التى يظل فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون ان يصرفهما عنه شاغل اخر، فإذا اتحد مجلس العقد حقيقة بأن جمع المتعاقدين مكان واحد أو حكماً بان تم التعاقد بالمسرة (التليفون) أو بأية وسيلة مماثلة، وجب - منطقياً - ان يصدر القبول فور الإيجاب ليقترن به حتى ينعقد، طالما لم يحدد ميعاد للقبول، والا كان للموجب ان يعدل عن إيجابه، غير ان هذا الحكم قد يكون فيه بعض الحرج لانه لا يعطى من وجه إليه الإيجاب فرصة للتأمل فيه، ولهذا رأى عند جمهور فقهاء المسلمين وكذلك فى التشريعات العربية، انه طالما لم ينفذ مجلس العقد، فلا مانع من ان يتراخى صدور القبول، بحيث يتم العقد إذا توافر امران: احدهما - ان الموجب لم يعدل عن إيجابه قبل صدور القبول، والثانى - بأن يصدر القبول قبل ان ينفذ مجلس العقد - اى قبل ان ينشغل المتعاقدان احدهما عن التعاقد بأمر آخر^(٢).

٣ - فى التعاقد بين الحاضرين يجب ان يصدر القبول فى مجلس العقد قبل ان يوجد مبطل الإيجاب.

ومجلس العقد هو الفترة الزمنية التى تكون بعد الإيجاب، والطرفان فيها مقبلان على التعاقد دون اعراض من احدهما عنه، فمجلس العقد يقطعه الاعراض، كما يقطعه

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢١٣ وما بعدها، وكتابة: الوجيز - ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) نظرية الالتزام كتاب ١ - مصادر الالتزام - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٦١ وما بعدها.

الانصراف الفعلي، وهذا ما لم يعين الإيجاب موعدا للقبول، فإذا عين له موعد فالعبرة للموعّد لا لمجلس العقد.

والأصل نظرياً يوجب أن يصدر القبول عقب الإيجاب فوراً ويتصل به، والا تحلل الموجب من إيجابه، ولكن هذا من الوجهة العملية متعسر من جهة ومخرج للموجه إليه القبول من جهة أخرى إذ لا يترك له مجالاً للتروى - لذلك اكتفى القانون بأن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد إذا لم يوجد ما يدل على عدول الموجب عن إيجابه.

ويجب أن نلاحظ هنا أن مجلس العقد قد يأخذ في الاوضاع القانونية، شكلاً آخر، كما في المزايدات، ولا سيما الحكومية التي يكون العطاء فيها كتابة ولو كان المزايد حاضراً، وقد تدوم المزايدة في الشيء الواحد أياماً أو أسابيع أو شهوراً بانتظار أصحاب الرغبة حتى إنقضاء المدة المحدودة، والظاهر أن يعتبر هذا مجلس عقد واحد. أما في التعاقد بين الغائبين، فإن مجلس العقد يبدأ منذ وصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه، ويمتد المدة المعتادة للجواب بحسب طبيعة العقد وعرف للتعامل^(١).

* * *

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنوني - المرجع السابق - ص ٥٠ و ٥١.

مادة (٩٥)

اذ إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها، إعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل، التى لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٥ لىبي و ٩٦ سورى و ٨٦ عراقى و ٧٩ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ومهما يكن من امر، فينبغى التنويه بان هذه الأحكام لا تعدو ان تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، فإذا تعارض هذا التفسير مع ما إرادة المتعاقدان، بأن إشتراط صراحة أو ضمنا ان يكون العقد باطلا عند عدم الإتفاق على المسائل التى إحتفظ بها، وجب إحترام هذه الإرادة، ولا يتم العقد ما لم يحصل الإتفاق على تلك المسائل... ويراعى من ناحية اخرى ان المشروع، قد جعل من (طبيعة الموضوع) عنصرا من عناصر التوجيه، التى يشترك بها القاضى فى اكمال العقد^(١).

راى الفقه:

١ - إذا اختار الطرف الاخر قبول الإيجاب الموجه اليه، وجب ان يكون قبوله مطابقا للإيجاب كل المطابقة، اما إذا اختلف عن الإيجاب بأن زاد عليه أو نقص فيه و عدله، إعتبر هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا، فإذا طلب البائع ثمنا للمبيع الفا حالة، وقبل المشتري ان يدفع تسعمائة أو الفا مؤجلة أو الفا حالة على ان يزيد البائع فى المبيع، ولم يتم البيع.

ولا يكفى ان يطابق القبول الإيجاب فى المسائل الجوهرية فى العقد، بل يجب ايضا ان يطابقه فى جميع المسائل المتعاقدة عليها، وهذا لا يمنع من ان يترك المتعاقدان كثيرا من المسائل التفصيلية دون ذكر، فتسرى عليها القواعد العامة، فإذا إتفق المؤجر والمستأجر على العين المؤجرة والاجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية، ولم يعرضا فى تعاقدهما لمن يتحمل ضريبة (الخفر) أو اجرة البواب أو اشتراك المياه، تم عقد الإيجار بالرغم من ذلك، وتركت هذه المسائل التفصيلية، ولكن إذا عرض المتعاقدان فعلا لهذه المسائل التفصيلية ولم يتفقا عليها، فإحتفظا بها لتكون محلا للإتفاق فيما بعد، واشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها، ثم يتم العقد الا إذا إتفقا يفترض ان المتعاقدين اراد إتمام العقد على كل حال، وإذا قام خلاف بينهما على هذه المسائل، فإن العقد يعتبر قد تم بالرغم من ذلك، ويبت القاضى فى المسائل التفصيلية المختلف عليها طبقا لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥ مدنى). والذى يبرر هذا الحكم الذى تخرج فيه مهمة القاضى عن المألوف من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى - جزء ٢ - ص ٤٦ و ٤٢.

عمله - فهو هنا لا يقتصر على تفسير العقد، بل يساهم في صنعه، ان المسائل التي إحتفظ بها المتعاقدان للإتفاق عليها فيما بعد مسائل تفصيلية، فافترض القانون ان نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو لم يتفقا على هذه المسائل، ما دام انهما لم يشترطا ان العقد لا يتم عند الإتفاق عليها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - إتفاق الطرفين علي المسائل الجوهرية وارجاء مسائل تفصيلية أثره تمام العقد ما لم يعلق ذلك علي الإتفاق عليها إتفاق المتعاقدين علي جميع المسائل الجوهرية لإنقضاء العقد وإحتفاظهم بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد دون إشتراط أن العقد عن عدم الإتفاق عليها يعتبر معه العقد قد تم.

(الطعن ٦٦٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٣ س ٤٣ ص ١٣٧٢)

٢ - عقد المقاوله تمامه بإتفاق الطرفين علي المسائل الجوهرية ، الخلاف علي المسائل التفصيلية. للطرفين اللجوء للمحكمة للفصل فيها. عدم تحديد الاجر. إلتزام المحكمة بتعيينه. تقدير عناصر الاجر عند عدم الإتفاق عليها أو تقدير مدي توافر الارهاق الذي يهدد بخسارة فادحه أو عدم توافره من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. شرطه. أن يكون سائغا من أصل ثابت بالاوراق. مفاد نص المادتين ٩٥ ، ٦٥٩ من القانون المدني - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا إتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الإتفاق عليها إعتبر العقد قد تم ، وإذا قام بينهما خلاف علي المسائل التي ارجئ الإتفاق عليها كان لهما ان يلجئا الي المحكمة للفصل فيه ، ومن ثم فإن في حالة عدم تحديد مقدار الاجر مقدما فإنه يوجب علي المحكمة تعيينه مسترشده في ذلك بالعرف الجاري في الصنعه وما يكون قد سبقه أو عاصره من إتفاقات وعلي أن تدخل في حسابها قيمه العمل وما تكبده من نفقات في سبيل إنجازهِ والوقت الذي استغرقه والمؤهلات والكفايه الفنية والسمعه واسعار المواد التي استخدمت وأجور العمال وغير ذلك من النفقات وتقدير عناصر الاجر عند الإتفاق عليها أو تقدير توافر الارهاق الذي يهدد بخسارة فادحه أو عدم توافره هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ما دام إستخلاصه سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالاوراق.

(الطعن ٢٣٦١ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٤/٦/١٥ س ٤٥ ص ٩٩٨)

* * *

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢١٨ وما بعدها ، وكتابة : الوجيز ص ٧٢ وما بعدها.

مادة (٩٦)

إذا إقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يفيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٦ ليبي و ٦٧ سورى و ١/٨٦ عراقى و ٨٠ سودانى و ١٨٣ لبنانى

الأعمال التحضيرية:

يجب ان يصل القبول إلى الموجب فى الوقت المناسب، وان يكون، فوق ذلك، مطابقاً تمام المطابقة للإيجاب، ولا يتم العقد الا بتوافر هذين الشرطين، فإذا وصل القبول بعد الميعاد، أو انطوى على ما يعدل فى الإيجاب، فلا يكون له حكم القبول الذى يتم به التعاقد، بل يجوز ان يكون بمثابة إيجاب جديد قد يؤدى عند قبوله إلى قيام عقد يتم بمقتضى إرادة جديدة، لا بمقتضى القبول المتأخر أو المعدل، على ان لمثل هذا القبول اثر قانونياً مباشراً: فهو يعتبر رفضاً للإيجاب الأول، ويستتبع بذلك سقوط هذا الإيجاب، وهو من هذا الوجه لا يختلف عن مجرد الرفض البسيط أو الإيجاب المعارض - وليس يقصد من إنزال القبول المتأخر أو المعدل منزلة الإيجاب الجديد، الا إقامة قرينة بسيطة على قصد العاقد، فإذا ثبت ان من صدر عنه القبول، لم يكن ليبيده أو علم بسقوط الإيجاب الأول، سقطت دلالة القرنية، والواقع ان القبول الذى لا يقصد به الا مجرد القبول، يقترن فى اغلب الاحيان بما يفيد تعليق إنعقاد العقد على شرط بقاء الإيجاب قائماً، فمتى ثبت وجود التعليق أصبح القبول كأن لم يكن، وإمتنع إعتباره إيجاباً جديداً - ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد إنقضاء الميعاد المحدد له، وبين القبول الذى يرسل فى الوقت المناسب، ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب، فالقبول الثانى دون الأول، هو الذى يرتب على عائق الموجب، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به، الإلتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك، فإذا تهاون فى الاخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه، فيعتبر ان القبول قد وصل فى الوقت المناسب^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - كان الرأى مستقراً إلى ما قبل العمل بالقانون المدنى الجديد على ان كل قبول ينطوى على ما يعدل فى الإيجاب يكون بمثابة إيجاب جديد - وهو ما اقره المشرع بما نص عليه فى المادة ٩٦ من القانون المذكور - واذن فمتى كان قبول الشركة المطعون عليها وقد إقترن بشرط جديد لم يتضمنه إيجاب الشركة الطاعنة، يعتبر رفضاً لهذا الإيجاب، ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما، فإن الحكم المطعون فيه وقد إنتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الشركة الطاعنة والشركة المطعون عليها بموجب هذا القبول وقضى بمسؤولية الشركة الطاعنة عن فسخه، يكون هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٢ ص ٥٠.

الحكم قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفته للثابت في أوراق الدعوى متعينا لذلك نقضه.

(جلسة ١٩٥٨/١٢/١١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدني ص ٧٤١)

٢ - يشترط لإنعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا إقترن القبول بما يعدل في الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد، وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب التي أوردتها أن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إلزامه وأنه ليس وليد خطأ مادي وقع فيه الطرف القابل ورتبت على عدم القبول للإيجاب ورتبت أن العقد لم ينعقد أصلاً بين الطرفين، فإنها لا تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ المرجع السابق السنة ١٤ - مدني - س ٦٥٤)

٣ - الفاسخ (التقابل)، كما يكون بالإيجاب وقبول صريحين يكون أيضاً بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتفاسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن ارادتي طرفي التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد.

إذا عرض المشتري في إنذاره للبائعين بتتقيص الثمن فرفض البائعون في إنذارهم الذي ردوا به - على إنذار المشتري - وأعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الإنذار أنهم يعتبرون ما تضمنه عرضاً من جانب المشتري للفسخ وأنهم يقبلون، فإنه طالما أن قبولهم لهذا يعارض الإيجاب الصادر إليهم من المشتري، فإن هذا القبول يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً بالفسخ، وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق السنة ١٨ - ص ٣٩٤)

٤ - طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات. ليس إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض. الإيجاب هو الاستجابة الدعوة. التقدم في مناقصة بعطاء بالشروط المبينة فيها. إعتبره إيجاباً يتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة له. اختلافه عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً. إعتبر قبول الجهة له رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

من المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا تعتبر إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً فالتقدم بعطاء في مناقصة بالشروط المبينة فيها يعتبر إيجاباً ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة لهذا الإيجاب، أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

(الطعن ١٦٩٦، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠١/١/٢٣ لم ينشر بعد)

٥ - تقديم الطاعن عطاء متضمناً شرطاً بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا تقبل الزيادة إلا باتفاق جديد. قبول الشركة المطعون ضدها هذا الإيجاب بإصدار أمر توريد

متضمناً تعديلاً مدة العقد بتقرير حقها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها. إعتبار هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً. إنتهاء الحكم المطعون فيه إلى قيام التعاقد بين الطرفين وقضاؤه بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه رغم رفض الأخير للإيجاب الجديد. مخالفة للثابت بالأوراق ومخالفة القانون. إذ كان إيجاب الطاعن قد تضمن شرطاً يتعلق بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا يقبل زيادتها إلا باتفاق جديد وكان الثابت بالأوراق أن قبول الشركة المطعون ضدها بإصدار أمر التوريد رقم ١٦ يتضمن تعديلاً في مدة العقد بتقرير حق لها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها فإن مثل هذا القبول لإيجاب الطاعن يعتبر رفضاً له ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ويعتبر إيجاباً جديداً منها رفضه الطاعن بكتابة إليها المؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠. فإن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى قيام هذا التعاقد بين الطرفين بموجب قبولها المتمثل في أمر التوريد وقضي بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه يكون قد خالف القانون بما انساق إليه من مخالفة للثابت بالأوراق.

(الطعن ١٦٩٦، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق - ٢٠٠١/١/٢٣ لم ينشر بعد)

٦ - وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالمنشورات والاعلانات لا تعتبر إيجاباً وإنما مجرد دعوة الي التفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً فالتقدم في مناقصة بعبء بالشروط المبينة فيه يعتبر إيجاباً ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبه المناقصة هذا الإيجاب ، وانه لا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس الا السند الكتابي للتعاقد الذي تم قبل ذلك. لما كان ذلك الطاعنة قد تمسكت باخطارها المطعون ضدها بإرساء المناقصة عليها ومطالبتها إياها بسداد التأمين النهائي وإتمام التوريد بما يعني قبولها للإيجاب المبدى من المطعون ضدها وتتمام التعاقد بينهما بما يعطيها الحق في مصادرة التأمين الابتدائي حالة الاخلال بشروط العقد.

(الطعن ٤٩٩ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/٣ لم ينشر بعد)

(الطعن ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٧)

- (١) يعتبر العقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك.
- (٢) ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٧ لبيي و ٩٨ سورى و ٨٧ عراقى و ١٨٤ لبنانى و ١١٢ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

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

وبديهى ان هذا الحكم لا يسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر، كما هو الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى اللذين ينزلها القانون منزلة القبول، ولعل مذهب (العلم) هو اقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب، ذلك ان الموجب هو الذى يبتدىء التعاقد، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه، فمن الطبعى والحال هذه، ان يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه، ومن العدل، إذا لم يفعل، ان تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الإتفاق على ما يخالف ذلك، وبعد، فمذهب (العلم) هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره الا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو الإرادة نهائياً الا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب ان يعلم به ولا يعتبر التعاقد تاماً الا فى هذا الوقت^(١).

راى الفقه:

١ - ليس نص المادة ٩٧ مدنى الا تطبيقاً لنص اعم هو نص المادة ٩١ مدنى (يراجع نصها والتعليق عليها فيما تقدم) - ويؤخذ من تلك النصوص المتقدمة ان تعيين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التعاقد متروك لإتفاق المتعاقدين، وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد إتفقا على شئ فى هذا الصدد، وما هو الشئ الذى إتفقا عليه، من المسائل الموضوعية، فلا رقابة لمحكمة النقض، فإذا لم يتفق المتعاقدان على شئ، ولم يوجد نص قانونى خاص (كنص المادة ٥٩٩ مدنى الخاصة بتحديد الإيجار تحديداً ضمناً ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد إنتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه)، إعتبر العقد قد تم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويعتبر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٥٣ و ٥٤.

وصول القبول إلى الموجب قرينه على علمه به، مالم يقيم الموجب الدليل على العكس - ويخلص من ذلك ان النقيين المدني الجديد قد اخذ بنظرية العلم بالقبول، وهو في هذا طبق المبدأ الأساسي الذي يقضى بأن الإرادة لا تنتج اثرها الا من وقت العلم بها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - ذهاب الطاعن قبل نهاية الاجل المحدد في الإيجاب، إلى محل إقامة المطعون عليه (الموجب) ومقابلة ابن هذا الأخير وابداء رغبته له في الشراء واستعداده لدفع الثمن، يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول، ويقع على عاتقه هذه القرينة.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٦ - مجموعة القواعد ٢٥ عاماً - جزء ١ - ص ٣٥١)

٢ - لقاضي الموضوع في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول، ان يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي يلتزم البقاء فيه على إيجابه، والقاضي فيما يستخلصه من ذلك كله، وفي تقديره للوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي إنتهت إليها، والمحكمة وهي بسبيل إستخلاص الميعاد الذي قصد الموجب الإلتزام به بإيجابه لها، ان تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه، ولا تثريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب، وكشفت عن قصده هذا، كما انه على المحكمة في حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة، ان تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من احدهم كاشفة لهذا القصد.

(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - مدني - ص ٨٩٥)

٣ - المادة ٩٧ من القانون المدني ، المادتان ٢٦ ، ٣١ من قانون نظام الادارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩. الترخيص بالانتفاع بجزء من المال العام يختلف في مداه وفيما يخوله للأفراد من حقوق على المال العام بحسب ما اذا كان هذا الانتفاع عادياً أو غير عادى ويكون الانتفاع عادياً اذا كان متفقاً مع الغرض الاصلى الذى خصص المال من أجله ويكون الانتفاع غير عادى اذا لم يكن متفق مع الغرض الاصلى الذى خصص له المال العام ففي الانتفاع غير العادى يكون الترخيص للأفراد باستعمال جزء من المال العام من قبيل الاعمال الادارية المبنية على مجرد التسامح ، وتنتمتع الادارة بالنسبة لهذا النوع من الانتفاع بسلطة تقديرية واسعة ، فيكون لها الغاء الترخيص فى اى وقت حسبما تراه متفقاً مع المصلحة العامة باعتبار أن المال لم يخصص فى الاصل لمثل هذا النوع من الانتفاع وأن الترخيص باستعماله على خلاف الاصل أمر عارض وموقوف بطبيعته ومن ثم يكون قابلاً للغاء أو التعديل فى أى وقت لدواعى الاجراءات التى كفل صيانة الامن والنظام العام ولو تعارض ذلك مع مصلحة المنتفعين - التطبيق.

(الطعن رقم ٤٤٨٩ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٢/١٣)

(١) الوسيط ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٧٤ وما بعدها ، وكتابة : الوجيز - ص ٧٩ وما بعدها.

مادة (٩٨)

(١) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب.

(٢) ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٨ لىبى و ٩٩ سورى و ٨٣ عراقى و ٨٣ سودانى و ١٨٠ لبنانى و ١٠٨ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبمجرد السكوت، فالتعبير الضمنى وضع إيجابى، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى، وقد يكون التعبير الضمنى، بحسب الأحوال، إيجاباً أو قبولاً، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق، ان يتضمن إيجاباً، وانما يجوز فى بعض فروض استثنائية ان يعتبر قبولاً، وقد تناول النص هذه الفروض ونقل بشأنها ضابطاً مرناً يهئ للقاضى اداء عملية للتوجيه قوامها عنصران: اولهما - التثبت من عدم توقع اى قبول صريح، وهذه الواقعية قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسننها أو من ظروف الحال، والثانى - التثبت من اعتصام من وجه اليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة، وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذا الضابط... ويراعى بالنسبة لهذه العقود ان إنقضاء الميعاد المعقود أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه، وفى هذا الوقت يتم العقد اما فيما يتعلق بمكان الإنعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند إنقضاء الميعاد المناسب، اذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان... ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء ان مجرد السكوت البسيط، لا يعتبر إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة، أما السكوت (الموصوف) وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون إلتماً بالكلام، فلا يثير اشكالا ما، لان القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه، وليس يبقى بعد ذلك سوى السكوت (الملايس) وهو ما تلابسه ظروف تحل معها محل الإرادة، فهو وحده الذى يواجهه النص، متحذياً حذو احدث التقنيات وارقاها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - لا على الحكم المطعون فيه إذا كان قد استخلص من المراسلات المتبادلة بين الطرفين قيام التعاقد بينهما في مادة تجارية، وأن إرادتهما قد تلاققت في شأن تحديد قدر التعاقد عليه.

(الطعن رقم ٢٥٧ - لسنة ٣٢ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١٢ / ١٩٦٧)

٢ - المقرر وفقاً لنص المادة ٢/٩٨ من القانون المدني أن مجرد السكوت عن الرد لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة ولا يعتبر قبولا إلا إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملًا أو منفذاً أو معدلاً أو ناسخاً له.

(الطعن رقم ١٦٤٩ - لسنة ٥١ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٨٤)

٣ - المادة "٩٨" من القانون المدني معدلة بالقوانين أرقام ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و ٣٩ لسنة ١٩٥٩ و ٥٥ لسنة ١٩٧٠.

بسط المشرع حمايته على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة - من وسائل تلك الحماية: حظر تملك هذه الأموال أو كسب حق عيني عليها بالتقادم و تحريم التعدي عليها و إزالته إدارياً دون حاجة إلى إستصراخ القضاء أو إنتظار كلمته في دعاوى يرفعها الأفراد على الإدارة - لا يعوق سلطة الإدارة في إزالة التعدي مجرد منازعة واضع اليد أو محض إدعائه حقاً لنفسه أو إقامته دعوى بذلك أمام القضاء المدني طالما أن جهة الإدارة لديها مستنداتها و أدلتها الجدية المثبتة لحقها و هو ما يخضع لرقابة القضاء الإداري عند بحثه مشروعية القرار الصادر بإزالة التعدي فهو لا يفصل في موضوع الملكية أو الحق المتنازع عليه و لا يفحص المستندات و الأوراق ليتحقق من الملكية و إنما يقف إختصاصه عند التحقق من صحة القرار الصادر بإزالة التعدي و قيامه على سببه المبرر له قانوناً و المستمد من شواهد و دلائل جدية.

(الطعن رقم ١٣٣٦ - لسنة ٣٠ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ١١ / ١٩٨٧)

٤ - إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الظروف الملائمة التي قد تحيط بالسكوت وتجعله دالاً على القبول دون معقب، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون تقديرها سائغاً وألا تدع دفاعاً للخصوم يتغير به وجه الرأي في هذا التقدير دون أن تجيب عليه بأسباب كافية.

(الطعن رقم ٧٠٤١ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٢ / ١٩٩٨)

مادة (٩٩)

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٩ لىبى و ١٠٠ سورى و ٨٩ عراقى و ٨٤ سودانى و ١١٤ كويتى و ٣٦ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة، وهو يحسم خلافا طال عهد الفقه به، فافتتاح المزايدة على الثمن، ليس فى منطق النص الا دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، اما القبول فلا يتم الا برسو المزداد وقد اعرض المشرع عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا، وفى التقدم بالعطاء قبولا - ويراعى ان العطاء الذى تلحق به صفة القبول، وفقا لحكم النص يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا، أو قابلا للبطلان، بل لو رفض فيما بعد، ويسقط كذلك إذا أقفل المزداد دون ان يرسو على احد، وليس فى ذلك الا تطبيق للقواعد العامة، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب، فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل إنقضاء الميعاد المحدد، أما الميعاد فى هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال، ومن نية المتعاقدين الضمنية، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء اكبر، وبأقفل المزداد دون ان يرسو على احد - وقد اخذ القضاء المصرى بالمذهب الذى اتبعه المشرع، فأعتبر التقدم بالعطاء إيجابا لا قبولا، ورتب على ذلك جواز العدول عنه^(١).

راى الفقه:

١ - قد يتم العقد عن طريق المزايدة لا عن طريق الممارسة، كالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإرادة وكبيع أموال ناقصة الأهلية، وكالبيع الاختيارى بطريق المزداد، وكإيجار بعض الجهات الحكومية ووزارة الاوقاف لعقاراتها بطريق المزداد، وفى عقود المزداد قد يظن ان طرح الصفقة فى المزداد هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء هو القبول، وليس هذا صحيحا فإن طرح الصفقة فى المزداد ليس الا دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بعطاء هو الإيجاب. أما القبول فلا يتم الا برسو المزداد ويكون عبارة عن ارساء المزداد على من يرسو عليه، وقد أوردت المادة ٩٩ مدنى هذه لأحكام. والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص يحرم عليه التعاقد فى الصفقة المطروحة فى المزداد، كقاض يتقدم بعطاء فى مزاد لبيع عين متنازع إذا كان نظرا النزاع يقع فى اختصاصه، ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه، فإذا بطل العطاء فى الحالتين لم يبطل أثر وهو اسقاط

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى - جزء ٢ - ص ٦٤ و ٦٥.

العطاء الذى تقدمه، ذلك ان العطاء اللاحق يبطل العطاء السابق، ولا بإعتباره تصرفا قانونيا، بل بإعتباره واقعة مادية، ولا يمنع العطاء اللاحق ان يكون واقعة مادية انه وقع باطلا أو ابطال بإعتباره تصرفا قانونيا^(١).

٢ - قد يلزم القانون الأشخاص بالتعاقد بطريق المزاد، كما هو الحال فى بيع أموال المدين جبرا عنه، وقد يتجه بعض الأشخاص إلى التعاقد بالبيع أو الإيجار بالمزاد علنا بالمناداة أو بفتح المظاريف، والتعاقد بالمزاد جائز شرعا، ولكن القانون التونسي خالف هذا المنطق، إذ إعتبر عرض الشئ للمزايدة إيجابا يقبله من وقفت عليه المزايدة، مخالفا بذلك سائر التشريعات العربية. ولا يعتبر طرح السلعة فى المزاد أو افتتاح المزايدة على الثمن إيجابا، بل هو دعوة إلى التعاقد، لا يتضمن لانه تحديدا نهائيا لثمن السلعة، فلا يعتبر عرضا نهائيا للمتعاقد.

ويعتبر التقدم بعطاء فى المزاد إيجابا، ويؤخذ من ظروف الأحوال ان هذا الإيجاب يقترن ضمنا بتحديد ميعاد للقبول هو من لحظة صدور الإيجاب حتى التقدم بعطاء اخر اكبر أو رسو المزاد أو بعد فتح المظاريف بوقت يكفى للبت فيها، ومن ثم فهذا الإيجاب فى التشريع المصرى والسورى والليبي والعراقى واللبنانى ملزم لصاحبه طوال الميعاد الضمنى للقبول، فإذا

مضى هذا الميعاد سقط الإيجاب، كما يسقط بانفضاض مجلس العقد دون قبول، وبصدور عطاء اخر يزيد عليه، سواء اكان هذا العطاء الاخر صحيحا بأن صدر من اهل له أو كان باطلا بأن صدر من غير اهل له كمننون أو صبي غير مميز أو كان قابلا للإبطال بأن صدر من ناقص الأهلية كصبي مميز، وفى حالة المزاد بالمظاريف لا يسقط العطاء بتقديم عطاء اخر يزيد عليه إذا اشترط المزايد لنفسه الحق فى ان يرسو المزاد على عطاء اقل.

ويعتبر رسو المزاد هو القبول الذى يتم به العقد، ويتم رسو المزاد عادة بعد قبول صاحب السلعة اكبر عطاء، وعلى ذلك لا يعتبر قفل باب المزايدة قبولا، اذ من الجائز ان يرفض صاحب السلعة اخر عطاء ويقفل باب المزايدة على ذلك فلا ترسو على احد، وبالتالي لا يصدر قبول ولا يتم العقد، والمفروض ان يرسو المزاد على اكبر عطاء، الا انه فى المزاد بالمظاريف يجوز لصاحب السلعة ان يشترط ان يكون له الحق فى قبول أو رفض اى عطاء.

وإذا كان رسو المزاد يتوقف نفاذه على تصديق شخص أو جهة، فلا ينعقد العقد ما لم يتم هذا التصديق، كما لو كان رسو المزاد لا ينفذ الا بعد تصديق مجلس الإدارة أو تصديق المحكمة أو تصديق لجنة خاصة فى بيع أو إيجار أموال الدولة.

وتسرى الأحكام السابقة على المناقصات، فالإيجاب فيها هو التقدم بعطاء، لا فتح باب المناقصة، والإيجاب هنا ملزم فى الأصل طوال الميعاد الضمنى للقبول، ويسقط

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٢٦ وما بعدها، وكتابة : الوجيز - ص ٧٤ وما بعدها.

هذا الإيجاب بعطاء آخر أنقص منه، ويعتبر رسو المناقصة هو القبول الذي يتم به العقد^(١).

٣ - والقبول في عقود المزايدات يكون في حكم القانون السوري بالاحالة القطعية فقط - فالعطاء الذي يعرضه احد المتزايدين هو الإيجاب، ثم بمجرد توقف المزايد بعد اخر عطاء لعدم وجود من يزيد عليه، لا يعتبر صاحب المزايد قابلاً بالعطاء الأخير، بل ينتظر قبوله، ويكون هذا منه عادة بالموافقة على احالة الصفقة إلى اسمه، وفي القانون السوري عبر عن الموافقة بعبارة: (الاحالة القطعية)، لانها هي المستعملة في سوريا، اما في مصر فيعبر عن ذلك بعبارة: (رسو المزايد).

وإذا كان المزايد رسمياً، أي تجريه دائرة حكومية قضائية أو ادارية، فإن هذه الحالة تمر بمرحلتين بينهما فاصل زمني (الاحالة القطعية) هي ثانيهما، والمقرر في هذه المزايدات الرسمية ان العبرة بهذه المرحلة الثانية من الاحالة، اما الأولى فلا يتم بها التعاقد، ولا تمنع إستئناف المزايد.

وقد نص القانون السوري على ان كل عطاء (إيجاب) يسقط بالعطاء اللاحق الذي يزيد عليه ولو كان هذا الأخير باطلاً في ذاته - ذلك لان صاحب المزايد يفرض فيه من ظروف الحال، انه بوجود العطاء الازيد قد رفض العطاء الاقل السابق، فالإيجاب يبطل بالرفض مستتجاً غير صريح - وصورة العطاء الباطل في المزايدات ان يكون المتزايد قاصراً أو ممنوعاً قانوناً عن مباشرة هذا العقد، كالقاضي بالنسبة إلى شراء ما هو تحت النزاع من الحقوق الداخلة في منطقة نفوذ محكمته كما هو مقرر في عقد البيع^(٢).

٤ - نص المادة ٨٩ من النقنين المدني العراقي ينطبق على جميع العقود التي تجرى عن طريق المزايدة، سواء اكانت جبرية عن طريق الإدارة أو القضاء، أو اختيارية. وبهذا النص ينحسم خلاف طال عهد الفقه به، فافتتاح المزايدة على الثمن ليس الا دعوة للتقدم بالعطاءات، والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، اما القبول فلا يتم الا برسو المزايد، ويلاحظ ان العطاء الذي تحلق به صفة القبول وفقاً لحكم النص يسقط بعطاء يزيد عليه حتى ولو كان باطلاً، بل حتى ولو رفض فيما بعد، ويسقط كذلك إذا اقل المزايد دون ان يرسو على احد، وليس ذلك الا تطبيقاً للقواعد العامة، فمادام التقدم بالعطاء هو الإيجاب، فإنه يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل إنقضاء الميعاد المحدد^(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - افتتاح المزايدة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً، الإيجاب يكون من جانب المزايد المتقدم بالعطاء، لا يتم القبول الا بإرساء المزايد.

(جلسة ١٩٦٤/١٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - ص ٦٨)

(١) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٥٣ وما بعدها.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٥٢ و ٥٣.

(٣) القانون المدني العراقي - للدكتور حسن الدلون - المرجع السابق - ص ٣٠ و ٣١.

٢ - انه وان كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق عليه يترتب عليه طبقاً للمادة ٩٩ من القانون المدني سقوط العطاء الاقل، الا انه لا يترتب عليه إنعقاد العقد بين مقدم العطاء الاعلى وبين الداعي للمزايدة، لان التقدم بالعطاء ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ليس الا إيجاباً من صاحب هذا العطاء فلا بد لإنعقاد العقد من ان يصادفه قبول بإرساء المزايدة عليه ممن يملكه، ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده، وقام بإخطار الطاعن برفض عطائه، فإن عقداً، لا يكون قد انعقد بينهما.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢ - ص ٩٥٧)

٣ - مفاد نصوص المواد ٨/ ١٧ و ١٨ من لائحة شروط بيع املاك الميرى الحرة الصادرة في ٣١ من اغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة - وعلى ما جرى به قضاء النقض - ان بيع املاك الحكومة الخاصة المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيه بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزايدة وإيداع مبلغ التأمين الا إيجاباً صادراً من الراسي عليه بالمزايدة.

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٢٨٧)

٤ - النص في المادة ٩٩ من التقنين المدني علي أنه " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة " يدل علي أن التقدم بالعطاء سواء في المزايدات أو المناقصات ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء يلزم لإنعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزايدة أو المناقصة عليه ممن يملكه وإستخلاص تلاقى الإيجاب والقبول واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغاً ، وكما يجوز للمتعاقدين وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني تعديل العقد بإتفاقهما فإنه يجوز أيضاً لكل من صاحب الدعوة إلي التعاقد بطريق المزايدة بعد الإعلان عن شروطه والمتقدمين بالعطاءات ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن أرفق بعطائه الذي تقدم به في المزايدة محل الداعي مبلغ مائتي جنيه كتأمين ابتدائي وهو يقل عن النسبة المحددة في البند الثاني من شروط المزايدة وتعهد بسداد باقي التأمين عند رسوها عليه فقبلت منه المطعون ضدها هذا الإيجاب المتضمن تعديلاً لهذا الشرط وأخطرت به برسو المزايدة عليه مما مفاده إنعقاد العقد بينهما وفقاً لهذا التعديل ولا ينال من ذلك مطالبتها له بسداد باقي التأمين إذ أن هذه المطالبة تنصرف الي إستكمال التأمين الابتدائي ليصل إلي قيمة التأمين النهائي إعمالاً للبند الثاني عشر من شروط المزايدة ووفقاً لتعهد أنف الذكر ، وإذ إلتزام الحكم المطعون فيه هذا النظر وإنتهي في حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدي الي ما رتبته عليها - أن الطاعن أخل بالتزاماته الناشئة عن ذلك العقد بما يترتب مسئولية ويخول للمطعون ضدها مصادرة مبلغ التأمين المدفوع منه نفاذاً للبند الثالث عشر من شروطه فإنه قد أعمل صحيح حكم القانون.

(الطعن رقم ٢١٥٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٩٠/٦/١١)

٥ - إيقاع البيع للراسي عليه بالمزايدة. ما هيته. بيع ينعقد في مجلس القضاء وتحت إشرافه. وجوب تسجيل الحكم الصادر بإيقاع البيع لإنتقال الملكية إلي الراسي

عليه المزداد. مؤدي ذلك. تسجيل حكم مرسي المزداد تترتب عليه الآثار المترتبة علي عقد البيع الاختياري وتسجيله.

إن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن إيقاع البيع للراسي عليه بالمزداد ما هو إلا بيع ينعقد في مجلس القضاء وتحت إشرافه ، ينطق به القاضي بإيقاعه جبراً عن المدين ، ويوجب القانون تسجيل الحكم الصادر بإيقاع البيع لكي تنتقل الملكية إلي الراسي عليه المزداد ويترتب علي حكم المزداد وتسجيله الآثار التي تترتب علي عقد البيع الاختياري وتسجيله فيكون الحكم المسجل سنداً بملكية من أوقع البيع عليه علي أن هذا الحكم لا ينقل سوي ما كان للمدين من حقوق في العقار المبيع إعمالاً للمادة ٤٤٧ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٩٩١ لسنة ٦١ ق (جلسة ١٩٩٢/٦/٢٣ س ٤٣ ص ٨٧٢)

* * *

□ مادة (١٠٠)

القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ١٠٠ الليبي و ١٠١ سورى و ١٦٧ عراقى و ٨٥ سودانى و ١٧٢ لبنانى و ١٦١ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

من حق عقود الإذعان، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر ان يفرد لها مكان فى تقنين يتطلع إلى مسابرة التقدم الإجتماعى، الذى اسفرت عنه الظروف الاقتصادية، وقد بلغ من امر هذه العقود ان أصبحت، فى رأى بعض الفقهاء، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى اصاب النظرية التقليدية للعقد، على ان المشرع لم ير مجازاة هذا الرأى إلى غايته، بل احتزا بذكر هذه العقود، وإعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضربا من ضروب القبول، فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد، ومع ذلك فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ إذعان العاقد، فهو اقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود، تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى، وقد افرد المشروع لهذه القاعدة نصا خاصا بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها.

وتتميز عقود الإذعان عن غيرها بإجتماع مشخصات ثلاثة: اولا - تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين - ثانيهما - إحتكار هذه السلع أو المرافق، إحتكارا قانونيا أو فعليا، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها - وثالثها - توجيه عرض الإنتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها، وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الافراد مع شركات الكهرباء والمياه والسكك الحديدية، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين.

وقد ذهب القضاء فى مصر إلى ان عقود الإذعان تتوافر على حقيقة التعاقد، وترتب جميع آثاره، ومع ذلك فقد جنح فى نطاق معين للتخفيف نتائج بعض الشروط الجائزة فيها - فقد حكم - فيما يتعلق بحقيقة هذه العقود - بأن كل تاجر يقوم بإيداع بضائعه فى مخازن شركة البوندد، يفرض فيه العلم بأحكام اللائحة الداخلية التى قامت الشركة بنشرها ووضعها تحت تصرف الجمهور، وان الشروط المطبوعة فى عقود التأمين لها من قوة الالتزام ما للشروط المخطوطة بالنسبة للمؤمن، وبأنه لا يجوز للمؤمن ازاء ذلك ان ينازع فى سقوط إشتراط كان مطبوعا، وبأن الشروط الواردة فى تذكرة الشحن يجب ان تطبق بوصفها شريعة المتعاقدين، متى خلت مما يتعارض مع النظام العام^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٦٨ و ٦٩.

راى الفقه:

١ - خصائص عقود الإذعان: (١) تعلق العقد بسلع أو بمرافق تعتبر من الضروريات (٢) إحتكار الموجب لهذه السلع أو المرفق إحتكارا قانونيا أو فعليا (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة، ويغلب أن يكون ذلك فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط منفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب - ومن أمثلة هذه العقود: عقود النور والمياه والكهرباء، عقود البريد والتلغراف والتليفون، وعقود النقل، وعقود التأمين، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى.

والقبول فى هذه العقود هو مجرد إذعان للشروط المعروضة على الموجب، إذا لموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشه فيه، ولا يملك الطرف الآخر الا ان يأخذ أو يدع، وهو لا يستطيع ان يدع لان الشئ الذى يتعاقد عليه لا غناء له عنه، فهو اذن مضطر إلى القبول^(١).

٢ - عقود الإذعان هى عقود مفرض فيها احد طرفيها شروط التعاقد، فلا يملك المتعاقد الآخر الا الإذعان لها دون مناقشتها إذا اراد التعاقد فى عقود الإذعان بإيجاب وقبول، اما الإيجاب فهو عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور وفق الشروط التى يضعها الموجب، وهذا الإيجاب دائم ومستمر، وبالتالي يستطيع أى شخص ان يقبله فى أى وقت، فإذا قبله تم العقد ولزم المتعاقدين، ويجب ان يراعى فى الإيجاب الشرط أو التحفظات التى قد تقترن، فمثلا إيجاب السكك الحديدية وشركات النقل، مقترن دائما بتحفظ هو: ان يكون هناك محل شاغر.

اما القبول فى عقود الإذعان فهو الرضا بالتعاقد على أساس الشروط التى يعرضها الموجب، فهو تسليم ورضوخ لهذه الشروط. دون مناقشة لها - ونظرا لاقتصار القبول على التسليم بشروط المتعاقد الآخر، نجد ان المشرع يحمى الطرف المذعن الذى يصدر منه القبول بالنص على انه عند الشك يفسر الشرط الغامض لمصلحة الطرف المذعن دائما كان أو مدينا، رغم ان القاعدة العامة هى ان يفسر الشك لصالح المدين، كما يجيز للقاضى ان يعدل ايه شروط تعسفية قد يتضمنها عقد الإذعان أو ان يلغيها، وذلك كله لمصلحة الطرف المذعن، ويجعل المشرع عادة هذا الحكم من النظام العام، فلا يجيز الإتفاق على ما يخالفه (م ١٤٩ مدنى مثلا)^(٢).

٣ - عقود الإذعان هى عقود لاتجرى فى انشائها المفاوضات المعتادة فى العقود العادية، لانها تكون بين طرفين احدهما محتكر للسلع، أو مرافق ضرورية للناس، إحتكارا مكتسبا بطريق قانونية لتنظيم انتاج تلك الحاجات وتوزيعها، والآخر مستهلك أو منتفع كعقود الاشتراك فى النور والغاز والماء والهاتف (التليفون) ونحوها - وبسبب هذا الإحتكار لا يكون امام المستهلك الا ان يقبل بما يضعه الجانب المحتكر من اسعار وشروط، أو يستغنى عن هذه الحاجات، والمفروض انه لا غنى عنها، فهو مضطر إلى التعاقد عليها مع محتكرها القانونى، لانه لا يجدها عند غيره، ومن ثم

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٢٩ وما بعدها ، وكتابة : الوجيز - ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٥٣ و٥٢.

يسمى هذه المستهلك (الطرف المذعن)، ويعتبر هو جانباً ضعيفاً بالنسبة إلى الطرف الآخر، يحتاج إلى حماية قانونية نقيه من تعسف الطرف الآخر القوي ومن تحكمه فيه، وهذا ما فعله القانون في الأحكام التي قرر بها للقضاء سلطة ورقابة ترميان إلى حماية الطرف المذعن - فقد نص القانون على أن القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررهما يضعها الموجب (وهو الجانب القوي المحتكر) ولا يقبل مناقشة فيها، فكل ما يدل على إذعان أحد المستهلكين لشروط العقد قررهما الجانب المحتكر، ووجهها إلى الجمهور، يعتبر قبولاً يتم به العقد وتترتب عليه نتائجه والتزاماته بين الطرفين، ويكون ذلك عادة بتقديم طلب اشتراك من الطرف المذعن، أو بتوقيعه على قائمة شروط مطبوعة ونحو ذلك^(١).

٤ - أن من وجه الإيجاب حر في مناقشة الموجب في إيجابه وفي الاتفاق معه على شروط أخرى غير تلك التي عرضت عليه، أما في عقود الإذعان فلا تحصل فيها مفاوضة أو مساومة مع الموجب، بل لا يملك من وجه إليه الإيجاب إلى أن يسلم به جملة أو يرفضه جملة، ولهذا فقد انكر بعض الفقهاء على عقود الإذعان صفقة العقد، لأنه في تفسيره مقتضيات العدالة وينظر فيه إلى ما تسلّز به الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها، على أن جمهور الفقهاء وأحكام المحاكم يذهبون إلى عقد الإذعان عقد حقيقي تم باتحاد إرادتين^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها إحتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق إحتكار قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة وإذا فمتى كانت الحكومة قد شهدت شروط مناقصة في عملية إنشاء طريق، وكان من مقتضى هذه الشروط أن يتقدم كل ذي عطاء بشروط العمل وتحديد زمنه وتكاليفه، لم يكن الإيجاب فيه مستمراً لزمان غير محدود، وكان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض في تقديم عطائه أصلاً أو في تضمينه الشروط التي يرتضيها وتلك لا يقبلها، فإن التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقداً من عقود الإذعان.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٥ - مدني ص ٢٨٨)

٢ - اتفاق ورثة العامل الذي توفي أثناء أداء وظيفته وبسببها مع الحكومة على مبلغ معين وتوقيعهم على المخالصة الخاصة بهذا المبلغ ليس من الاتفاقات التي تتضمنها عقود الإذعان.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/٤/٨ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ١٠٤٨)

(١) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٥٣ و ٥٤

(٢) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ١٠١ وما بعدها.

٣ - الإتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة إتفاق جائز قانونا ولا مخالفة فيه للنظام العام، كما ان عقد الإيجار الذى يتضمن هذا الإتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان.

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدنى - ص ٦٨٩)

٤ - التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشتري عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة امام محكمة النقض مادام انه لم يسبق طرحه من قبل امام محكمة الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٦٠/٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ١٨٤)

٥ - يجب لكى يعتبر العقد عقد إذعان - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ان يتضمن إحتكارا قانونيا أو فعليا أو فى القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، واذ كان تأميم شركات النقل البحرى لا يقوم فى ذاته دليلا على الإحتكار لان التأميم لا يقتضى بطبيعته إنعدام المنافسة بين الشركات المؤممة ولو عملت فى قطاع اقتصادى واحد، وكان النزاع بين طرفى الخصومة - على ما يبين من الحكم المطعون فيه - يدور حول عملية نقل داخلى مما يتولاه إلى جانب شركات النقل المؤممة افراد أو مؤسسات تابعة للقطاع الخاص مما يوفر عنصر المنافسة بين جميع هؤلاء فى عمليات النقل، وينتفى مع الإحتكار فيها، فإن الحكم المطعون فيه اذ إنتهى فى حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع إلى القول بعدم قيام إحتكار فى عملية النقل محل النزاع، وبالتالي فلا يكون العقد موضوع الدعوى عقد إذعان، لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٩/٦/٣ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٨٥١)

٦ - لما كانت اوراق الطعن قد خلت مما يدل على ان الطاعن قد تمسك امام محكمة الموضوع، بأن المطعون عليها ساءت إستعمال حقها المقرر فى البند السادس من دفتر الشروط، أو ان ما تضمنه هذه البند هو من شرط يجوز للقاضى تعديله أو الاعفاء عنه - ولم يقدم الطاعن ما يدل على تمسكه امامها بهذا الدفاع، فإن ما جاء بهذا النعى يكون سببا جديدا لا تجوز أثارته لأول مرة امام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٢٦٣)

راجع - لاحقا - التعليق على نص المادتين ١٤٩ و ١٥١ مدنى)

٧ - خصائص عقود الإذعان - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة تعلقها بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات ويكون فيها إحتكار الموجب إحتكارا قانونيا أو فعليا وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وأن يكون صدور الإيجاب منه الي الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة والسلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت جائزة وشديدة.

(الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٢٢)

٨ - تقدير ما إذا كان الشرط المبيع بعقد الإذعان شرطا تعسفيا يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغية ويعفي الطرف المذعن منه في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملا بنص المادة ١٤٩ من القانون من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

(الطعن ١٢٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٢٢)

* * *

مادة (١٠١)

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

(٢) وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا فى الإتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠١ لىبى و ١٠٢ سورى و ٩١ عراقى و ٨٦ سودانى و ١١٥ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، ويشترط لمثل هذا الإتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها، اما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص، الا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب إستيفاء شكل معين، ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص بإشترط الشكل على الإتفاق التمهيدى نفسه، ويوجه هذا النظر إلى ان إغفال هذا الإحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون، مادام ان الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده، فيما إذا حكم القضاء بذلك، وكفى لبلوغ هذه الغاية ان يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله، ويعمدا إلى عقد إتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض، ثم يستصدران حكما يقرر إتمام العقد بينهما، وبذلك يتاح لهما ان يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها - ومع ذلك، فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلوا أى أثر قانونى، إذا لم يستوف ركن الرسمية، فإذا صح ان مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب للإلتزامات شخصية، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى التعويض بل وإلى سقوط اجل القرض الذى يرد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به^(١).

راى الفقه:

١ - الوعد بالتعاقد كثير الوقوع فى الحياه العملية، وصورته الغالية ان شخصا يحتاج إلى أرض مجاورة لمنزله أو لمصنعه، ولكنه لا يستطيع شراءها الان فوراً، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض، على ان يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى الشراء فى مدة معينة، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد، دون ان يتقيد به

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٧٣ و ٧٤ و ٧٥

الطرف الآخر، أو أن يقوم المستاجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين إذا رغب في شرائها خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات إنتفاعا كاملا.

و الوعد بالتعاقد عقد كامل لا مجرد إيجاب، ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى، وعلى هذين الأساسين، تركز كل القواعد التى سنقررها فى هذا الموضوع - فالوعد بالبيع مثلا قد يلتزم بأن يبيع الشئ الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته فى الشراء، وهذا أكثر من إيجاب، لانه إيجاب إقترن به القبول فهو عقد كامل، ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب الا على مجرد الوعد بالبيع.

ولما كان الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائى، فقد وجب ان يكون الطريق مهيا لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له، والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هى أركان هذا العقد، فإن كان بيعا مثلا وجب ان يتفق الطرفان على المبيع والثلمن، وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى ايضا لانقاذ الوعد بالتعاقد، ويقع التعيين صراحة أو دلالة، فيقع دلالة، كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين فهذا الوقت هو المدة التى يجب خلالها إبرام هذا العقد.

وإذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا (كالهبة والرهن الرسمى والشركة)، فإن الشكل الذى يعتبر ركنا فيه، يعتبر ايضا ركنا فى الوعد بالتعاقد، وهذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى، فالوعد بالرهن الرسمى مثلا إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا. وشروط الإنعقاد والصحة مطلوبة فى عقد الوعد ذاته - اما مشروعية المحل والسبب فيكفى توافرها وقت التعاقد النهائى، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد^(١).

٢ - الوعد بالتعاقد فى فقه القانون ملزم، وقد يكون ملزما لجانب واحد، اى ملزما للواعد، وقد يكون ملزما للجانبين وعندئذ يسمى إتفاقا أو عقدا ابتدائيا.

ان فقه القانون يعتبر الوعد إيجابا من الواعد بإبرام العقد الموعود به، فيجب ان يتضمن العناصر اللازمة للإيجاب، مثل تعيين المسائل الجوهرية والمدة التى يجب فيها إبرام العقد الموعود به، والأهلية وسلامة الرضا من العيوب، اما اشتراط الشكل فذلك حتى لا يتخذ الأشخاص الوعد وسيلة للتحايل على القانون، وذلك بأن يبرموا التصرفات الشكلية فى صورة وعد لا يتوافر فيه الشكل المطلوب، ثم يستصدرون حكما بإتمام التعاقد دون إستيفاء الشكل المطلوب.

وإذا كان فقه القانون يعتبر الوعد بالعقد إيجابا من الواعد بإبرام العقد الموعود به، فإنه كذلك يعتبر القبول هو ظهور رغبة الموعود فى إبرام العقد الموعود به، أو إستيفاء الإجراءات المطلوبة أو حلول المدة التى يجب فيها إبرام العقد النهائى، وبهذا القبول يتم العقد الموعود به، اى العقد النهائى دون حاجة إلى إيجاب أو قبول جديدين.

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - المرجع السابق - ط ١٩٥٢ - ص ٢٤٩ وما بعدها ،
وكتابة : الوجيز ص ٨٤ وما بعدها.

وقبل صدور القبول لا يكون للموعد له الا حق شخصي عند الواعد بمقتضاه يطالبه بتنفيذ الوعد، فإذا لم يصدر القبول في المدة المتفق عليها، سقط الوعد من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو اذار.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ - مجموعة المكتب الفني - الجلسة مدني ص ٨٣٤)

اما إذا صدر القبول فإن التعاقد النهائي يتم من وقت على الموجب به، اي من وقت علم الواعد به لا من وقت الوعد، ووجب على الواعد تنفيذ التعاقد النهائي، ويتم التعاقد النهائي بنفس شروط التعاقد الأول، مالم يتفق على غير ذلك، فإنه إتفق على غير ذلك، فالعبرة بما إتفق عليه في التعاقد النهائي^(١).

٣ - الوعد بإجراء عقد معين إذا برز في شكل إتفاق بين الواعد والموعد، يعتبر في نظر القانون كعقد تمهيدى بين الطرفين، يلزم الواعد بإجراء العقد الموعد به متى استوفى الشرائط التالية:

١ - ان تعين في الوعد المتفق عليه جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعد به، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

٢ - ان يستوفى الوعد جميع الشرائط الشكلية التي يشترطها القانون في العقد الموعد به إذا كان من العقود الشكلية، فإذا كان الوعد ببيع عقار مثلاً، وجب ان يسجل الوعد لدى يسرى حكمه على الغير بالطريقة التي يسجل فيها البيع في السجل العقاري.

والوعد بالعقد هو تدبير تدعو إليه ضرورات الناس، فقد يتوقع صاحب مصنع ان يحتاج إلى أرض مجاورة لا يستطيع شراءها للحال، أو يرغب مستاجر في ان يجرى على حسابه ترتيبات في المحل المأجور، تكلفة نفقات كبيرة، فيحصل كل منها على وعد من المالك بالبيع، متى ابدى رغبته في الشراء بثمان معين وخلال مدة محددة^(٢).

٤ - العقد الابتدائى الذى يتضمن وعدا بالتعاقد، عقد كامل لا مجرد إيجاب، غير انه عقد تمهيدى يراد به ان يكون أساسا يبنى عليه العقد النهائي.

وواضح من المادة ٩١ من النقتين المدني العراقي ان الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد (بالشراء أو بالبيع). وقد يكون ملزماً للجانبين (كالوعد المتقابل بالبيع والشراء، أو بالاجازة والاستئجار). ويختلف الوعد بالعقد عن العقد نفسه بأنه لا ينشأ عن الوعد إلتزامات في الحال، ولكنها سوف تنشأ فى المستقبل، ومع ذلك فالرابطة وثيقة بين الوعد بالعقد أو العقد

الابتدائى وبين العقد النهائي، ولهذا اشترط القانون تحديد المسائل الجوهرية لهذا العقد النهائي.

وتشترط الفقرة الثانية من المادة المتقدمة مراعاة الشكلية التي يفرضها القانون في العقد الابتدائى إذا ما اريد به تحقيق عقد شكلى، ومن البديهي ان الوعد بالعقد العيني لا قيمة له، لإنعدام ركن من أركانه وهو للقبض أو التسليم (كالوعد بالقرض، أو بالعارية)، اذ ليست له - وفقاً لفقه القانون المدني العراقي - قوة ملزمة^(٣).

(١) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٥٨ و ٥٩.

(٣) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن القانون - المرجع السابق - ص ٣١ و ٣٢.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يشترط لإنعقاد الوعد بالبيع سواء في القانون المدني القديم أو في القانون القائم إتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به، فضلا عن المدة التي يجب فيها على الموعود إظهار رغبته في الشراء، وذلك حتى يكون السبيل مهينا لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود دون حاجة إلى إتفاق على شئ آخر والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التي يرى العقادان الإتفاق عليها والتي ما كان يتم البيع بدونها - فإذا كان الطرفان قد افصحا في البند الرابع من عقد البيع المبرم بينهما الذي اعتبره الحكم المطعون فيه متضمنا وعدا من جانب الحكومة ببيع خمسمائة فدان ثانية للمطعون عليه عند وجود شروط أخرى - إلى جانب الشروط الواردة في العقد - لم يعينها الطرفان وإنما تركا لوزارة المالية وضعها عند إبرام بيع هذه الصفقة، وكان حرص الحكومة على الإشارة في العقد إلى تلك الشروط يدل على أنها تعتبرها من الشروط الجوهرية للبيع والتي بدونها لا تقبل إبرامه، فإن إظهار المطعون عليه رغبته في الشراء لا يؤدي بذاته إلى إنعقاد بيع تلك الصفقة، بل لابد لذلك من تعيين الشروط التي إتفق الطرفان على ترك أمر وضعها لوزارة المالية ومن قبول المطعون عليه لها بعد اطلاعه عليها، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر الإتفاق الوارد في البند الرابع من العقد وعدا ببيع الخمسمائة فدان الثانية وذلك من خلوه من بيان بعض شروط البيع الجوهرية، واذ إنتهى الحكم إلى اعتبار بيع هذه الصفقة قد تم صحيحا بإظهار المطعون عليه رغبته يكون قد اخطأ في القانون، وخرج بقضائه عما إتفق عليه المتعاقدان.

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - مدني ص ١١٥)

٢ - يشترط قانونا لانعقاد عقد بيع إذا ما ابدى المعقود له رغبته في التعاقد، مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد، فإذا إقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الموعد فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، اذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينعقد العقد إذا صادفه قبول من الطرف - فإذا كانت محكمة الموضوع قد إستخلصت بأسباب سائغة وفي نطاق سلطتها الموضوعية ان إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن، فإن الحكم اذ إنتهى إلى ان البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا من أركان إنعقاده، وهو الثمن، ورتب على ذلك بقاء عقد الإيجار المبرم بينهما من قبل ساريا كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته في الشراء لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٢٩١)

٣ - إذا كان الثابت في الدعوى ان (....) وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالإتفاق المؤرخ... وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب (....) وهو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع. ولا يؤثر عليه ارجاء التحديد النهائي لمساحة البيع - واذ كان الحكم المطعون

فيه قد إعتبر الإتفاق المؤرخ.... عند بيع كامل الأركان، ورتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين، وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق وإلتزامات المشتري الأول اليهما بإعتبارهما مشترين، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ في تطبيقه.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٠١)

٤ - يشترط لإنعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدني ان يتفق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها، وذلك حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له، دون حاجة إلى إتفاق على شئ آخر، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى العاقدان الإتفاق عليها، والتي ما كان يتم العقد بدونها - وإذا كان يبين من مطالعة الإتفاق المبرم بين الطرفين انه لم يفصح أصلاً عن ماهية العقد المراد إبرامه، ولم يكشف عن حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين أو الأركان المميزة لها، ولم يعين صراحة أو دلالة المدة التي يجب فيها إبرام العقد النهائي، وكان لوجه لما تدعيه الطاعنة من ان الإتفاق ينطوي على عقد عمل غير محدود المدة مع ما ينص عليه الإتفاق صراحة من ان العلاقة بينها وبين المطعون ضده ينظمها في المستقبل عقد جديد، فضلاً عن انه لم يتضمن باقى العناصر التي تتحقق بها علاقة العمل وهي توافر التبعية، وكون الأعمال محل هذه العلاقة. اعمالاً مادية، مما مؤداه تخلف الشرطين الواجب توافرها لإنعقاد الوعد بالتعاقد، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٦٤٩)

٥ - الإتفاق الذي يعد من قبيل الوعد بالتعاقد الذي نصت عليه المادة ١٠١ من القانون المدني هو الذي ينفق بموجبه الطرفان عليه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه بما في ذلك المدة حتي يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائي.

(الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٣/٣/١١)

٦ - النص في المادة ١٠١ من القانون المدني علي أن " الإتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها..... " وفي المادة ٤٦٥ من ذات القانون علي أن " إذا إحتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً " مفاده أنه يشترط لإنعقاد الوعد بالبيع إتفاق الواعد والموعود علي جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به حتي يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد في المدة المتفق علي إبرامه فيها.

(الطعن ٧٤٦٠ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٨/٦/٢٠ لم ينشر بعد)

٧- أن تقدير أدلة وقرائن التزوير مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاؤها في ذلك على أسباب سائغة، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في قضائه إلى أن البين من تقرير الطب الشرعي أن العبارتين محل الطعن وإن كانتا تختلف لونا

ونوعا عن المداد المحرر به عبارات العقد إلا أنهما حررتا بمداد يتفق لونا ونوعا والمداد المحرر به توقيع الطاعن الذي ثبت صحته ولم يثبت أنهما جاءتا في ظرف زمني مغاير كما أن الطاعن لم يقدم نسخة العقد الثانية المسلمة له لإجراء المضاهاة بينهما رغم مطالبته بها تأييدا لصحة زعمه وكان هذا الذي أورده الحكم سائغا له أصله الثابت بالأوراق ويكفي لحمل قضائه ويؤدي إلى ما انتهى إليه من رفض الادعاء بالتزوير وبصحة العقد فإن ما يثيره الطاعن بوجه النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٠٤٦٤ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٢/٩/٢٠٠٨)

* * *

مادة (١٠٢)

إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٠٢ لیبی و ١٠٤ سوری و ٨٧ سودانی.

التعليق:

يراجع التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على المادة ١٠١ مدنى مصرى.

راى الفقه:

١ - إذا اقتضى إبرام العقد النهائى تدخلا شخصياً من الواعد، فى حالتى الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد، كما لو كان العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على امضاء البائع تمهيداً للتسجيل، فإمتنع البائع عن ذلك، جاز استصدار حكم ضده، وقام الحكم متى حاز قوة المقضى مقام عقد البيع، فإذا سجل انتقل ملكية العقار إلى المشتري، وبسنتنى من هذه القاعدة العقد الشكلى إذا لم يكن الوعد به قد استوفى فى الشكل المطلوب، إذ الحكم به لا يقوم مقام العقد، بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض - أما إذا كان الوعد بعقد شكلى قد استوفى الشكل الواجب، فإن الحكم فى هذه الحالة يقوم مقام العقد، وهى الأحكام التى نصت عليها المادة ١٠٢ مدنى^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - لما كان الطاعن قد إستنجد المطعون ضدهم فى إتمام العقد النهائى بإظهار رغبته فى إتمام هذا العقد فى أشكال مختلفة بداية من الإنذار حتى رفع هذه الدعوى (بندب خبير لتقدير ثمن الأرض محل الوعد بالبيع) بعد أن لمس رغبة منهم فى النكول عن الوعد بتوقف إجراءات البيع التى طلب المحافظ إتخاذها رغم موافقة بعض الجهات المختصة عليه وتسليمه الأرض وإصدار ترخيص له يحمل رقم ١ لسنة ١٩٨٤ من مجلس شبرا الخيمة بإقامة سور حولها وإستغلالها فعلاً فى الغرض المطلوب الشراء من أجله وكان يجوز للموعود إعمالاً لحكم المادة ١٠٢ من القانون المدنى فى حالة نكول المتعاقد الآخر من إنجاز وعده مقاضاته طالبا تنفيذ الوعد متى كانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوافرة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى لعدم توافر شروط الوعد بالبيع فإنه يكون معيباً.

(الطنن رقم ١٩١٥ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٣ / ٢٠٠٣)

(١) الوسيط - ١ - الدكتور - السنهوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ٢٤٩ وما بعدها ، وكتابه : الوجيز - ص ٨٤ وما بعدها.

مادة (١٠٣)

(١) دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد ان لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، الا إذا قضى الإتفاق بغير ذلك.

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٠٣ لىبى و ١٠٤ سورى و ٩٢ عراقى و ٨٨ سودانى. و ١١٦ كويتى و ٣٠٣ و ٣٠٤ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

تعرض نصوص هذه... لأحكام العربون فى جملتها، وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة:

فإذا إتفق المتعاقدان على خيار العدول جاز لكل منهما ان يستقل بنقض العقد، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وان عدل من قبضه رد ضعفه، على ان خيار العدول هذا لا يفترض، بل يجب الإتفاق عليه صراحة.

اما إذا لم يتفق المتعاقدان على خيار، فلا يجوز لايهما ان يستقل بالعدول عن العقد، ما لم يقض العرف بغير ذلك، ويجب رد العربون إذا إتفق الطرفان على الالغاء أو الافالة، أو فسخ العقد بخطئهما، أو وقع الفسخ لاستحالة التنفيذ بسبب ظروف لا دخل لها فيها. على ان لكل من المتعاقدين فى غير هذه الأحوال ان يطلب تنفيذ العقد:

أ - وفى حالة التخلف الاختيارى عن الوفاء، يكون للعاقد الاخر ان يختار بين التنفيذ الجبرى وبين الفسخ مع اقتضاء العربون على سبيل التعويض بأن يحتفظ بالعربون الذى قبضه، أو بأن يطالب بضعف العربون الذى دفعه، ولو لم يلحق به ضرر من جراء ذلك، ويكون لإشتراط العربون فى هذه الحالة شأن الشرط الجزائى، ولكنه يفترق عنه من حيث عدم جواز التخفيض أو الالغاء، فهو يستحق ولو انتفى الضرر على وجه الاطلاق اما إذا كان الضرر الواقع يجاوز مقدار العربون فتجاوز المطالبة بتعويض اكبر، وفقا للمبادئ العامة.

ب - وفى حالة تنفيذ الإلتزام اختياريا يخصم العربون من قيمة الإلتزام، فإذا استحال الخصم وجب رده إلى من اداه.

والظاهر ان القضاء المصرى لا يشذ كثيرا عن اتباع القواعد التى تقدم بيانها^(١).

راى الفقه:

١ - يحدث ان يدفع احد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مالا، يكون عادة من النقد، يسمى العربون، واكثر ما يكون ذلك فى عقد البيع أو فى عقد الإيجار فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الاجرة، اما لحفظ الحق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٨١ وما بعدها.

لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد، بأن يدفع من يريد العدول مقدار هذا العربون للطرف الآخر، وأما للبت في العقد عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون. ويتبين من نص المادة ١٠٣ مدنى مصرى انه إذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على ان العربون انما لتأكيد البنود في التعاقد، كان دفعه دليلاً على الإحتفاظ لكل من المتعاقدين بالحق في العدول، فإذا لم يعدل احد منهما عن العقد في خلال المدة المتفق عليها، أصبح العقد باتاً، وإعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً له، أما إذا عدل احد المتعاقدين، فإنه يجب عليه ان يدفع للآخر مقدار العربون، فإذا كان هو الذى دفعه، فإنه يفقده، وإذا كان هو الذى اخذه، فإنه يردده ويرد معه مثله، وغرامة العربون على هذا النحو لا تعتبر تعويضاً عن ضرر، اذ هي لازمة حتى لو لم يترتب على العدول اى ضرر، ولكنها المقابل الذى إتفق عليه المتعاقدان لحق العدول، وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى، فالشرط الجزائى تقدير إتفاقى لضرر وقوع، فجاز للنقاضى تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه، بل جاز له الا يحكم به أصلاً إذا لم يقع اى ضرر، أما العربون فلا يجوز تخفيضه جاز له الا يحكم به أصلاً إذا لم يقع اى ضرر. أما العربون فلا يجوز تخفيضه مطلقاً، اذ هو البديل فى التزام بدلى، ويكون المشتري مثلاً ملتزماً أصلاً بدفع الثمن دائماً بالشئ المبيع، ولكن تبرأ ذمته من الثمن ويسقط حقه فى الشئ المبيع إذا هو ادى العربون^(١).

٢ - العربون فى فقه القانون هو ان يدفع احد المتعاقدين مالا للآخر عند إبرام العقد، على ذمة تنفيذ العقد، أو على امل إتمام التعاقد، فالعربون قد تكون له دلالة تمام العقد والبدء فى تنفيذه، كما لو بعث لك شيئاً فإنك تدفع من ثمنه جزءاً كعربون. وقد تكون للعربون دلالة اخرى هي الرغبة فى إتمام التعاقد، إذا عدل المتعاقد عن هذه الرغبة خسر العربون أو مثله، فيصبح العربون جزاء العدول عن إتمام العقد، فإذا بعث لك شيئاً وإتفقنا على مبلغ كعربون لإتمام العقد النهائى، ثم عدلت انت عن الشراء خسرت العربون، إذا عدلت أنت عن البيع رددت لك العربون مثله - وقد اخذ القانون المصرى والليبي والسورى فى العربون بدلالة الرغبة فى إتمام العقد، أما القانون العراقى فقد اخذ فى العربون بدلالة البدء فى تنفيذ العقد، ولكنه اجاز ان يكون العربون جزءاً التقصير فى تنفيذ العقد.

أما الفقه الاسلامى، فالحكم قد يختلف، ذلك ان العربون عندما تكون له دلالة تنفيذ العقد، يكون امراً جائزاً فى الفقه الاسلامى، فمثلاً إذا بعث لك شيئاً ودفعت من ثمنه جزءاً كعربون، دل هذا على تمام تنفيذ العقد، وإحتسب العربون من جملة الثمن^(٢).

٣ - يفهم من المادة ٩٢ من التقنين المدنى العراقى ان دفع العربون يعتبر دليلاً على ان العقد أصبح باتاً لا يجوز لاي من الطرفين ان يعدل عنه، فذلك هو ما إستقر عليه العرف فى العراق ومع هذا فإنه يجوز للمتعاقدين الإتفاق على ما يخالف ذلك، وعلى إعتبار العربون جزاء للعدول عن العقد، وفى هذه الحالة إذا عدل عن دفع

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق ص ٢٥٩ وما بعدها، وكتابة: الوجيز - ص ٩١ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٩٤ - وما بعدها.

العربون إعتبر بمثابة تعويض إتفاقي للطرف الآخر، وإذا عدل من قبض العربون رده ومثله.

واجب ان الفت هنا إلى الامور الاتية:

ان العربون فى النقتين العراقى دليلا على ان العقد أصبح باتا لا يجوز العدول عنه، وهو فى النقتين المصرى والسورى دليل على ان لكل من المتعاقدين حق العدول عنه.

ان العربون لا يعتبر شرطا جزائيا، ذلك لان الشرط الجزائى لا يكون مستحقا إذا لحق المتعاقد ضرر على خلاف العربون، فإنه يعتبر بمثابة المقابل لحق العدول، سواء لحق الطرف الآخر ضرر أو لم يلحقه، وحق العدول متروك لمحض إرادة المتعاقد ومشينته، فليس للمتعاقد الآخر ان يرفض ذلك، وذلك على خلاف الشرط الجزائى الذى لا يمكن فرضه على المتعاقد مادام التنفيذ العينى ممكنا، ومادام المتعاقد راغبا فيه، إذ لا يجوز لاحد الطرفين ان يتخلص من التزاماته التعاقدية مقابل دفع مبلغ الشرط الجزائى للطرف الآخر، واخيرا يلاحظ ان الشرط الجزائى يكون محلا لتقدير القاضى على خلاف العربون^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لمحكمة الموضوع ان تستظهر نية العاقدین من ظروف الدعوى - فتمضى اقام الحكم المطعون فيه قضاؤه بأن الورقة المتنازع على تكيفها تتضمن بيعا باتا وليس مشروع بيع أو وعدا بالبيع أو بيعا بالعربون، على انه وقد تحدد فيها البائعون والعين المباعة والثلث ما دفع منه، وتعهد فيها المشتري بالوفاء بالباقي طبقا للمساحة الحقيقية، كما اقر باستلام العين المباعة بحالتها والتزامه بالأموال الاميرية، وبدفع تعويض قدره مائتى جنيه إذا امتنع عن تنفيذ التزامه، وقدم البائعون والمشترون العقد للمساحة لامكان شهره، فإن محكمة الموضوع لا تكون قد اخطأت فى التكييف القانونى للورقة المتنازع عليها، لان أركان البيع وشروط صحته تتوافر فى هذه الورقة.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٢٥ - مجموعة الأعمال الفنى السنة ١٩ - مدني ص ٨٥٦)

٢ - مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدنى، ان دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز العدول عن البيع، الا إذا إتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على ان دفع العربون قصد به تأكيد العقد، فيعثر المدفوع تنفيذا له وجزءا من الثمن - ان إستظهار نية العاقدین من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع، واذا كانت محكمة الموضوع قد إستخلصت من نصوص العقد وظروف الدعوى بأسباب سائغة ان المتعاقدين قصدوا ان يكون البيع باتا بشرط جزائى، ولم يقصدوا ان يكون بيعا بعربون، فإن النعى على الحكم بهذا السبب لا يعدوا ان يكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٣٤٤)

(١) القانون المدنى العراقى - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٣٢ و ٣٣.

٣ - العربون حسب الوارد بالفصل ٣٠٣ من المجلة المدنية (التونسية) هو ما يعطيه احد المتعاقدين للآخر لاجل إتمام ما تعاقدوا عليه، وبذلك فهو لا يتصور في العرف والتطبيق الا دفعة واحدة تؤخذ من احد المتعاقدين كوسيلة لجبره على إتمام العقد لا اقساطا متعددة بعنوان كونها جزءا من الثمن^(١).

٤ - عدم إتفاق المتعاقدين علي دلالة دفع العربون. نشوب الخلاف بينهما أثناء تنفيذ العقد عن أي منهما عدل عن البيع إلزام. المحكمة ببيان هذه الدلالة وأي من الطرفين الذي عدل ثم إنزال أحكام القانون علي النزاع. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام المطعون ضده (البائع) برد المتبقي من العربون دون بيان الأساس الذي أقام عليه قضاءه وبرفض دعواه الفرعية بإلزام الطاعن (المشتري) بالتعويض لعدم قيامه بتنفيذ إلزامه لعقده قصور.

إذ كانت الثابت من عقد البيع موضوع الدعوى المؤرخ..... وبما لا خلاف عليه بين الطرفين - أن المطعون ضده (المشتري) دفع للطاعن (البائع) مبلغ مائة ألف جنيه عربون الصفقة ، ولم يتفق الطرفان في العقد علي دلالة دفع العربون ، ثم نشب الخلاف بينهما أثناء تنفيذ العقد ، عن أي منهما الذي عدل عن البيع الأمر الذي كان يوجب علي المحكمة قبل أن تفصل في موضوع النزاع ، أن تتصدي للفصل في أمرين أولهما دلالة دفع في موضوع النزاع ، أن تتصدي للفصل في أمرين أولهما دلالة دفع العربون ، هل كان لإثبات حق العدول للطرفين أم لتأكيد الصفقة ، والثاني أي من الطرفين الذي عدل ثم تنزل أحكام القانون والواجب إعمالها علي أي النزاع ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلي الواجب إعمالها علي أي النزاع ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلي الواجب إعمالها علي أي النزاع ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلي إلزام الطاعن برد المتبقي من العربون دون أن يبين الأساس الذي أقام عليه قضاءه ورفض الفرعية ، فإنه يكون معيباً بالقصور.

(الطعن ٦١٨ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠١/١/٤ لم ينشر بعد)

٥ - وحيث إن هذا النعي في محلة ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني علي أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول إلا أن شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك والمرجع في بيان هذه الدلالة هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه في القانون وأن لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي إنعقد به البيع باتاً أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضائها يقوم علي أسباب سائغة لما كان ذلك وكان البين من الإيصاليين المؤرخين ١٦/١٠/١٩٩٢ ، ١٣/١١/١٩٩٢ أنهما تضمنا البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع من تراض

(١) إستئناف صفاقس - جلسة ١٩٦٠/١/٢١ - مجلة القضاء والتشريع التونسية - العدد ٤ - ص ٥٤.

ومحل وثمن ومعاينة للشقة المباعة المحددة تحديداً نافياً للجهالة وإقرار المطعون ضده في كل الإيصاليين بأن المبلغ المسدد دفعه مقدمة من الثمن الإجمالي للشقة البالغ مقداره ثمانين ألف جنيه ولا ينال من ذلك إطلاق لفظ عربون علي المبالغ المسدده إذ لم يقصد به إعطاء الحق للمتعاقدين في العدول عن البيع وإنما قصداً به أن عقدهما مبرم علي وجه نهائي وبدليل أن المطعون ضده لم يختار العدول عن العقد برغم فوات وقت علي العقد ووضع المشتري يده علي شقة النزاع بل قام المطعون ضده بمطالبته الطاعن بإعلان علي يد محضر بسداد باقي الثمن وقدره عشرون ألف جنيه بما ينبئ وبطريق اللزوم العقلي أن النية قد انصرفت إلي إتمام البيع وليس إلي مجرد الوعد به أو بيعاً بالعربون - وإذا التفت الحكم المطعون فيه عن دلالة الإيصاليين والإعلان سالف الذكر وكيف العقد بأنه وعد بالبيع لمجرد اختلاف المبيع في الإيصاليين وخلوهما من تحديد الشقة المباعة تحديداً واضحاً ومن بيان حصة الشقة في أرض عقار النزاع رغم أن اختلاف المبيع في كلا الإيصاليين علي فرض صحته لا أثر له في التعرف علي نية المتعاقدين طالما أن الطرفين لا يختلفان علي أن الشقة التي وضع الطاعن يده عليها هي موضوع الاتفاق بينهما أياً كان هذا الاتفاق بيعاً تاماً أو بيعاً بالعربون أو وعداً بالبيع ومن ثم فإن هذا الاختلاف أو خلو العقد من بيان ، الحصة في الأرض لا يؤدي إلي تلك النتيجة التي إنتهي إليها الحكم من أن البيع غير نهائي بما يجعله معيباً بالفساد في الاستدال والقصور في التسبيب وهو ما جره إلي الخطأ في تطبيق القانون إذ رتب علي ذلك أن الاتفاق محل التعاقد ليس بيعاً باتاً وهو ما يعيبه ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلي بحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن ٢٣٨٨ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٢/١/٢١ لم ينشر بعد)

* * *

□ مادة (١٠٤)

(١) إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً.

(٢) ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ١٠٤ لیبی و ١٠٥ سوری و ٨٩ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية فما دامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلبسها من ظروف، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل، وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد، فإذا انتزع رضاه بالاكراه، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس، كان العقد قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب، أما فيما يتعلق بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد، فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين معسر، تواطاً مع نائب المشتري، ولو أن الأصل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ - وعلى نقبض ما تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصل دون النائب، فإذا كان الأصل اهلاً للتعاقد بالاصالة صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية، وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة، فمادام النائب غير اهلاً لعقدها، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للبطلان^(١).

راى الفقه:

١ - النيابة هي إرادة النائب محل إرادة الأصل، مع إنصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو - والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها، تكون اما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق كما فى الولى والموصى والقيم والسندىك والحارس القضائى والفضولى والدائن يستعمل حق المدين - أو تكون نيابة إتفاقية إذا كان الإتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها - ويتحقق هذا فى عقد الوكالة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - جزء ٢ - ص ٩١ و ٩٢.

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في النيابة هي ان من ينوب عن غيره انما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه، وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى النائب انما يقتصر شخص الأصيل فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته، فذلك هو الرسول لا النائب، وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى ان التعبير الذي يصدر من النائب انما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها، اذ يكون في هذه الحدود معبرا عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو.

والنيابة لا تتحقق الا إذا توافرت شروط معينة، ولها أثارها الخاصة وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد أو عن احدهما ويكون هو الطرف الآخر، فيبدو في الحالتين انه يتعاقد مع نفسه، وهي حالة هامة من أحوال النيابة.

وحتى يتحقق النيابة - طبقا لنص المادة ١٠٤ من النقيين المدني المصري - يجب ان تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وان تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة، وان يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب.

ولما كان النائب يعمل باسم الأصيل، فإن أثر العقد لا يلحقه هز بل يلحق الأصيل، ويترتب على ذلك ان النائب لا يستطيع ان يطالب الغير بحق من الحقوق التي انشأها العقد لنفسه، كما لا يستطيع الغير ان يطالبه شخصيا بالتزام من الإلتزامات التي رتبها العقد^(١).

٢ - تنقسم النيابة بحسب المصدر الذي يجعل الشخص نائباً الى: (١) نيابة إتفاقية، كنيابة الوكيل عن الموكل (٢) نيابة قضائية، كنيابة الوصي عن القاصر، والقيم عن المحجور عليه، والحارس القضائي عن الشخص الموضوعة أمواله تحت الحراسة القضائية (٣) نيابة قانونية، كنيابة الولى والدائن الذي يستعمل حقوق مدنية. اما المصدر الذي يحدد سلطة النائب فقد يكون هو الإتفاق كما هو الحال في الوكالة، وقد يكون هو القانون كما هو الحال في نيابة الإتفاق كما هو.

* * *

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ١٨٩ - وما بعدها، وكتابه : الوجيز - ص ٥٧ وما بعدها.

مادة (١٠٥)

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠٥ لىبى و ١٠٦ سورى و ٩٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

إذا كان شخص النائب هو الواجب الإعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد، فعلى النقيض من ذلك ينبغى ان يرجع الى شخص الأصيل وحده، عند تعيين مصير آثاره، فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد وإليه تنصرف جميع آثاره، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة القانونية - ومع ذلك، فينبغى التفريق بين صور مختلفة، فالقاعدة التى تقدمت الإشارة إليها تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل، وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى، رغم حقيقة نيابته متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغى ان يعلم، بوجود النيابة أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو نائبه، وقد استحدثت - باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى - حكما عاما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية، اما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير، وهى التى تقضى بإنصراف آثار العقد الى النائب أو المسخر، فلا تنطبق الا إذا كان يتعامل مع هذا النائب جهل بوجود النيابة أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه^(١).

راى الفقه:

١ - تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير، ويختفى شخص النائب من بينهما، فهما المتعاقدان، وهما اللذان ينصرف إليها أثر العقد، فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت له من العقد ويطالب الغير بها دون وساطة النائب، كذلك يكسب الغير الحقوق التى تولدت له من العقد ويرجع بها مباشرة على الأصيل، وقد أوردت المادة ١٠ مدنى مصرى^(٢).

٢ - فى فقه القانون تنشأ علاقة بين الأصيل والغير الذى تعاقد مع النائب لان أثر العقد ينصرف الى الأصيل، وذلك طالما أبرم النائب العقد بصفته نائبا بخلاف ما لو تم التعاقد باسم مستعار فتصرف آثار العقد الى النائب، فإذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٩٥ و ٩٦.

(٢) الوجيز - الدكتور السهنورى - المرجع السابق ص ٦٤.

الأصيل (م ١٠٥ مدنى مصرى وليبى ١٠٦ سورى، وهو الحكم المعمول به فى العراق ولبنان وتونس بغير نص) فالأصيل والغيرهما طرفا العقد من حيث آثاره، وبالتالي يجوز للأصيل ان يطالب الغير الذى تعاقد مع نائبه بحقوقه الناشئة عن العقد، كما ان لهذا الغير ان يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن هذا العقد. اما فى الفقه الإسلامى، فحكم العقد ينصرف الى الأصيل عند جميع الفقهاء سواء ذكر النائب انه يتعاقد باسم الأصيل أو اضاف العقد الى نفسه^(١).

٣ - متى أبرم النائب فى حدود نيابته تصرفا قانونيا باسم الأصيل، فإن آثار ذلك التصرف تلتحق بحكم النيابة - مباشرة، فتشغل ذمته بما ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف إليها ما ينشأ عنه من حقوق، وفى هذا الأثر تتجلى القيمة العملية لنظام النيابة - بمختلف تطبيقاته المتعددة فى القانون - فالنيابة تسمح للشخص بان يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وانما قام بها شخص اخر احل ارادته محل إرادة صاحب الشأن اما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون، وقد نص القانون المدنى المصرى على أثر النيابة فى المادة ١٠٥ منه - والنيابة لا تنتج أثرها بإنشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه النائب، الا إذا كان قصد كل من النائب والغير - وهما المنشئان للعقد بتلاقى ارادتهما - قد إنصرف الى إنتاج ذلك الأثر - ولا يتصور إنصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا ان يكون العلم بوجود النيابة مشتركا بينهما، والصورة المثلى للإشتراك فى العلم بالنيابة هى ان يعلن النائب عند التعاقد انه يتعاقد بصفته نائبا عن الأصيل، وهذا ما عنته المادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى عند ذكرها إبرام النائب عقدا فى حدود نيابته باسم الأصيل، على انه لا محل للتمسك بحرفية هذا النص وإشتراط ذكر اسم الأصيل صراحة عند التعاقد لان المقصود هو علم الغير المتعاقد بان العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون عن طريق الإعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق اخرى - ونصت المادة ١٠٥ مدنى مصرى على أثر النيابة بالنسبة للأصيل وتضمن نصها الشروط الثلاثة التى تتحقق بها النيابة، ويتم بإجتماعها إنصراف آثار التصرف الى الأصيل، وهى:

- ١- ان النائب يستعمل ارادته الخاصة فى إبرام التصرف.
- ٢- ان يكون التصرف داخلا فى حدود المهمة المخولة للنائب.
- ٣- ان يتعاقد النائب باسم الأصيل^(٢).

(١) نظرية الالتزام - للدكتور عبد الناصر - المرجع السابق - ص ١٠٧ وما بعدها.

(٢) النيابة فى التصرفات القانونية - الدكتور جمال مرسى بدر - المرجع السابق - ص ٢٢٦ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - خروج الوكيل عن حدود وكرالته فى تعاقد سابق لا يلزم منه إعتبار تصرف آخر لاحق حاصل من الوكيل نافذا فى حق الموكل ما دام ان هذا التصرف كان صادرا من وكيل خارج حدود الوكالة، اذ هو لا ينفذ فى حقه الا بإجازة ذات التصرف.

(جلسة ١٢/٥/١٩٦٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدني ص ٣٩١)

٢ - من يعبر اسمه ليس الا وكىلا عمن اعاره وحكمه هو حكم وكل وكيل، فيمتنع عليه قانونا ان يستأجر لنفسه بشئ وكل فى ان يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من ناحية ان وكرالته مستترة - وهذا يقتضى ان تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت المصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شئاً، ولا يكون له ان يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار، كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله، وان كانت للوكيل معبر الاسم فيما بينه وبين البائع والغير، ويرجع ذلك الى انه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة فى مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة الى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبل قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما، وينتج من هذا ان الأصيل لا يحتاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه، الى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية اليه، اذ يعتبر الأصيل فى علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى اى إجراء، وانما يلزم ذلك الإجراء فى علاقة الأصيل بالغير - اذ كان ذلك، كان الحكم المطعون قد إنتهى الى تكييف عقد البيع الى انه تعاقد بطريق التسخير، فإنه يكون عقدا حديا، ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع الى المسخر وبالتالي الى الموكل، والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع وإستحالة انتقالها الى الموكل، ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حان دون تنفيذ مقتضى القانون، وما اراده من ان تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع.

(نقض - جلسة ٢٦/١١/١٩٦٤ المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٠٧٣)

٣ - من مقتضى القواعد العامة فى النيابة حسبما يبين من نصر المادة ١٠٥ من القانون المدني إضافة الحقوق والإلتزامات التى تنشأ عن التصرفات التى يبرمها النائب باسم الأصيل الى هذا الأخير أخذا بأن إرادة النائب وإن حلت محل إرادة الأصيل إلا أن الأثر القانون لهذه الإرادة ينصرف الى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو وبالتالي فإن استيفاء الديون المرتبة فى ذمته بناء على تصرف النائب عنه يكون إما بأدائها إختياراً أو بطريق التنفيذ الجبري ثم الوفاء بها من حصيلة هذا التنفيذ مما لازمه ألا يقع الحجز الا على ما هو مملوك للمدين دون النائب إذ لا يسأل هذا الأخير فى أمواله عن أثار التصرفات التى يبرمها باسم الأصيل

(الطعن ١٢٠٣ لسنة ٦٠ ق - جلسة ٢٤/١١/١٩٩٤ س ٤٥ ص ١٤٦٦)

٤- المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه ولئن كان الأصل وفقاً لنص المادتين ١٣ و ١٠٥ من القانون المدني أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلى الأصل 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.

(الطعن رقم ٤٢٤ - لسنة ٥٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٦ / ٢٠٠٢)

٥- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة ١٠٥ من القانون المدني أن ما يبرمه النائب في حدود نيابته من عقود باسم الأصل فإن ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصل، وكان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا تمسك الخصم بدفاع وقدم المستندات المؤيدة له، وكان هذا الدفاع جوهرياً مما يتغير به - إن صح - وجه الرأي بالدعوى فإنه يتعين على محكمة الموضوع الرد عليه بأسباب خاصة وإلا شاب حكمها القصور في التسييب.

(الطعن رقم ٤١٢ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٣ / ٢٠١٠)

* * *

مادة (١٠٦)

إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠٦ ليبى و ١٠٧ سورى و ٩١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع التعليق الوارد على المادة ١٠٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - ان عدم افصاح الوكيل عن صفته فى العقود التى يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدى بذاته الى صورية التوكيل، لان تعامل الوكيل باسمه مع الغير، لا بغير من علاقته مع موكله فليتزم الموكل بموجب عقد الوكالة بتنفيذ التزام به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو ان الوكيل فى هذه الحالة هو الذى يكون ملزماً قبل الغير الذى تعامل معه الا إذا كان من المفروض حتماً ان هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده ان يتعاقد مع الأصيل أو النائب، فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذى تعاقد مع الوكيل وبين الموكل، كما هو الحال فى الوكالة الظاهرة.

(جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدنى - ص ٥٨٣)

٢ - متى كان الوكيل بالعمولة قد تعاقد لحساب موكله باسم نفسه، فإن الموكل يبقى اجنبياً عن العقد ولا تنشأ بينه وبين من تعاقد مع الوكيل علاقة قانونية تجيز لاحدهما الرجوع على الآخر بدعوى مباشرة.

نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٤ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص ٤٢

ونقض - جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٢٣٧،

ونقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢٠١٦

٣ - يشترط لإعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل، أو يكون المظهر الخارجى الذى احدث هذا الأخير خاطئاً، وان يكون الغير الذى تعامل مع الوكيل الظاهر قد اتخذ بمظهر الوكالة الخارجى دون ان يرتكب خطأ أو تقصيراً فى استطلاع الحقيقة - ولما كان تعيين المدير وفقاً لنظام الشركة المشهر - والذى صار حجة على الكافة - لا يترتب عليه خلق مظهر خارجى خاطئ من شأنه ان يخدع المتعامل معه، وكان المدين الذى إتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق فى ذمته، لا يعتبر حسن النية، لانه كان يعلم ان هذا التصرف التبرعى لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين، ولا يملك توكيل غيره فى إجراءاته، ومن ثم

فإن موافقة المدير على هذا الإبراء لا تكون حجة على الشركة الطاعنة لإنعدام نيابة عنها في الحقيقة والظاهر.

(جلسة ١٩٧١/١/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني ص ١٠٠)

٤ - الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبياً عن تلك العلاقة - بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه في الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن إنصراف أثر التعامل تبعاً لذلك إلي هذا الأخير إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبئ في ظاهر الأمر عن إنصراف ارادته إلي انابته لسواه في التعامل باسمه كأن يقوم مظهر خارجي منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً في اعتقاده بأنه ثمة وكالة قائمة بينهما ، إذ يكون من حق الغير حسن النية في هذه الحالة ان يتمسك بإنصراف أثر التعامل الذي أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل إلي الأصيل لأعلي أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهي غير موجودة في الواقع - بل علي أساس الوكالة الظاهرة ، ذلك لأن ما نسب إلي الأصيل في هذا الصدد يشكل في جانبه صورة من صور الخطأ الذي من شأنه ان يخدع الغير حسن النية في نيابة التعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمّله علي التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم جعل التصرف الذي أجره الغير حسن النية نافذاً في حق الأصيل. ثبوت الوكالة الظاهرة أمر موضوعي يتوقف علي فهم المحكمة للواقعة متي كان إستخلاصها لما إستخلصته سائغا ومستمداً من وقائع ثابتة لها أصلها الثابت في الأوراق.

(الطعن ١٦٠٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/١/١٧)

٥ - المقرر في قضاء هذه المحكمة انه يشترط لنفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلباً أو ايجاباً - في ظهور التصرف علي الحق بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلي التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها ان تولد الإعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، ولمحكمة الموضوع في حدود سلطتها الموضوعية إستخلاص قيام الوكالة الظاهر من القرائن الا أنه يتعين أن يكون إستخلاصها سائغا ومؤدياً لما انتهى إليه قضاؤها وكافيا لحمله.

(الطعن ١٥٣٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٤/١١)

٦ - من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان المناط في التعرف علي مدي سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للوكيل إجراءاتها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات يتحدد بالرجوع إلي عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلي الملابسات التي صدر فيها وظروف الدعوى ، فإذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً للعقد أو المحرر وأضافا إليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطاً أو عبارات تتعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة وجب تغليب الشروط والعبارات المضافة باعتبارها واضحة عن إرادة المتعاقدين.

(الطعن ١٤٩٠ ق ٦١ - جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥)

٧ - تفسير عبارات الوكالة وتحديد سعتها هو ما يختص به قاضي الموضوع بغير معقب عليه من محكمة النقض مادام هذا التفسير يقع علي توكيل لم يتم الغاؤه وما تحتمله عباراته بغير مسخ.

(الطعون ٦٣٢، ٣١٥، ٥١٥ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/٣٠)

(الطعن ٣٤٣ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩١/١٠/١٥)

٨ - الوكالة بطريق التستر أو التسخير تطبيق لقواعد الصورية. إثباتها علي عاتق مدعيها. إنصراف أثر العقد للأصيل في علاقته بالغير. شرطه. مادة ١٠٦ مدني.

الوكالة بطريق التستر أو التسخير ليست إلا تطبيقاً لقواعد الصورية ومن ثم فإن العلاقة بين الموكل والوكيل المسخر يحكمها العقد الحقيقي الذي يسري فيما بينهما ، وبالتالي فعلي من يدعي بقيامها أن يثبت وجودها ، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن المقرر وعلي ما تقتضي به المادة ١٠٦ مدني أن أثر العقد لا يضاف إلي الأصيل دائماً أو مدياً إلا في حالتين هما إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.

(الطاعنان ٢٤٣٧ ، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩٣/٥/٣ س ٤٤ ص ٣٣١)

٩ - التصرفات التي يعقدها الوكيل خارج حدود وكالته. الأصل عدم نفاذها في حق الموكل إلا بأجازته. الاستثناء. إعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل. مؤداه. نفاذ التصرفات التي يبرمها مع الغير حسني النية في حق الموكل متي أسهم الأخير بخطئه سلباً أو ايجاباً في ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق.

(الطعن ١٧٤٤ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٣/١١/١٨)

(الطعن ١٩٣٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧)

(نقض (جلسة ٩٨٧/٦/٣٠ مجموعة المكتب الفني س ٢٨ ص ٨٩٢)

١٠ - تمسك الطاعن في دفاعه بأنه لا يعدو أن يكون وكيلاً مستتراً. اطراح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع بأسباب لا تكفي لحمل قضائه بالزامه بأتعاب المحاماه علي قالة أن وكالته المستترة بغرض صحتها لا حول دون إلزامه بها مما حجبته عن بحث مدي توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ مدني وما ترتبه تلك الفقرة من وجوب رجوع الغير علي الموكل. خطأ وقصور.

لما كان المطعون فيه قد رد علي ما تمسك به الطاعن من دفاع بأنه لا يعدو أن يكون وكيلاً مستتراً وأطرحه بقوله " إن الثابت من المستندات المقدمة من المطعون ضده ومنها التوكيل الرسمي وصحف الدعاوي أنها جميعها بإسم الطاعن الأمر الذي يؤكد إتفاقه وتعاقده من المطعون ضده علي مباشرة هذه الدعاوي ومن ثم يلزم بإتفاقهما بغض النظر عن كونه مسخراً لإبرام العقد من جانب آخر وهو شأنه في الرجوع علي صاحب المصلحة الحقيقي علي نحو ما يدعيه ، وإستند لهذا علي صاحب المصلحة الحقيقي علي نحو ما يدعيه ، وإستند لهذا في القضاء بإلزام الطاعن بأتعاب المطعون ضده ، وكان هذا الذي أورده الحكم في نفي وكالة من يدعي... المستترة

للطاعن لكونها لم تذكر في المستندات المقدمة منه لا يكفي لحمل قضائه في هذا الشأن بإعتبار الوكيل يجوز أن يكون مسخراً فلا يكشف عن صفته في العقود التي يبرمها ومع ذلك تنفذ هذه العقود ويضاف أثرها للموكل في الحالتين المنصوص عليها في المادة ١٠٦ من القانون المدني ، وقد ترتب علي خطأ الحكم هذا أنه حجب نفسه عن بحث مدي توافر شروط الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٦ سالفه الذكر وما يترتب عليها من أثر في وجوب رجوع الغير علي الموكل وجره من بعده إلي ما استرسل إليه خطأ من أن الوكالة المستترة لا تحول دون إلزام الوكيل بالأتعاب المطالب بها دون التحقق من تلك الشروط فإنه يكون معيباً.

(الطعن ٥٥٧٦ لسنة ٦٥ ق (جلسة ١٩٩٧ س ٤٨ ص ١١٦٦)

١١ - تمسك الطاعن الأجنبي بأن زوجته المصرية المطعون ضدها الأولى كانت إسمًا مستعاراً له في تعاقدتها لشراء عقار النزاع اتقاء تطبيق القانون ٨١ لسنة ١٩٧٦. تدليله علي ذلك بعدة قرائن وطلبة الإحالة للتحقيق لإثبات وكالتها عنه. دفاع جوهري. قعود الحكم المطعون فيه عن تمحيصه تأسيساً علي أن المستندات المقدمة من الطاعن الدالة علي إرساله مبالغ نقدية إلي المطعون ضدها الأولى لا تقطع في أنها أنفقت في شراء العقار وإن إرساله هذه الأموال إليها أراد به تأمين مستقبلها وبالتالي يكون تعاقدتها بإسمها لحسابها لا بصفتها وكنية وترتيبه علي ذلك أن لا محل لإثبات الوكالة المستترة كخطأ وقصور.

إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن - وهو غير مصري - قد ذهب إلي أن زوجته المصرية المطعون ضدها الأولى لم تكن في تعاقدتها لشراء عقار النزاع إلا إسمًا مستعاراً له وذلك اتقاء تطبيق أحكام القانون رقم ١٩٧٦/٨١ في شأن تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضي الفضاء وساق للتدليل علي ذلك قرائن منها تحويلات مصرفية وسحوبات من ماله الخاص إلي زوجته المطعون ضدها الأولى ومراسلات متبادلة بينه وبين شقيقها المطعون ضدها الثاني والثالث وأخري دالة علي تعامله مع فريق المهندسين والمقاولين الذين شيّدوا البناء وطلب الإحالة إلي التحقيق لإثبات وكالتها عنه ، لما كان ما سلف ، وكان الحكم المطعون فيه جعل عمده في قضائه أن المستندات المقدمة من الطاعن الدالة علي إرساله إلي المطعون ضدها الأولى مبالغ نقدية لا تقطع في أنها إتفقت في عملية شراء العقار وأن إرساله هذه الأموال إليها بإعتبارها زوجة له أراد أن يؤمن مستقبلها وبالتالي يكون تعاقدتها بإسمها لحسابها لا بصفتها وكنية ورتب علي ذلك أنه لا محل لإثبات الوكالة المستترة وكان هذا القول من الحكم لا يواجه دعوي الطاعن ولا يحسم القول في شأن ما يدعيه فإن في قعوده عن تمحيص دفاع الطاعن رغم جوهريته ما يصمه بالخطأ في تطبيق القانون علاوة علي القصور في التسبيب.

(الطعن ٦٠٧٣ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠٠/١/٢٧ لم ينشر بعد)

١٢ - الوكيل المتعاقد بإسمة مع الغير. إضافة أثر العقد له دون الأصيل. علم الغير أن الوكيل يتعاقد لحساب الموكل وإنصرف قصدهما وقت إبرامه إلي إضافة

أثاره للأصيل أو استواء الأمر لديه أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل. إعتبار الوكيل نائباً عن الأصيل وممثلاً له في مواجهة الغير بشأن تنفيذ العقد. مؤداه. الأحكام الصادرة علي الوكيل المعير لأسمه حجة علي الموكل الذي لم يكشف عن اسمه ولم يكن مختصاً في الدعوى مادة ١٠٦ مدني.

النص في المادة ١٠٦ من القانون المدني - يدل علي أن تعاقد الوكيل بإسمه مع الغير ينصرف أثره إلي الوكيل في علاقته بالغير ويبقي الأصيل أجنبياً عن العقد إلا إذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بالنيابة وإنصرف قصده والنائب وقت إبرام العقد إلي إضافة أثارة للأصيل أو كان يستوي عند الغير التعامل مع الأصيل أو النائب وفي هاتين الحالتين يعتبر الأصيل ممثلاً في شخص النائب في كل عمل يصدر من الأخير أو مواجهته من الغير بشأن تنفيذ العقد قبل أن يكشف الأصيل عن صفته ويعلن رغبته في التعامل مباشرة مع الغير وتكون الأحكام الصادرة علي الوكيل المعير لأسمه حجة علي الموكل الذي لم يكشف عن اسمه ولم يكن مختصاً في الدعوى.

(الطعن رقم ٨٢٥٧ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ لم ينشر بعد)

١٣ - لما كان للعاقدين ان يتفقا علي أن تستمر الوكالة رغم وفاة إحداهما علي أن تنتقل إلزامات المتوفي الي وثته ، وهذا الإتفاق كما يكون صريحاً قد يكون ضمناً ولقاضي الموضوع إستخلاص الإتفاق الضمني من ظروف العقد وشروطه بأن تكون الوكالة لمصلحة الموكل والغير مثلاً.

(الطعن رقم ٢٥٩٥ لسنة ٧٢ ق - جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٨ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٥٣٣٤ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٢٣١٥ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٤/١١ لم ينشر بعد)

١٤ - ومن المقرر أن النص في المادة ١٠٦ من القانون المدني علي أنه "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر ذلك العقد لا يضاف إلي الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلي الموكل - دائماً أو مديناً - ويستثنى من ذلك حالتان الأولى إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل، والثانية إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل، وفي هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة علي الغير كما يكون للغير أن يرجع عليه طبقاً لأحكام الوكالة، لما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بأنه هو المتعاقد الحقيقي والمستأجر الأصلي للشقة محل النزاع - وأن المطعون ضدها الثانية كانت زوجته وتعاقدت مع المطعون ضده الأول باعتبارها وكيلة بالتسخير عن الطاعن لوجوده خارج البلاد وقت التعاقد ودل على ذلك بما قدمه من إقرار صادر من المطعون ضدها الثانية ثابت به تعاقدتها باعتبارها وكيلة عن الطاعن وإيصال أمانة محرر باسمه عن مبلغ الخلو المدفوع للمطعون ضده الأول عند استئجار عين النزاع وكذا الشكوى المقدمة منه ضد المالك عن واقعة الخلو

والخطابات المتبادلة بينه وبين زوجته المطعون ضدها الثانية فضلا عما تضمنه من أقوال شاهده في أن التعاقد كان لحسابه وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع ودلالة تلك المستندات ولم يبين بمدوناته سبب ذلك - رغم أنه دفاع جوهري - لو صح - لتغير به وجه الرأي في الدعوى متخذاً من عدم حضور شاهده واقعة تحرير العقد دليلاً على عدم علم المؤجر - المطعون ضده الأول - بأن المطعون ضدها الثانية تتعاقد معه باعتبارها وكيلة عن زوجها الطاعن بما يعيبه بالقصور فضلاً عن الفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن (الطعن رقم ٤٢٤٣ لسنة ٧٧ ق - تاريخ الجلسة ١٤/٠٣/٢٠١٠)

* * *

مادة (١٠٧)

إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد إنقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف الى الأصيل أو خلفائه.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠٧ ليبي و ١٠٨ سوري و ٩٢ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

قد تنقضي النيابة دون ان يعلم النائب بذلك، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو الغاء التوكيل، فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بإنقضاء النيابة، كان تعاقد هذا ملزما للأصيل وخلفائه، وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينتهي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - ألزم الشارع الموكل ان يعلن عن إنقضاء وحمله مسئولية إغفال هذا الإجراء، فإذا انقضت الوكالة بالقول 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 ان يتقدم الى المحكمة لتمنحه اجلا مناسباً يتمكن فيه وكيله الجديد من مباشرة الدعوى، فإن هو تخلف عن ذلك اعملت المحكمة الجزاء الذي رتبته القانون على غياب الخصم.

(جلسة ١٩٦١/٤/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - مدني ص ٣٨٢)

٢ - تنص المادة ١٠٧ من القانون المدني على انه "...."، ومفاد ذلك ان القانون لا يحمي الغير الذي تعمل مع النائب الظاهر بعد إنقضاء النيابة الا إذا كان النائب والغير كالأهما معا يجهلان إنقضاء النيابة وقت التعاقد، فإذا كانت محكمة الموضوع قد إنتهت في نطاق سلطتها الموضوعية التي لا معقب عليها إلا أن المطعون عليه الأخير كان على علم بإنقضاء توكليه عن احد الدائنين وإنهاء وصايته على باقي الدائنين ببلوغهم سن الرشد، فإن الطاعن (المدين) لا يتمتع بالحماية التي أسبغها القانون على من يتعامل مع النائب الظاهر والتي تتمثل في إنصراف أثر العقد الى الأصيل، وبذلك لا يكون الوفاء الحاصل منه للمطعون عليه بإعتباره وكيلًا ظاهرًا مبرئًا لذمته.

(نقض - جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٣٥٩)

٣ - الوكالة المستترة. ما هيئتها. أن يعبر الوكيل أسمه للأصيل ويبرم العقد بصفته أصيلاً لا بصفته وكيلًا. أثرها إنصرف العقد إلي الموكل شأنها الوكالة السافرة. علة ذلك.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٠٢ و ١٠٣.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن من أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشئ وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ومن شأن هذه الوكالة أن ترتب في العلاقة بين الموكل والوكيل جميع الآثار التي ترتبها الوكالة السافرة فيصبح الوكيل فيما يجريه من عمل مع الغير نائباً عن الموكل وتتصرف آثاره إليه فيكسب كل ما ينشأ عن العقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأية وسيلة للاستئثار بالصفقة دون موكله فإذا كان التعاقد يتعلق بعقد إيجار فإن الأصل دون الوكيل الإنتفاع بالعين المؤجرة.

(الطعن ٤٨٦٤ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٣/٣/١٩٩٥ س ٤٦ ص ٤٧٤)

٤ - الوكالة. عدم إنتهائه بمجرد تحقق سببها. وجوب علم الوكيل بسبب الإنتهاء. علة ذلك. شرط إضافة أثر العقد الذي يبرمه النائب مع الغير بعد إنقضاء الوكالة إلي الأصل أو خلفائه هو أن يكون النائب والغير كلاهما معا يجهلان إنقضاء النيابة وقت التعاقد. مادة ١٠٧ مدني.

المقرر - أن الوكالة لا تنتهي بمجرد تحقق سبب إنتهائها ، بل يجب أن يعلم الوكيل بسبب الإنتهاء ، وقد يعمل الوكيل بعد إنتهاء الوكالة إذا استمر يعمل وكيلاً بإسم الموكل بعد أن إنتهت مهمته التي وكل فيها ، أو بعد أن عزله الموكل أو بعد أن إنتهت الوكالة بأي سبب آخر أسباب إنتهائها وهذه الحالة هي أكثر حالات الوكالة الظاهرة وقوعاً ، وبخاصة إذا عمل الوكيل بعد إنتهاء مهمته أو بعد عزله ، فإنه من السهل في هذه القروض أن يتوهم الغير الذي يتعامل مع الوكيل أن الوكالة لا تزال باقية ، فقد يبقى سند التوكيل بيد الوكيل بعد إنتهاء فيمطئن الغير إليه ، سيما إذا كان النائب ومن تعاقد معه - يجهلان إنقضاء الوكالة ومن ثم إختص المشرع في هذه الحالة بنص خاص هو المادة ١٠٧ من القانون المدني وتنص هذه المادة علي أنه إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد إنقضاء النيابة فإنه أثر العقد الذي يبرمه حقاً كان أو إلزاماً ، يضاف إلي الأصل أو خلفائه ومفاد ذلك وعلي ماجري عليه قضاء محكمة النقض أن القانون لا يحمي الغير الذي تعامل مع النائب بعد إنقضاء النيابة إلا إذا كان النائب والغير كلاهما معا يجهلان إنقضاء النيابة وقت التعاقد.

(الطعن ٣٩٨٩ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٣/٤/١٩٩٥ س ٤٦ ص ٦٣١)

* * *

مادة (١٠٨)

لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء اكان التعاقد لحسابه هو ام لحساب شخص اخر، دون ترخيص من الأصيل، على انه يجوز للأصيل فى هذه الحالة ان يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به للقانون أو قواعد التجارة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠٨ لىبى و ١٠٩ سورى و ٩٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يتصور ان يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين، فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية، ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الاخر من ناحية اخرى، وبذلك يتحقق التعارض بين مصلحة الشخصية، ومصالح الأصيل، وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى ان واحد، وفى هذه الحالة يكون عمله اقرب معنى التحكم منه الى معنى النيابة، وغنى عن البيان ان مصلحة الأصيل لا يتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين، ولهذه العلة إعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل، ومع ذلك فقد ابيح للأصيل ان ياذن للنائب فى التعاقد على هذه الصورة، أو ان يقر التعاقد بعد حصوله، ومن الواضح ان البطلان المقرر فى هذا الشأن قد انشئ بمقتضى نص خاص - ويجوز ان تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه، فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى^(١).

راى الفقه:

١ - الأصل فى التقنين المدنى المصرى ان تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز، سواء فى ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه، كما إذا كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لنفسه (انظر المواد ٤٧٩-٤٨١ مدنى)، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفى العقد - كما لو كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لشخص وكله فى الشراء. ذلك انه يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين، وهذا التعارض فى الحالة الثانية لم يحسب حسابه احد من الأصليين، وهو فى الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية بذاتها، ولا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين، وتحريم تعاقد الشخص مع نفسه انما يقوم على قرينة قانونية هى ان الشخص إذا اناب عنه غيره لم يقصد التوسع فى هذه الانابة الى حد ان يبيح للنائب ان يتعاقد مع نفسه، أصيلا أو نائبا عن شخص اخر، والا تعدد الى التعاقد مع مباشرة دون حاجة الى الانابة، فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك، كان مجاوزا لحدود النيابة،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٢ - ص ١٠٥ و ١٠٦.

فلا يكون تعاقد نافذا في حق الأصل إلا إذا اقره هذا، على أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز للأصيل أن يرخص مقدما، كما جاز له أن يقر مؤخرا، تصرف النائب، وينقض القرينة أيضا نص القانون أو قواعد التجارة، مثل النص القانوني ما تقضى به المادة ١٤ من قانون الولاية على المال من أن للاب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء اكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقا لقواعد القانون التجاري^(١).

٢ - القاعدة العامة في الفقه الإسلامي وفي التشريعات العربية أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء اكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، وذلك أن هناك تعارضا بين مصالح طرفي العقد وخشى ممن تولى التعاقد مع نفسه نائبا عن غيره أن يضر بمصالح الأصل.

ولم يوضح القانون اللبناني نصا يحرم به تعاقد الشخص مع نفسه، ومع ذلك فقد نص على تطبيقات لهذا المبدأ، منها أنه حرم على وكلاء البيع شراء الأموال التي عهد اليهم في بيعها، كما لم يجز للأب أو الأم أو الوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو المولى المؤقت شراء أموال للأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم (م ٢٧٨ لبناني) - أما القانون العراقي فيمنع تعاقد الشخص مع نفسه، ويجزئه استثناء في الحالات التي يجوز فيها في الفقه الإسلامي^(٢).

٣ - اختلفت القوانين ونظريات علماء القانون في تجويز ذلك وتخريجه على القواعد، والقانون السوري، وكذا أصله المصري، قد قرر منع النائب من التعاقد مع نفسه مبدئيا إلا في حالات استثنائية، سواء اكان النائب يتعاقد بالاصالة عن نفسه أي لحسابه الخاص أو كان نائبا عن الطرفين لحسابهما، لأن الغالب في هذه الأحوال تعارض المصالح بين النائب والمنوب عنه، مما يخشى معه أن يضحى بمصلحة الأصل في سبيل مصلحته، إذا كان النائب يتعاقد بالاصالة عن نفسه أو أن يتهاون في مصلحة أحد الأصليين إذا كان يتعاقد مع نفسه بالنيابة عن طرفي العقد، وهذا هو الأقرب إلى قصد المنيب، لأن من يوكل غيره بعقد إنما يقصد عادة أن يتعاقد الوكيل معه لأمع نفسه^(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام بتسوية الدين ونزع ملكية اطيان المدين الأخرى وشرائها بالمزاد لنفسه وأنه أو في مقابل التسوية لحسابهم جميعا ومن المال المشترك، فإن النيابة المتبادلة في الإلتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التي قررت تلك المحكمة في هذه الحالة تمنع من اضافة الملك إلى الوكيل أو

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٠٣ وما بعدها، وكتابة : الوجيز ص ٦٥ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٠٩ وما بعدها.

(٣) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٧٥ و٧٦.

النائب الراسي عليه بالمزاد، بل ويعتبر رسو المزاد كأنه لم يكن الا فى خصوص انهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم.

(جلسة ١٩٥٦/١٢/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢ - مدني - ص ١٦٨)

٢ - تقضى المادة ١٠٨ من القانون المدني بأنه "....."، فإذا حصل التعاقد بغير هذا الترخيص فلا يكون نافذاً فى حق الأصيل الا إذا اجازته، وقد استثنت المادة من حكمها الأحوال التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بصحة هذا التعاقد، فإذا كان الموقع على الإيصال سند الدعوى هو مدير الشركة الطاعنة ممثلاً لها، وقد تضمن هذا الإيصال - على ما إنتهى إليه الحكم المطعون فيه - إقراره بهذه الصفة باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت به وديعة لدى الشركة، فإن هذا الإقرار يكون متضمناً إنعقاد عقد وديعة بين نفسه وبين الشخص الإعتبارى الذى ينوب عنه (الشركة) وهو مالا يجوز عملاً بالمادة ١٠٨ مدنى سالفه الذكر الا بترخيص من الشركة أو بإجازتها لهذا التعاقد، وبالتالي لا يجوز للمدير ان يرجع على أساس عقد الوديعة - واذ كان الحكم المطعون فيه قد إعتبر العبارة المؤشر بها على ظهر الإيصال والموقع عليها من المدير بصفة الشخصية متضمنة إقراراً منه بملكية سيدة ما لقيت تلك الوديعة، وكان هذا الإقرار منصبا على ذات الوديعة المشار إليها فى صلب السند، فإن المذكور لا يكون من شأنه ان يرتب بذاته فى ذمة الشركة إلتراماً جديداً مستقلاً عن الإلتزام الناشئ عن عقد الوديعة، وانما يستمد ذلك الإقرار أثره من هذا العقد وبالتالي يدور معه وجوداً عدماً، ومن ثم فإن عدم نفاذ عقد الوديعة فى حق الشركة الطاعنة يستتبع ان يكون الإقرار المذكور غير ملزم لها.

(جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ١١٧٣)

٣ - النص فى المادة ١٠٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل" والمادة ٧٠٦ على أنه "ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه" مؤداه منع الحارس قانوناً من استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه.

(الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ ق الجلسة ١٩٨١/٠٥/٠٩)

* * *

مادة (١٠٩)**كل شخص اهل للتعاقد مالم تسلب اهليته أو يحد منها بحكم القانون.****النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ١٠٩ ليبي و ١١٠ سوري و ٩٣ عراقي و ٩٤ سوداني و ١١٧ كويتي
 وفصل ٣ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

الأصل في الشخص توافر الأهلية، اما عدم الأهلية فيجب ان يقرر بمقتضى نص القانون، ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية، من شأنها القاء عبئ على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية.

وقد احيل فيما تقدم الى قوانين الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية الخاصة بالأهلية، بيد ان تحسن الإشارة الى ان الأهلية مناطها التمييز، فحين يوجد التمييز تتوافر الأهلية، بل وتكون كاملة أو ناقصة تبعاً لما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً تبعاً لما إذا كان التمييز كاملاً أو ناقصاً، وتهيمن هذه القاعدة الأساسية على جميع الأحكام الخاصة بالأهلية^(١).

راى الفقه:

١ - المفروض ان الشخص يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون اهليته أو يحد منها، فعبي إثبات عدم الأهلية أو نقصها يقع على عاتق من يدعى ذلك، فإذا نجح كان له ان يبطل العقد الذى صدر منه، ولا يجوز للطرف الاخر ان يحتج بأن يعتقد المتعاقد معه، لكن إذا لجأ لناقص الأهلية طرق إحتيالية يخفى بها نقص اهليته، فمع انه لا يزال يستطيع طلب إبطال العقد لنقص اهليته، الا انه يكون مسئولاً عن التعريض للغش الذى صدر منه، ولا يكفي ان يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها، بل يجب ان يستعين بطرق إحتيالية كان يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت انه بلغ سن الرشده - وأحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز ان يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده، ولا ان يوسع عليه فيما نقص عنده منها، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الإنتقاص منها، وكل إتفاق على شئ من ذلك يكون باطلاً^(٢) (م ٤٨ مدنى).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - أنه تطبيقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ يعتد بالتصرفات الصادرة من المالك الخاضع للقانون إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل به في ١٩٦١/٧/٢٥ ومن ثم يتعين لتطبيق حكم هذا النص أن يقوم تصرف ناقل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٢ - ص ١١٠.

(٢) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٦٩، وكتابة: الوجيز ص ٩٧.

للملكية مستوفياً لأركان القانون بحيث يكون هذا التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية ثم يثبت بعد ذلك تاريخ هذا التصرف قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ومن ثم يكون مقطع النزاع هو ما إذا كان عقد ١٩٦٠/٥/٥ صحيحاً قانوناً ومنتجاً لآثاره ومن شأنه نقل ملكية المساحة المباعة من السيد..... إلى الشركة التي يمثلها ولا شك أن العقد بصفة عامة يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد كما تقضي بذلك المادة ٨٩ من القانون المدني ومن هذه الأوضاع بالنسبة للمتعاقد أنه إذا كان المتعاقد شخصاً طبيعياً يجب أن يكون أهلاً للتعاقد على الوجه المبين بالمواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدني أما إذا كان المتعاقد شخصاً معنوياً فإن أهليته تكون في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون وفقاً للفقرة "و" من المادة ٥٣ من القانون المدني وقد حدد القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ في المادة ٧٠ منه أهلية الشركات ذات المسؤولية المحدودة كشركة..... الزراعية الصناعية وتنص على أنه لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري ونشر عقدها في النشرة التي تصدرها وزارة الإقتصاد وفقاً للأوضاع التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الإقتصاد ولا يجوز له قبل مباشرة أي عمل من أعمالها وعلى ذلك فإن شركة..... الزراعية الصناعية لم تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري في ١١/٦/١٩٦٠ والنشر عنها في جمعية الشركات في يناير ١٩٦١ وقبل هذا التاريخ لم تكن الشركة أهلاً للتعاقد طالما أنها لم تكتسب الشخصية المعنوية والجزاء على قيام الشركة بالتعاقد قبل أن تثبت لها أهليتها هو كما جاء بالمادة ١٠٢ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ والتي تنص على أن يقع باطلاً كل تصرف أو تعامل أو قرار يصدر على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون وبذلك يكون عقد ١٩٦٠/٥/٥ موضوع المنازعة باطلاً لأن من أحد طرفيه وهو الشركة ليس لها أهلية التعاقد. هذا فضلاً عن أن المادة ٧٧ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه تنص على أن تكون حكم المديرين في الشركات ذات المسؤولية المحدودة حكم أعضاء مجالس إدارة شركات المساهمة، وتنص المادة ٣٨ من القانون المذكور بالنسبة لمسؤولية مؤسس شركات المساهمة بأنه لا يجوز لأحد مؤسسي الشركة - خلال الخمس سنوات التالية لصدور المرسوم الخاص في تأسيسها كما لا يجوز لأي عضو من أعضاء مجالس إدارتها أو أحد مديريها أن يكون طرفاً في أي عقد من عقود التملك التي تعرض على هذا المجلس لإقرارها إلا إذا رخصت الجمعية العمومية مقدماً بإجراء هذا التصرف ويعتبر باطلاً كل عقد يبرم على خلاف أحكام هذه الفقرة ويستفاد من هذا الحكم وجوب الحصول على إذن سابق من الجمعية العمومية إذا كان مدير الشركة طرفاً في عقد تملك معها وأن جزاء مخالفة هذا الحكم هو وقوع العقد باطلاً والثابت بالنسبة للعقد موضوع المنازعة أن الجمعية العمومية للشركة لم تقره إلا بعد عقده وبعد العمل بالقانون رقم ١٢٧ سنة ١٩٦١.

ومن حيث أنه لا حاجة بعد ذلك للرد على ما أثارته اللجنة القضائية عن مدى خضوع أراضي الشركة لحكم المادة الأولى من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ وعن مدى اعتبار الشركة من الشركات الصناعية الخاضعة لحكم الفقرة "ج" من المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بعد أن تبين بطلان العقد موضوع النزاع كما أنه تبين من الأوراق أن الهيئة العامة للإصلاح الزراعي استولت على الأرض موضع النزاع على أساس أنها مملوكة للطاعن ملكية خاصة وليست مملوكة للشركة.

الطعن رقم ١٤١ - لسنة ١٨ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٤/٠٣/٠٥

* * *

مادة (١١٠)

ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١٠ لیبی و ١١١ سوری و ٩٦ عراقی و ٩٥ سودانی و ١٨٠ لبنانی.

التعليق:

يراجع التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على المادة ١٠٩ مدنی.

رای الفقه:

١ - سن التمييز هي السابعة، فكل من لم يبلغها يعتبر فاقدا للتمييز، ومن ثم يكون معدوم الأهلية (م ٢/٤٥ مدنی)، وتكون جميع تصرفاته باطلة، سواء اكانت عقود تبرع أو تصرف أو عقود إدارة أو عقود إغتناء، فلا يستطيع للصبي غير المميز أن يهب ماله أو يبيعه أو يؤجره أو يقبل هبه، اذ ليست له إرادة تنتج أثره، وتلبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه^(١).

٢ - إعتبر القانون السوري الصغير غير المميز عديم الأهلية (أهلية الاداة)، مطلقا فليس له حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة، وحد للتمييز في القانون بلوغ السابعة من العمر، فمن لم يبلغها يعتبر غير مميز. ولا يحتاج سلب أهلية الصغير غير المميز الى حجر قضائي، بل يعتبر محجورا بطبيعته، لأن صغره ونزوله عن سن التمييز، هو اية كافية في التنبيه الى اعدم اهليته كي يجتنب الناس التعاقد معه، ويدركوا ان ليس له إرادة معتبرة، وهذا ايضا حكم الشريعة الإسلامية^(٢).

٣ - الأصل في الانسان ان يكون كامل الأهلية مالم يقرر للقانون عدم اهليته أو يحد منها ويترتب على الأصل ان على من يدعى نقص الأهلية ان يقيم الدليل على دعواه... فالصغير الذي لم يكمل السابعة من عمره يعتبر عديم التمييز، وبالتالي عديم الأهلية، ولهذا تبطل تصرفاته جميعا سواء اكانت نافعة له نفعا محضاً أم ضارة به ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر، ويتولى الولي أو الوصى هذه الأعمال القانونية نيابة عنه^(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - الأهلية التي تشترط لصحة التقارير هي أهلية المقر للتصرف فيما اقر به، اما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون.

(نقض - جلسة ١٩٣٥/٥/٢٣ - مجموعة القواعد ٢٥ عاماً - ص ١٥ - ص ٣٢)

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٢٧٢، وكتابة الوجيز - ص ٩٨.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٦١.

(٣) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٣٤ و ٣٥.

٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن قرار المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى المحكمة المختصة لا يعتبر قرارا إداريا وإنما هو في حقيقته قضاء ضمني بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ويخرج به النزاع من ولايتها وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة ١١٠ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٩٤٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٠)

* * *

مادة (١١١)

(١) إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

(٢) أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من ولاية أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١١ لیبی و ١١٢ سوری و ٩٧ عراقی و ٩٦ سودانی و ٢١٦ لبنانی.

رای الفقه:

١ - يعتبر الصبي مميزاً من سن السابعة وهي سن التمييز إلى سن الاحدى والعشرين وهي سن البلوغ (في القانون المصري)، والصبي المميز له أهلية الإغتناء، فيستطيع قبول الهبة، لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً، وليست له أهلية التبرع، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله، لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً، كما أن ليس لوليه أن يتبرع بمال القاصر إلا لاداء واجب انساني أو عائلي أو بإذن من المحكمة، أما الأهلية الإدارة وأهلية التصرف - وهي منطقة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فلا يمكنها، ولكن يباشرها، ولكن يباشرها عنه أو يحيزه فيها الولي أو الوصي في حالة الصبي المميز^(١).

٢ - دور المميز هو ما بين بلوغ السابعة وتام الثامنة عشرة من العمر في القانون السوري، وفي ذلك يختلف القانون السوري عن أصله القانون المصري الذي يجعل مبدأ سن الرشد في تمام الحادية والعشرين.

والقانون السوري هنا بالنسبة إلى عقود الصغير المميز قد أخذ بتفصيل مقرر في الفقه الإسلامي خلاصته أن العقود التي يباشرها الصغير المميز تختلف أهليته لها بحسب نوعها وأثارها في ثروته وحقوقه، فهو أهل لمباشرة العقود النافعة له نفعاً محضاً، ويصح عقده كالرأشد، وهو ليس بأهل مطلقاً للضرار بحقوقه ضرراً محضاً، وتعتبر عقده باطلاً - أما ما كان دائراً بين النفع والضرر (أي محتملاً) فأهليته له ناقصة، فيصح من لو باشره لكنه قابل للإبطال لمصلحته (القاصر) بإرادة وليه أو وصية أو من المحكمة أو من القاصر بعد بلوغه في الحدود التي يرسمها القانون^(٢).

من أحكام القانون الحديثة:

١ - الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية، وإذن فمتى كان الحكم إذا اعتبر إجازة القاصر للبيع الصادر منه منعذمة الأثر

(١) الوسيط - ١ - للدكتور - السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٧٢، وكتابة: الوجيز - ص ١٠٠.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٦٣ وما بعدها.

قانونا قد أقام قضاءه على ان هذه الاجازة انما صدرت من القاصر بعد قرار (المجلس الحسبي) باستمرار الوصاية عليه، فإن للنعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح.

(جلسة ١٩٥٢/٢/١ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - ٤٦ - ص ٨٢٩)

٢ - متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع قابلة للإبطال لمصلحة القاصر كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني، فإن القاصر في حال حياته ان يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثه قانوناً، كما ان هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه، فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه واذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر، بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدني - ص ١٦١)

٣ - عقد القسمة من العقود المتبادلة التي تتقابل فيها الحقوق، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، ومن ثم فإذا كان أحد أطرافها قاصراً، فإن عقد القسمة يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/٥/٢ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص ٥٩٥)

٤ - يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه، فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتد بإقرار المحجور عليه للسف - بالتنازل عن الاستئناف - الصادر منه بعد تسجيل طلب الحجر بوصفه إقراراً ضاراً به ضرراً محضاً - وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادتين من القانون المدني، فإن الحكم لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١١/٢ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٩٥٣)

٥ - يقضى الشئ الثاني من الفقرة الأولى من المادة ١١١ من القانون المدني ببطالان تصرفات الصبي المميز متى كانت ضارة به ضرراً محضاً، وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من ذات القانون بسقوط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد، ومؤدى هذين النصين مرتبطين ان يعتبر إقرار الصبي المميز بمحضر صلح تصرفاً باطلاً، ولا تسقط الدعوى ببطلانه الا بمضي خمس عشرة سنة منذ صدوره فيما لو اعتبر ضاراً به ضرراً محضاً.

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - مدني - ص ١٨٦٦)

ما يقر به الأب من أنه تبرع بالمال المتصرف فيه للقاصر المشمول بولايته دليل لمصلحة من شأنه إطلاق يده في التصرف في ذلك المال. أثره. للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ولوصي الخصومة عنه قبل بلوغ هذه السن أن يثبت بطرق الإثبات كافة عدم صحة هذا البيان ولو كان قد ادرج في عقد مسجل. علة ذلك. وقوع هذا الإدراج بناء

علي ما يدل به الأب وليس نتيجة تحريات تجريها جهات الشهر لما كان ما يقر به الاب من انه تبرع بالمال المتصرف فيه للقاصر بولايته هو دليل لصالحه من شأنه ان يطلق يده في التصرف في ذلك المال ، فإن للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ولوصي الخصومة عنه قبل بلوغ هذه السن ان يثبت بطرق الإثبات كافة عدم صحة هذا البيان ولو كان قد أدرج في عقد مسجل. وذلك لأن إدراجه في العقد بناء علي ما يدلي به الاب وليس نتيجة تحريات تجريها جهات الشهر.

(الطعن ٣١٠١ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٠٠١/٦/٥ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (١١٢)

إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون مادة ١١٢ لىبى و ١١٣ سورى و ٩٩ عراقى و ٩٧ سودانى ٢١٧ لبنانى. المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

راى الفقه:

١ - المقصود بالقانون الوارد بنص المادة ١١٢ من القانون المدنى المصرى هو قانون الولاية على المال (رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢)، وقد نص فى المادة ٥٤ منه على ان: للولى ان ياذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله لإدارتها... وله ان يسحب هذا الإذن أو ان يحد منه.... ونصت المادة ٥٥ منه على انه "يجوز للمحكمة بعد سماع اقوال الوصى ان تاذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلمه أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض، وللقاصر المأذون ان يباشر اعمال الإدارة وان يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال، ولكن لا يجوز له ان يؤجر الاراضى الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا ان يفى الديون ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذ اخر الا بإذن خاص من المحكمة أو الوصى فيما يملكه من ذلك، ولا يجوز للقاصر ان يتصرف فى صافى دخله الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا مع مراعاة ما نص عليه فى قانون الإصلاح الزراعى فى المادة ٢٥ منه من عدم جواز ان تقل مدة الايجار عن ثلاث سنوات، بحيث يلزم إذن الولى أو الوصى إذا كان لهذه المدة، وإذا زادت عن ذلك وجب استئذان المحكمة (م ٥٦ ق ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال)، ولا يجوز للقاصر ان يتجر الا إذا بلغ الثامنة عشرة وإذنت المحكمة، ويجوز له إبرام عقد العمل وتسلم أجره^(١).

٢ - رأى المشرع العراقى ان من الحكمة يجعل نقله الصغير المحجور الى حالة الأهلية الكاملة على سبيل الطفرة، ولهذا اعطى لولى الصبى الذى اكمل الخامسة عشرة من عمره بعد ترخيص من المحكمة ان ياذن بالتجارة تدريبا وتمرينا له على الصفقات والتجارة، ولهذا يجوز لهذا الصبى المأذون ان يقوم بكل ما تتطلبه التجارة من تصرف أو تعاقد فى حدود هذا المال الذى سلم اليه. ومع هذا يجوز ان يكون الإذن مقيدا على بعض الأعمال دون غيرها كان يقتصر الإذن على أعمال الإدارة دون أعمال هذه التصرفات، ومن ثم يتضح الفرق بين التشريع العراقى من جهة والتشريعين المصرى والسورى من جهة اخرى، اذ ان الإذن للصبى فى هذين القانونين قاصر

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاورى - ط ١٩٦٤ - ص ٢٩٤ وكتابه: الوجيز - ص ١٠١.

على أعمال الإدارة دون غيرها، ويلاحظ ان الإذن يعتبر صادرا من المحكمة، ولهذا لا يبطل بعزل الولى وفاته، ولها ان تاذن للصغير المميز عند امتناع الولى عن الإذن، وليس للولى ان يحجر عليه بعد ذلك، ولكن يجوز للمحكمة ان تعيد الحجر على الصغير^(١).

* * *

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٣٦ و ٣٧.

مادة (١١٣)

المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١١٣ لیبی و ١١٤ سورى و ٩٥ و ١٠١ عراقى و ٩٨ سودانى ١١٩

لبنانى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - من المقرر ان محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الدفاع الى ما يطلبه من نذب خبير لتقدير حالة المتهم العقلية مادامت استبانت سلامة علقه من موقفه فى التحقيق ومن حالته النفسية ومن اجاباته على ما وجهته إليه من الاسئلة، ذلك ان تقدير حالة المتهم التى يترتب عليها الاعفاء من المسؤولية الجنائية أو يتعلق بوقائع الدعوى يفصل فيه قاضى الموضوع بما لا معقب عليه طالما انه يقيمه على أسباب سائغه.

(جلسة ١٩٦١/١١/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ مدنى - ص ٩٤٢)

٢ - السفيه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس الا ان الصفة المميزة للسفه هى انها تعتزى الانسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع. اما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدراك والتقدير - فإذا كان الحكم اذ قضى بتأييد قرار رفض طلب الحجر لهذين السببين قد اقام قضاءه على ما إستخلصه هو والحكم الابتدائى بالأسباب السائغة التى أوردتها من ان تصرفات المطلوب الحجر عليه الى ولده واخفاد لها ما يبررها وتدل على تفسير وإدراك لما تصرف فيه ولا تنبئ عن سفه أو غفلة، فإن ذلك الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله.

(نقض - جلسة ١٩٠٨/٥/١٥ - المرجع السابق - السنة ٩ - ص ٥٠١)

٣ - لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة، فقال بعضهم انه هو الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الراجحة لسلامة قلبه فيغبى فى تصرفاته، ويرى اخرون انها امتداد لفكرة السفه، على انه من المتفق عليه انها من العوارض التى تعتزى الانسان، فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وانما تنقص من قوة ملكات نفسية اخرى اخصها الإدارة وحسن التقدير، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون ان يهتدى الى الراجح فيها أو بقبوله فاحسن الغبن فى تصرفاته عادة وبأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع، والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه، حتى لا يصبح على المجتمع، وكذلك المحافظة على مصالح الاسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين.

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٢ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - ص ٣١٥)

٤ - متى كان البيع الصادر من الطاعنة لاحد وليها قد بررته هي - على ما ورد في الحكم المطعون فيه - بأن ابنها المتصرف إليه قد ادى عنها جميع الديون التى خلفتها لها ابنها الاخر وقت وكالته، فإن قيام هذا الاعتبار لدى الطاعنة من شأنه ان يدفع عن هذا التصرف شبهة الاستثنائ أو التسلط عليها مما ينأى به عن مجال الغفلة سواء اكان الثمن المقدر للبيع اقل من قيمته الحقيقية أو كان البيع قد حصل تبرعا من الطاعنة لولدها المذكور طالما انها لم تصدر فى هذا التصرف الا عن مصلحة تراها هي جديرة بالاعتبار - لما كان ذلك فإن الحكم المطعون عليه يكون قد إستند فى قضائه بتوقيع الحجر على الطاعنة للغفلة على غير أساس مخالف للقانون مما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٥٩/١/٢٩. مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ مدني - ص ١١٣)

٥ - السفه هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا صحيحا، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على اساءة استعمال الحقوق ومن ضوابطه انه خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع - واذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على قرارات ليس فيها ما يبنى عن إتفاق المال واتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع ولا يتحقق بها مقتضاه اذ هي لا تتطوى على خفة واساءة الحقوق، بل تكشف عن خصومه ما يتدافعها طالب الحجر والمطلوب الحجر عليها ولم يكن طلب الحجر الا حلقة منها، فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/١٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٠٧٩،

ونقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٢ - المرجع السابق - ص ٢٣٧)

٦ - تقدير حال العتة لدى احد المتعاقدين مما يستقل به قاضى الموضوع، لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى، والنعى على الحكم فى هذا الخصوص لا يعدو ان يكون جدلا موضوعيا لا تجوز أثارته امام محكمة النقض. والقضاء بصحة التصرفات السابقة على الحكم الصادر بتوقيع الحجر للعتة لا يعتبر إخلالا بحجيته، اذ ان الحكم لم يقطع بقيام حالة العتة لدى المورث وقت حصول التعاقد، فضلا عن تعلقه بحالة الانسان واهليته، من الأحكام المنشئية التى لا تنسحب أثارها على الوقائع السابقة عليه. وليس الطبيب هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها، الشأن فى ذلك لقاضى الدعوى فى ضوء ما يبديه الطبيب.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٥٤٠)

٧ - الغفلة - وعلى ما جرى به قضاء النقض - هي ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص ان يغبن فى معاملاته مع الغير، وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون ان يهتدى الى الرباح منها أو بقبوله فاحسن الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع - واذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتوقيع الحجر على الطاعن للغفلة مستندا فى ذلك الى قيامه بالتوقيع يختمه على أوراق

بيضاء لكاتب عمومي استغلها في بيع املاك الطاعن، وتوقيعه بختمه على ايصالين باستلام اجرة عين يملكها دون ان يكون قد حل موعد استحقاقها، واذا كانت هذه التصرفات التي تضمنتها تقاريرات الحكم، ليس فيها اي مظهر من مظاهر الاضطراب أو اي دليل على الانقياد وعدم الإدراك وان الطاعن ينخدع في تصرفاته ومعاملاته بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد ماله بالضياع، وهي لا تعدو ان تكون صادرة عن مجرد أهما أو سهو في التعامل مما يقع فيه الرجل العادي، لما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون واخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ١٢١٦)

* * *

مادة (١١٤)

- (١) يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه - إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر.
 (٢) أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينه منها.
 النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ١١٤ لیبی و ١١٥ سوری و ٩٩ سودانی.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - صدور التصرف قبل تسجيل قرار الحجر لا يمنع طبقاً للمادة ١١٤ من القانون المدني من الحكم ببطلانه إذا كانت حالة العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها - وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يقف عند حد القضاء للمطعون عليها بما اختصا به بموجب عقد القسمة غير المتنازع عليه، وإنما جاوز ذلك إلى القضاء باختصاصهما بالقدر الذي ادعى المطعون عليه الأول بأن ملكيته قد الت بطريق الشراء من والدته بعقد مسجل، وكان الطاعن قد طعن في هذا العقد بالبطلان الشراء من والدته بعقد مسجل، وكان الطاعن قد طعن في هذا العقد بالبطلان لصدوره من المتصرفه وهي في حالة عته، فإنه كان يتعين على المملكة قبل أن تقضى المطعون عليها بالقدر الذي يتناوله العقد المذكور أن تبحث الطعن الموجه إليه وتقول كلمتها فيه إذ هو يعتبر دفاعاً جوهرياً في ذات موضوع الدعوى يترتب عليه لوضوح إلا يحكم للمطعون عليه ببعض طلباتهما، أما وقد تخلصت المحكمة عن الفصل فيه بمقولة أن الدعوى لا تتسع لبحثه وأنه يخرج عن نطاقها، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور فضلاً عن مخالفته للقانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/٢ مجموعة المكتب الفني السنة ١٤ - مدني - ص ١٠٣٣)

٢ - سنت المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد حكماً جديداً لم يكن مقرراً في القانون القديم، إذ استلزم لبطلان تصرفات المجنون والمعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة الجنون أو العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها، ولم تكف لبطلان هذه التصرفات بمجرد قيام حالة الجنون أو العته بالمتصرف وقت صدورهما كما كان الحال في القانون الملغى، فإذا كان الثابت من بيانات الحكم المطعون فيه أن التصرفين اللذين قضى ببطلانهما قد صدرا قبل تسجيل قرار الحجر عليه، فإن الحكم إذ اقتصر في تأسيس قضاءه بذلك على مجرد ما قاله في ثبوت قيام حالة العته بالمورث وقت صدورهما منه دون أن يثبت أن هذه الحالة كانت شائعة أو أن الطاعنة المتصرف إليها كانت على بينه منها، فإنه يكون مخالفاً للقانون وقاصر التسبب.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/١١ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٠٣١)

٣ - لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، ما استلزمه في إبطال تصرف السفیه وذی الغفلة من ان يكون التصرف نتيجة إستغلال أو تواطؤ، بل اكتفى بإشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد، أو علم المتصرف إليه بها، فثبتت احد هذين الأمرين يكفي لإبطال التصرف - فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة الى ان حالة عته المورث - المتصرف - كانت شائعة وقت تصرفه للطاعة فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني ولاعمال آثار البطلان طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور، ولم يكن على الحكم بعد ذلك ان يثبت علم الطاعة بحالة العته أو إستغلالها لها، لان ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن إثبات علم المتصرف إليه بها، كما ان الإستغلال غير لازم قانونا في مقام إبطال تصرف المعتوه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢٠٢٢)

٤ - ثبوت شيوع حالة العته عند المحجور عليه يكفي لإبطال البيع الصادر منه طبقا للمادة ١١٤ من القانون المدني ويغنى ان إثبات علم المشتري بهذه الحالة، لان هذه المادة لا تتطلب إجتماع الأمرين معا - الشيوع والعلم - وانما تكتفى بتحقيق احدهما - ان تعرف حسن نية المتصرف إليه أو سوء نيته من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٦/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٢٩٨)

٥ - ان المشرع لم يستلزم لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه من إبطال تصرف السفیه وذی الغفله من ان يكون التصرف نتيجة إستغلال أو تواطؤ، بل إكتفى بإشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها، فثبتت احد هذين الأمرين يكفي لإبطاله للتصرف، ولما كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة الى علم الطاعن بحالة العته، ولما كان هذا حسبه لإبطال التصرف طبقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني، ولم يكن على الحكم بعد ذلك ان يثبت ان حالة عته المتصرف كانت شائعة وقت تصرفها الى الطاعن أو ان هذا التصرف كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ، لان ثبوت علم المتصرف إليه بحالة العته يغنى عن إثبات شيوع هذه الحالة، كما ان الإستغلال غير لازم قانونا في مقام إبطال تصرف المعتوه.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٧٠)

٦ - انه وان كانت المادة ١١٤ من القانون المدني قد واجهت حالة الحجر وصدر قرار به، وفرقت بين الفقرة السابقة على صدور الحجر، والفقرة التالية له، واقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على إنعدام أهلية المجنون أو المعتوه، ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على عم الغير بذلك، الا انه ليس معنى ذلك ان المجنون أو المعتوه الذى لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة، اذ الأصل انه يجب ان يصدر التعريف عن إرادة سليمة، والا انها ركن من اركان التصرف، بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانه، إذا ما ثبت علم

المتصرف إليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظة إبرام التصرف، اخذاً بأن الإرادة ركناً من أركان التصرف القانوني، وتقدير حالة العته لدى أحد المتعاقدين هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه في ذلك سائغاً.

(جلسة ١٩٧١/١/١٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني - ص ٧١)

لقد أصدر وزير العدل قرار رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات القيد والشطب في السجل الخاص بمواد الولاية على المال كيفية قيد الطلبات في السجل الخاص بالولاية والوصاية والحجر والغيبة والمساعدة القضائية:
أولاً: يبدأ القيد اعتباراً من ٢٠٠٠/٣/١٥ إلى ٢٠٠٠/٩/٣١.

ثانياً: تقيد الطلبات بأرقام سلسلة تبدأ في بداية كل عام قضائي وتنتهي بنهاية. يقيد كل طلب في صفحة مستقلة ؟

ثالثاً: يثبت قيد الطلب فور تقديمه بمعرفة رئيس قلم الأحوال الشخصية أو من يقوم مقامه ويعتمد هذا القيد من رئيس النيابة الكلية في موعد اقضاه اليوم التالي لتاريخ القيد.

رابعاً: يتم إثبات تاريخ القيد وساعته واسم الطالب وموطنه بعد التأكد من شخصية وإثبات صفته بالنسبة للمقدم ضده الطلب وبيان سند وكالته الذي يخول له ذلك.

خامساً: بيان أسم المقدم ضده الطلب وسنه وموطنه وديانته وجنسيته.

سادساً: يثبت منطوق القرارات الصادرة من النيابة العامة وما اتخذته في شأن أن من الإجراءات التالية وتاريخ اتخاذها وتوقيعه قرين ذلك:

١- إجراءات حصر أموال وحقوق المعني بالحماية.

٢- إجراءات وضع الأختام ورفعها.

٣- رقم الأمر الوقتي الصادر بالترخيص للنياحة العامة في نقل الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشي عليه إتي خزنة أحد المصارف أو إتي مكان أمين.

٤- بيان الجهة التي أودعت لديها تلك الأشياء. وتاريخ إيداعها ورقم الإيداع

٥- أي قرارات أخرى تأمر بها النيابة العامة.

سابعاً: يتم إثبات تاريخ ومنطوق القرار الصادر بتعيين النائب عن المعني بالحماية واسمه وموطنه وتاريخ إخطاره بقرار تعيينه إن صدر في غيبته.

ثامناً: يثبت تاريخ الإجراءات التي اتبعتها النيابة العامة في شأن جرد أموال المعني بالحماية بعد تعيين النائب عنه ن وشخص القائم بالجرء، واسم عضو النيابة الذي وقع علي محضر الجرد. كما تثبت كافة القرارات المتعلقة بنذب أهل الخبرة لتقييم الأموال والديون.

تاسعاً: يثبت تاريخ تسليم الأموال التي تم جردها للنائب المعين بعد إثبات اسمه وموطنه وتوقيعه علي ما يفيد ذلك في المواضع المخصص بالسجل.

عاشراً: يثبت تعيين مصفي علي التركة ورقم الدعوى الصادر فيها قرار تعيينه واسم المصفي وموطنه وتاريخ استلامه لأموال التركة وتاريخ الإنتهاء من أعمال التصفية.

حادي عشر: تثبت كافة القرارات الأخرى التي تصدرها المحكمة في خصوص إدارة أموال المعني بالحماية.

ثاني عشر: تثبت كافة القرارات التي تصدرها محكمة ثاني درجة في خصوص مواد الولاية علي المال وتاريخ صدورها.

ثالث عشر: يثبت تاريخ القرار النهائي الصادر بشطب الطلب ويدون في السجل عبارة "شطب القيد" ورقم المادة الصادر فيها ذلك القرار.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - إذ كان الطاعن بصفته قد تمسك بأن إعلان الحكم المستأنف بتاريخ ١٩٩٢/٩/١٧ لا يجرى ميعاداً لان المعلن إليها كانت مصابة بأفة عقلية في هذا التاريخ ودل على ذلك بما ورد بأقوال شاهديه والتقارير الطبي الذي جاء به أن الطاعنة كانت مجنونة منذ سنة ١٩٨٦ وقرار الحجر فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع قولا منه بأن المادة ١١٤ من القانون المدني لم تبطل تصرفات المجنون إلا بعد تسجيل قرار الحجر ما لم تكن حالة الجنون شائعة أو كان المتعاقد معه على بينة منه وهو نص يواجه فقط تصرف المجنون والمعتوه ولا يواجه صحة العمل الإجرائي الصادر من المطعون ضده وصلاحيية المحجور عليها لتلقيه ودون أن يعرض لتاريخ إصابته بالمرض العقلي واثّر ذلك على إعلانها بالحكم وما إذا كان يجرى ميعاد الاستئناف من عدمه بما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب.

(الطعن رقم ٢٢٥٣ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٢ / ٢٠٠٠)

* * *

مادة (١١٥)

(١) إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام.
(٢) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة إستغلال أو تواطؤ.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١٥ لىبى و ١١٦ سورى و ١٠٩ و ١١٠ عراقى و ١٠٠ سودانى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه - فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتد بإقرار المحجور عليه للسفه - بالتنازل عن الإستئناف - الصادر منه بعد تسجيل طلب الحجر بوصفه إقراراً ضاراً به ضرراً محضاً، وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادتين ١١١ و ١١٥ من القانون المدنى، فإن الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٩٥٣)

٢ - يكفى للحكم ببطالان التصرف وفقاً لنص المادة ١١٥ من القانون المدنى ان يكون صادر من سفه أو ذى غفلة، ولا يشترط إجتماع الأمرين (السفه والغفلة)، ومتى أثبت الحكم التصرف الصادر من السفه كان نتيجة إستغلال، فإن ذلك يكفى لإبطاله، ولو كان صادراً قبل توقيع الحجر عليه - والمقصود بالإستغلال - فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى - ان يفهم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله، فإذا أثبت الحكم المطعون فيه فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية ان الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته الى المال فاستصدرا منه التصرف المحكوم ببطالانه بمقابل يقل كثيراً عما تساويه الأرض المباعة، وذلك إرضاء لشهوة الإغتناء لديهما، الحكم بذلك يكون قد أثبت ان التصرف الصادر الى الطاعنين كان نتيجة إستغلال، وبالتالي يكون هذا التصرف باطلاً وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر.

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٩ ص ١٣٥٤)

٣ - يكفى وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى لإبطال التصرف الصادر من السفه قبل تسجيل قرار الحجر ان يكون نتيجة إستغلال أو تواطؤ، فلا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء النقض - إجتماع هذه الأمرين، بل يكفى توافر أحدهما، والمقصود بالإستغلال ان يعلم الغير بسفه شخص، فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيه إلتزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة. أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفه الحجر عليه فيعتمد الى التصرف فى أمواله الى من يتواطأ على ذلك بصدد تقويت آثار الحجر المرتقب.

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٤ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٣٥٤)

مادة (١١٦)

(١) يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفله بالوقف أو الوصية صحيحاً، متى أذنته المحكمة في ذلك.

(٢) وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١٦ لیبی و ١١٧ سورى و ١٠١ سودانى.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - النص في المادة ١١٦/١ من القانون المدني على أن حق الإرتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث يدل على أن للأفراد أن يتفقوا على إنشاء حقوق الإرتفاق التي يختارونها وفقاً للقانون.

(الطعن رقم ١٧٣٩ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢/١٢/١٩٨٤)

* * *

مادة (١١٧)

(١) إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا يعاونه في التصرفات التي تقضى مصلحته فيها ذلك.

(٢) ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونه المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١٧ لیبی و ١١٨ سوری و ١٠٤ عراقی و ١٠٢ سودانی.

رای الفقه:

١ - إذا اجتمعت في الجسم عاهتان من ثلاث: العمى والبكم والصم جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقضى مصلحته فيها ذلك (م ١١٧ مدنی). والسبب في المساعدة القضائية ليس نقص الأهلية عقد من تقررت مساعدته فهو كامل التمييز، ولكنه العجز الطبيعي في التعبير عن الإرادة، وتتقرر المساعدة القضائية للتصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال، وهي التصرفات التي لا يجوز للوصى مباشرتها الا بإذن من المحكمة، ويعين المساعد القضائي ويسود وفقا للأحكام التي تتبع عند تعيين القيم وعزله^(١).

٢ - ان هذه العلل (الصمم والبكم والعمى) انما توقف ادوات الإطلاع والبيان في الشخص دون العقل والإدراك الذين هما مناط الرشد. فالمساعدة هنا للعجز لا للقصور العقلي، فلذا تقررها المحكمة فيما يحتاج الى المساعدة من تصرفات هذا الشخص، وطبقا للقانون السوري يحتاج تقرير هذه المساعدة وتعيين المساعد، الى شهر وإعلان كما في الحجر، وعندئذ يجب للزوم العقد ان لا ينفرد ذلك الشخص فيه دون معاونة مساعده، فإذا عقد عقدا مما يخضع للمساعدة دون معاونة مساعده، كان عقده هذا قابلا للإبطال^(٢).

٣ - يفهم من نص المادة ١٠٤ من التقنين المدني العراقي ان المشرع هناك اخذ برأى بعض التقنيات التي ترى ان الشخص المحتاج للمساعدة محدود الأهلية، وان كان الواقع من الأمر ان هذا الشخص كاملا الأهلية والإدراك والإرادة، والسبب فيما ذهب إليه المشرع العراقي ان هذا الشخص عاجز عن التعبير عن ارادته، ولهذا رأى جواز

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٨٦ وما بعدها ، وكتابه الوجيز - ص ١٠٨-١٠٩.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٦٧.

نصب وصى عليه من قبل المحكمة، وتحديد تصرفات هذا الوصى في الأمور أو التصرفات التي ترى المحكمة ان من المصلحة قصر تدخل الوصى فيها، ويلاحظ ان يشترط لتطبيق حكم هذه المادة ان يكون الشخص مصابا بعاهتين^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - النص في المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه: "١- كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ٢- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء" يدل على أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وترو أي عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه، وأن الإكراه الذي عناه المشرع بهذا النص المبطل للوفاء الذي حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذي يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه في المادة ١١٧ من القانون المدني، وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها، لما كان ذلك، وكان تنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه - وقبل إلغاء هذا الحكم - هو عمل مشروع قانوناً فإن الوفاء تنفيذاً له لا يتضمن إكراها على هذا الوفاء لأنه تم بوجه حق، كما أن وفاء المطعون ضده الأول للطاعنة بما أقره لها طواعية واختياراً من نفقة دون صدور حكم يلزمه بها وفي تاريخ لاحق على الحكم النهائي ببطلان عقد زواجه منها وعلمه بأنه غير ملزم بما أقره ودفعه لها، فإن هذا الوفاء لا يتضمن إكراها وقام به وهو يعلم أنه غير ملزم بدفعه فلا يسوغ له استرداده.

(الطعن رقم ٤٢٢ - لسنة ٤١ ق - تاريخ الجلسة ١٠/١٢/١٩٧٥)

٢ - النص في الفقرة الثانية من المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه "لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وتروى أي عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه، وأن الإكراه الذي عناه بهذا النص المبطل للوفاء الذي حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذي يجيز إبطال العقد والنصوص عليه في المادة ١١٧ من القانون المدني وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها وأن التقاضي والإبلاغ لا يعتبران بذاتهما إكراها لأنهما من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداعن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت إنحرافه عن الحق المباح إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم.

(الطعن رقم ٤٤٦٧ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٠٩/٠٢/١٩٩٣)

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور - حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٣٨ و ٣٩.

٣ - النص في الفقرة الثانية من المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه "لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وتروى عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه، وأن الإكراه الذي عناه بهذا النص المبطل للوفاء الذي حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذي يجيز أبطال العقد والنصوص عليه في المادة ١٧ من القانون المدني وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها وأن النقاض والإبلاغ لا يعتبران بذاتهما إكراها لأنهما من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت إنحرافه عن الحق المباح إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم.

(الطعن رقم ٤٦٣٤ لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٠٩ / ٠٢ / ١٩٩٣)

* * *

مادة (١١٨)

التصرفات الصادرة من الأولياء والاوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١٨ لیبی و ١١٩ سوری و ١٠٣ سودانی ١١١ عراقی.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لا يجوز اعمال أثر اليمين الحاسمة التي يحلفها الوصى في حق القاصر، اذ ان اداء اليمين الحاسمة عمل من اعمال التصرف التي لا يجوز له مباشرتها.

(جلسة ١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٣ مدني - ص ٤٥٥)

٢ - للولى الاب سلطة التصرف في مال القاصر الذي تبرع له به بجميع التصرفات ومنها رهنه لدين على الولى نفسه وتحل سلطته من القيود الواردة بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٦٠٠)

٣ - تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على ان تكون القوامة للابن البالغ ثم للاب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، وتقضى المادة ٩٦ من هذا القانون بأنه يشترط في القيم ما يشترط في الوصى وفقا لما نصت عليه المادة ٢٧، ويتعين تطبيقا للفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة ان يكون القيم عدلا كفوا ذا أهلية كاملة، والمفهوم من اصطلاح الكفاية بشأن القيم - وعلى ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون بالنسبة للوصى - هو ان يكون اهلا للقيام على شئون المحجور عليه، وتجزئ الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفه الذكر اسناد القوامة الى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائي، إذا اتضح ان النزاع ليس من شأنه ان يعرض مصالحه للخطر، وتوافرت في هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٤٦٢)

٤ - وحيث أن مبني دفع النيابة بعدم جواز الطعن أن قرار عزل الطاعنة من الوصاية علي قصر وتعيين المطعون ضدها الثانية وصية عليهم لا يجوز الطعن فيه بطريق النقض وحيث أن هذا الدفع في محله ذلك أن النص في المادة ١٠٢٥ مرافعات يدل وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة علي أن المشرع - علي ما يبين من المذكرة الإيضاحية قصر الحد من جواز الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في مسائل الولاية علي المال فقصره علي القرارات التي تصدر في المسائل المبينة في ذلك النص علي سبيل الحصر لما كان ذلك وكان القرار المطعون فيه قد أيد القرار المستأنف بعزل الطاعنة من الوصاية..... وهو ما لا يندرج بين المسائل الواردة بالنص المذكور ومن ثم فإن الطعن فيه بطريق النقض يكون غير حائز.

(الطعن ١١٤ لسنة ٦٥ ق - (جلسة ٢٠٠١/٣/٢٤ لم ينشر بعد)

مادة (١١٩)

يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض اذ لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفى نقص أهليته.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ١١٩ لىبى و ١٢٠ سورى و ١٠٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يجوز للقاصر ان يتمسك ببطلان التعاقد الذى يكون طرفا فيه، ولو صرح انه قد بلغ سن الرشد، فليس يحصل مجرد التصريح بذلك دون مباشرة دعوى البطلان، مادام لم يقرن بطرق إحتيالية، اذ ان من واجب كل عاقد ان يثبت من أهلية من يتعاقد معه، ثم ان حماية القاصر تصبح حماية وهمية إذا جعل من مجرد التصريح ببلوغ سن الرشد حائلا دون مباشرة دعوى البطلان - اما إذا اقترن التصريح ببلوغ سن الرشد بطرق إحتيالية، فيكون القاصر المميز قد ارتكب عملا غير مشروع يترتب مسئوليته قبل التعاقد الاخر متى كان حسن النية، وقد كان فى الوسع ان يفكر فى استبقاء دعوى البطلان لمصلحة القاصر فى هذه الحالة لهذا مع إلزامه بالتعويض بيد ان اوقع الجزاءات واعدلها فى هذا الشأن ما يقوم على حرمان القاصر من هذه الدعوى وابقاء العقد على حكم الصحة، وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، على ان تطبيق النص لا يتناول الا حالة القصر، اما من عدا القصر من ناقصى الأهلية فتكون حمايتهم ناقصة، لو انهم حرّموا من دعوى البطلان فى الحالة التى تقدم ذكرها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - مفاد نص المادة ١١٩ من القانون المدنى انه إذا لجأ ناقص الأهلية الى طرق إحتيالية لاختفاء نقص أهليته، فإنه وان كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية، الا انه يكون مسئولا عن التعويض للغش إذا صدر منه عملا بقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا يكفى فى هذا الخصوص ان يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها، بل يجب ان يستعين بطرق إحتيالية لتأكيد كمال أهليته.

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - مدنى ص ٣٩٦)

* * *

مادة (١٢٠)

إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جازله أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢٠ لیبی و ١٢١ سورى و ١١٩ عراقى و ١٠٦ سودانى و ٢٠٣ لبنانى و ١٢٠ كويتى و ٤٥-٤٩ تونسى و ٤١-٤٤ مغربى.

الأعمال التحضيرية:

كان من واجب المشرع ان يقطع برأى معين فى مسألة المفاضلة بين إشتراط توافر الغلط المشترك وهو ما يقوم بذهن العقادين معاً، أو الإجتزاء بالغلط الفردى، وقد إكتفى المشرع بالغلط الفردى بوجه عام، بيد انه إشتراط لترتيب حكم الغلط عند عدم إشتراك طرفى التعاقد فيه ان يكون.... عالماً بوقوعه أو ان يكون من السهل عليه ان يتبينه، ويلاحظ ان المتعاقد الآخر فى هذه الفروض... ينسب إليه امر يرتب مسئوليته وهذا ما يبرر طلب البطلان، اما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط بأن وقف موقفاً لا يجر الى الوقوع فيه أو إمتنع عليه العلم به أو تبينه، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد الا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد عملاً بنظرية الخطأ فى تكوين العقد، اما المشرع فقد ذهب الى ما هو ايسر من ذلك، فبدلاً من ان يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض، يصيب العقاد الآخر التمسك بالبطلان، من خسارة جعل العقد حكم الصحة، وهياً بذلك يبرر إبطال العقد، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان أو يتسبب فيه احدهما، أو يعلم به، أو يكون فى مقدوره ان يعلم به، قد يلقب إصطلاحاً (بالغلط المغتفر)، ويصبح الغلط غير مغتفر ولا يؤدى بذلك الى إبطال العقد، إذا وقع فيه احد المتعاقدين دون ان يشاركه فيه المتعاقد الآخر، أو يجره اليه، أو يعلم به، أو يستطيع العلم به، والثانى - انه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبين واقعة الغلط فحسب، بل ووقوفه على ان هذا الغلط كان دافعاً إبرام العقد^(١).

راى الفقه:

١ - عيوب الإرادة هى: الغلط، التدليس، والإكراه، والإستغلال.

والغلط حالة تقوم بالنفس توهم غير الواقع، والنوع المقصود هو الغلط الذى يعيب الإرادة، فترسم الدائرة التى تحصر نطاقه، فيستبعد (الغلط المانع) لانه يعدم الإرادة ولا يقتصر على ان يعييبها (كمن اعطى نقوداً على انها قرض فأخذها الآخر على انها هبة)،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٢ - ص ١٤٢ و ١٤٣.

فالارادتان لم تتوافقان على عنصر من العناصر الأساسية (ما هبة العقد، أو المحل، أو السبب)، فالتراضى غير موجود كذلك يجب استبعاد الغلط الذى يقع فى نقل الإرادة أو فى تفسيرها على غير الوجه الصحيح.

ويأخذ النقنين المدنى المصرى فى الغلط الجوهري الذى يعيب الإرادة بالميعاد الذاتى، مؤيدا فى ذلك الاتجاه الذى جرى عليه الفقه والقضاء فى ظل القانون المدنى السابق، والغلط الجوهري هو ذلك الذى يبلغ فى نظر المتعاقد - الذى وقع فيه - حدا من الجسامه بحيث كان يتمتع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط، فصفة الشئ جوهريه متى اعتبرها المتعاقدان كذلك، ووفقا لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية، ويصح ان يقع الغلط الجوهري فى صفة الشئ أو فى الشخص المتعاقد أو فى القيمة أو فى الباعث، ويستوى ان الغلط فى الواقع أو فى القانون فى المسائل التى ليست محلا للخلاف.

والغلط يفسد رضاء من وقع فيه، ولا يمنع من هذا الفساد ان المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط، فيكفى ان يكون الغلط فرديا، وان يكون الآخر على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبينه حتى يحق إبطال العقد.

يخلص مما تقدم ان الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلا للإبطال الا إذا كان غلطا مشتركا، أو كان غلطا فرديا يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه ان يتبينه، وليس فى ذلك إخلال بإستقرار التعامل، فالمتعاقد الآخر إذا اشترك فى الغلط يكون حسن النية، ولكن مقتضى حسن نيته ان يسلم بإبطال العقد، وان علم بالغلط كان سئ النية، والإبطال جزاء سواء نيته وان كان لا يعلم بالغلط ولكن من السهل عليه ان يتبينه فهو مقتصر، وتعويض التقصير بالإبطال^(١).

٢ - تأخذ تشريعات مصر وسوريا وليبيا ولبنان بالنظرية الحديثة للغلط، وتضع شروطا للطعن به توافق بين مصلحة المتعاقد الذى وقع فى الغلط فى ان يتحلل من عقده، لان الغلط جعل ارادته غير مدركة للحقيقة، الأمر الذى يقتضى ان يسمح له بطلب إبطال العقد للغلط، ومصلحة الجميع فى ان يستقر التعامل بين الناس، مما يقتضى التشدد حتى يتخذ الطعن وسيلة سهلة لإبطال العقود - وهذه الشروط هي:

الأول - ان يكون الغلط جوهريا، فى صفة فى المحل، أو فى القيمة، أو فى ذات المتعاقد - أو فى الباعث - ولم يصرح القانون اللبنانى بحصر حالات الغلط فى الصور سالفه الذكر وبالتالي يمكن اعتبارها امثلة غير ارادة على سبيل الحصر، ويظهر من هذه الامثلة انها تسير فى نطاق، ما هو معروف بشرط ان يكون الغلط جوهريا، ولا يختلف الحكم بذلك فى القانون اللبنانى عن القانون المصرى والسورى والليبي.

(١) الوسيط ١ - الدكتور السهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٢٨٩ - وما بعدها، والوجيز - ص ١١٠ وما بعدها.

الثاني - علم المتعاقد الآخر بالغلط، فتشترط التشريعات العربية في مصر وسوريا وليبيا ولبنان ان يكون المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط أو كان على علم بهذا الغلط، سواء اكان هذه العلم حقيقيا ام كان علما مفترضا بأن كان من السهل على المتعاقد الآخر ان يعلم بالغلط، اما مجلة العقود والإلتزامات التونسية فتأخذ بالنظرية التقليدية للغلط مع بعض التعديلات في المواد من ٤٥ الى ٤٩ (الفصل).

على ان جزاء الغلط في القانون العراقي هو عدم نفاذ العقد، اي إعتباره موقوفا على اجازة من وقع في غلط، فإن اجازته نفذ وان لم يجزه بطل، وهذا ادق من حكم التشريع المصري والليبي والسوري التي إعتبرت العقد مع الغلط قابلا لإبطال^(١).

٣ - الانظار والاتجاهات القانونية ترى ان النظرية القديمة في الغلط ضيقة وجامدة جمودا يقف بها دون ما تتطلبه الحياه العملية من مرونة في المقاييس ومراعاة لإرادة العاقد، فليست العبرة للغلط في مادة الشئ دون قيمته، فقد يكون الغلط في مادته اقل شأنًا في نظر العاقد من الغلط في قيمته، ولا ينبغي ان يكون هناك أحوال محددة يؤثر فيها الغلط، وأحوال محددة أخرى لا يؤثر فيها، وانما الذي يجب إعتباره هو ان يكون الغلط واقعا في جوهرى من نواحى العقد بالنسبة الى العاقد بحيث يكون هو الدافع الرئيسى له الى التعاقد، سواء اكان هذا الغلط في مادة الشئ أو فى الشخص أو فى مادة ١٢٠ القيمة أو للبائع أو فى القانون، وهذا معيار شخصى ذاتى امر واوجه من ذلك المعيار المادى الضيق، اما مصلحة إستقرار المعاملات فتعالج فى ظل هذه النظرية الحديثة بطرق أخرى، وذلك بأن يشترط فى الغلط ليكون مسوغا إبطال العقد ان يكون ذلك الغلط نفسه قد وقع الطرفان المتعاقدان (وهذا ما فيه الطرفان يسمى بالغلط المشترك) أو يكون الطرف غير الغالط سئ النية.

والقانون المدني السوري (وكذا اصله المصري) قد تبني النظرية الحديثة فى الغلط، وافر إعتباره الغلط فى الواقع عيبا فى الإرادة مسوغا إبطال العقد فى اى ناحية وقع بشرط ان تكون هذه الناحية جوهرية بالمعيار الشخصى المذكور، دون تقييده بنواح نوعية معينة كما عليه المعيار المادى الذى تتبناه النظرية القديمة، فهو شامل للغلط فى القيمة وفى البائع متى كان الغلط جوهريا، بمعنى انه لولاه لما قدم الغالط على التعاقد، وإشترط القانون فوق ذلك حرصا على إستقرار المعاملات ان يكون الغلط مشتركا أو يكون الطرف غير الغالط سئ النية^(٢).

٤ - يعتبر الغلط اكبر عيب من عيوب الرضا من الناحيتين العملية التطبيقية والفنية النظرية، والغلط فى الفقه المدني نظريتان: قديمة تقليدية، وأخرى حديثة، اما عن موقف المشرع العراقي فإنه اخذ بالنظرية الحديثة فى الغلط موقفا بينها وبين الفقه الإسلامى^(٣).

(١) نظرية الإلتزام - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٤٢ وما بعدها.

(٢) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٧٩ وما بعدها.

(٣) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٤٥ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الوفاء إتفاق بين الموفى والموفى له على قضاء الدين، فهو بهذه المثابة تصرف قانونى يجرى عليه من الأحكام ما يجرى على سائر التصرفات القانونية فلا بد فيه من تراضى الطرفين على وفاء الإلتزام، ويشترط فى هذا التراضى ان يكون خاليا من عيوب الإرادة، فإذا داخل الوفاء عيب منها كان قابلا للإبطال - فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت فى حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة ان الموفى ما قبل الوفاء الا لإعتقاده بأن الدين الذى أو فى به حال بحكم نهائى، وانه تبين بعد ذلك عدم تحقق هذه الصفة فى الدين، فإن الموفى يكون قد وقع فى غلط جوهرى بشأن صفة من صفات الدين الموفى به، كانت أساسية فى إعتباره، اذ لولا هذا الغلط ما كان الوفاء، فإذا كان الموفى له على علم بهذا الغلط الدافع الى الوفاء، فإن من شأن هذا الغلط ان يؤدى الى إبطال الوفاء متى طلب الموفى ذلك، وان يعود الطرفان الى الحالة التى كان عليها قبل حصوله، ومن ثم يلتزم الموفى بأن يرد المبلغ الذى قبضه.

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - مدني ص ٦٠٢)

٢- إذا كانت محكمة الموضوع قد نفت عن الإقرار (بالتنازل عن الاجرة) وجود الغلط الجوهرى المدعى به بما إستخلصته من الوقائع التى أوردتها ولها اصلها فى الأوراق من ان الطاعن (المؤجر) كان يعلم وقت صدور الإقرار منه بتحقيقه التلف الذى اصاب زراعة المطعون ضدها (المستأجرين) والذى يدعى الطاعن انه وقع فى غلط فى شأنه معتقدا انه يرجع الى ظروف غير متوقعة ومستحيلة التوقع، فإنه لا سبيل لمحكمة النقض عليها فى ذلك، لان إستخلاص توافر هذا العلم أو عدم توافره من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ - المرجع السابق - س ١٢٧٨)

٣- انه وان جاز - طبقا للمادة ١٢٠ من القانون المدنى - للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى ان يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الاخر قد وقع مثله فى غلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه ان يتبينه، الا ان ثبوت واقعة الغلط هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - مسألة موضوعية، يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها.

(ونقض - جلسة ١٩٧٣/٣/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٩٦)

٤- توهم غير الواقع الذى يخالط الإرادة عند تكوين العقد من قبيل الغلط الوارد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من القانون المدنى مؤدى ذلك. للمتعاقد الذى وقع فيه طلب إبطال التصرف الذى به. شرط ذلك.

(الطنن ٣٤٩ لسنة ٦٠ - جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ س ٤٥ ص ١١٩٢)

٥- طلب إبطال التصرف الذى شابه غلط جوهرى فى قيمة الشئ. شرطه أن يكون هو الدافع الرئيسى للتعاقد ووقع فيه المتعاقد الآخر واتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

المقرر وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢١ من القانون المدني أن للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري في قيمة الشيء أن يطلب إبطال التصرف الذي شابه هذا الغلط متي كان هو الدافع الرئيسي إلي المتعاقد ووقع فيه المتعاقد الآخر أو اتصل علمه به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

(الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٢ س ٤٨ ص ٩٥٢)

٦- وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أن النص في المادة ١٢٠ من القانون المدني علي أن : " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان علي علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه " وفي المادة ١/١٢١ منه علي أن " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد علي إبرام لو لم يقع في هذا الغلط " - يدل علي أن المشرع يعتد بالغلط الفردي سبباً لإبطال العقد ، وعودة طرفية إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه ، واشترط لذلك أن يكون هذا الغلط جوهرياً - وهو ما يتحقق إذا كان هو الدافع إلي إبرام العقد - وأن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو في مقدوره أن يعلم به.

(الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

٧- تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بوقوعه في غلط جوهري لتوهمه أنه اختص في عقد القسمة المبرم بينه والمطعون ضده بالمساحة المحددة فيه وأنه لو كان يعلم أن جزءاً منها يتداخل في طريق عام لأحجم عن إبرام العقد وبأن قسيمة كان عالماً بوقوعه في ذلك الغلط ودلس عليه بسكوته عمداً عن تلك الواقعة حين أن الأخير قرر في محضر استجواب بأن الطريق كان مقاماً منذ أمد طويل وتأييد ذلك بتقرير الخبير الذي أضاف أنه يقتطع من نصيب الطاعن. دفاع جوهري. عدم عناية الحكم المطعون فيه بتحميمه مقيماً قضاءه برفض دعوى الطاعن بطلب إبطال العقد علي قالة إن الطريق أنشئ بعد تحريره. مخالفة للثابت في الأوراق وقصور مبطل.

لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه وقع في غلط جوهري إذ توهم أنه اختص في عقد القسمة المؤرخ... الذي أبرمه مع أخيه المطعون ضده بمساحة ١٧٧,٧٨ متراً مربعاً وأنه لو كان يعلم أن ما يزيد علي خمسين متراً من هذه المساحة يتداخل في طريق عام يحدها من الناحية البحرية لأحجم عن إبرام العقد ، كما تمسك بأن قسيمة كان عالماً بوقوعه في ذلك الغلط ، وأن دلس عليه بأن سكت عمداً عن تلك الواقعة حتي يتردي هو فيما شاب إرادته من غلط ، ودلل علي صدق ما سيقول بما أقر به المطعون ضده نفسه في محضر الاستجواب المؤرخ... من أن ذلك الطريق كان مقاماً منذ أمد طويل - حدده الخبير المندوب من محكمة الاستئناف بمدة تزيد علي خمسين عاماً وأورد أنه يقتطع من نصيب الطاعن مساحة ٥٨,٥٠ متراً مربعاً ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعن بتمحيص هذا الدفاع الجوهري ، وأقام قضاءه برفض الدعوي (دعوي الطاعن بطلب إبطال العقد) علي ما قاله الحكم الابتدائي من أن الطريق الذي تداخل فيه نصيب

الطاعن أنشئ بعد تحرير عقد القسمة بأربع سنوات ، فإنه فضلاً عن مخالفة الثابت في الأوراق يكون مشوباً بقصور يبطله.

(الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

٨- الغلط الفردي. سبب لإبطال العقد وعودة طرفية إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه. شرطه أن يكون الغلط جوهرياً والمتعاقد الآخر عالماً به أو في مقدوره أن يعلم به الغلط الجوهري تحققه إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقد المادتان ١٢٠، ١٢١/١ مدني
إن النص في المادة ١٢٠ من القانون المدني علي أن : "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان علي علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه " وفي المادة ١٢١/١ منه علي أن " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط " يدل علي أن المشرع يعتد بالغلط الفردي سبباً لإبطال العقد. وعودة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه ، واشترط لذلك أن يكون هذا الغلط جوهرياً - وهو ما يتحقق إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقد - وأن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو في مقدوره أن يعلم به.

(الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (١٢١)

(١) يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

(٢) ويعتبر الغلط جوهرياً على الاخص:

(أ) إذا وقع في صفة الشئ تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

(ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٢١ لىبى و ١٢٢ سورى و ١١٧ و ١١٨ عراقى و ٢٠٥ لبنانى و ١٠٧ سودانى و ١٢٠ كويتى.

التعليق:

يراجع في التعليق على هذه المادة بالأعمال التحضيرية بالتعليق الوارد على المادة ١٢٠ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - تقرير الحكم بأن الصفة التى اتخذها امين النقل فى التعاقد من انه مالك لسيارات وعربات اجرة لم تكن صفة جوهريّة يترتب على عدم توافرها إبطال العقد هو تقرير موضوعى.

(جلسة ٢٩/١٠/١٩٥٣ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - ١١ - ص ٨٣٣)

٢ - إذا كان المطعون عليه - وان لم يدرج اسمه فى نقابة المهن الهندسية وقت تعاقد مع الطاعنه مصرحاً له بمزاولة مهندس معمارى، فإنه لا يكون ثمة غلط وقعت فيه الطاعنة فى شخصية المطعون عليه أو صفته يجيز لها طلب إبطال العقد.

(نقض جلسة - ١٠/٦/١٩٦٤ - المرجع السابق - ١٠ - ص ٨٣٣)

٣ - إبطال العقد للغلط. جواز الحكم بالتعويض عند توافر شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال باعتبار أن العقد واقعة مادية.

يجوز مع القضاء ببطالان العقد للغلط أو التدليس أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرراً بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا علي إعتبار أنه عقد بل بإعتباره واقعة مادية متي توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي يسبب بخطئه في هذا البطالان.

(الطعن ٨٢٤٠، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٣/٦/١٩٩٧ س ٤٨ ص ٩٥٢)

٤ - النص في المادة ١٢٥ من القانون نفسه (القانون المدني) على أن "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" - مؤداه أن المشرع اعتبر مجرد كتمان العاقد واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا.

(الطعن رقم ٥٥٢٤ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٤ / ٢٠٠١)

٥ - النص في المادة ١٢٠ من القانون المدني على أن "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه" وفي المادة ١/١٢١ منه على أن "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" يدل على أن المشرع يعتد بالغلط الفردي سببا لإبطال العقد، وعودة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، واشترط لذلك أن يكون هذا الغلط جوهريا - وهو ما يتحقق إذا كان هو الدافع إلى إبرام العقد - وأن يكون المتعاقد الآخر عالما به أو في مقدوره أن يعلم به.

(الطعن رقم ٥٥٢٤ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٤ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (١٢٢)

يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢١ لیبی و ١٢٣ سوری و ١٠٨ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

قصد المشرع من نص المادة... إلى القضاء على كل شيء فيما يتعلق بحكم الغلط في القانون، فكثيراً ما يستبعد هذه الغلط من بين أسباب البطلان النسبي إستناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون، والواقع، أن نطاق تطبيق هذه القاعدة، لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية، أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق، فيكون للغلط في القانون متى ثبت أنه جوهري، شأن الغلط في الوقائع، من حيث ترتيب البطلان النسبي ما لم يقض القانون بغير ذلك، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح، وقد جرى القضاء المصري على ذلك^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - تمسك الطاعة أمام محكمة الموضوع بأنها حررت عقد البيع لنقل حيازة الأرض للمطعون ضده الأول لتوهمها خطأ أنه غاصب لها يرث المساحة عن أبيها وطلبها إحالة الدعوى إلى التحقيق اطراح الحكم الابتدائي هذا الدفاع تأسيساً على أن الطاعة وصفت دفاعها بأنه طعن بالصورية لا يجوز للمتعاقدین إثباته إلا بالكتابة. إلزام الحكم المطعون فيه ظاهر الوصف الذي أطلقته على دفاعها وعدم أخذه بالتكليف السليم من أنها تتمسك بطلب إبطال العقد لكونها وقعت في غلط لولاه ما وقعت على عقد البيع ولا عقد القسمة. خطأ وقصور.

(الطعن ٢٤٩ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٤/٧/١٢ س ٤٥ ص ١١٩٢)

٢ - لأن كان مؤدى نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أنه يترتب على نشر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي إمتناع تطبيقه منذ اليوم التالي للنشر على الوقائع كافة حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية وهو ما ينفي الوجود القانوني للنص وتبقى صلاحيته لإحداث الأثر الأصلي المقصود من التشريع وهو حكم الروابط والوقائع التي تقع في نطاق سريانه إلا أن الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له وجود فعلي ظهر خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الإتباع فإنخدع به بعض الأفراد وباشروا تصرفاتهم على هذا الأساس فوقعوا في الغلط بحسن نية نتيجة لخطأ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٥٩.

المشروع وفي هذه الحالة ينتج النص غير الدستوري أثرا عرضيا على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده وهو واقع يتعين إعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيدا لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور بإعتباره وحده هو الواجب التطبيق وهذا ما درج عليه المشروع فرغم أنه من المفترض علم الكافة بالقانون على وجهه الصحيح فقد اعتد بالجهل بالقانون في تقديره لصحة الإرادة فنصت المادة ١٢٢ من القانون المدني على أنه: "يكون العقد قابلا للإبطال للغلط في القانون" كما أعفت المادة ١٦٧ من القانون المدني الموظف من المسؤولية عن عمله الذي اضر بالغير إذا كان تنفيذا لأمر صدر إليه من رئيس يعتقد أن طاعته واجبة متى كان يعتقد مشروعية العمل غير المشروع الذي وقع منه. كما راعى حسن النية لإستقرار التعامل حين حمى المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم في الفترة من تاريخ نفاذها لحين الحكم بعدم دستوريته لأنها أثرت على إرادة المخاطبين بأحكامها فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها لأن إمتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبار أثر وجودها على إرادة المخاطبين بها.

(الطن رقم ١١٦٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ١٠ / ١٩٩٩)

* * *

مادة (١٢٣)

لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٢٣ لیبی و ١٢٤ سورى و ١٢٠ عراقى و ١١٠ و ١٠٤ سودانى و ٢٠٦ لبنانى و ١٢١ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

يواجه النص حكم الغلط المادى، كالخطأ فى الكتابة أو فى الحساب، وهو غلط غير جوهري لا يؤثر فى صحة العقد، وإنما يجب تصحيحه، ويسرى هذا الحكم على العقود بوجه عام، وعلى عقد الصلح بوجه خاص، إذ أن النقيض الحالى تنصه بالنص دون غيره^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - مجال تطبيق نص المادة ١٢٣ من القانون المدني، الغلط فى الحساب، وغلطات القلم أى الأخطاء المادة التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته، وتكشف عنها الورقة، بذاتها، ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد، فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلاً من ختم آخر، لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ، ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة الى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدني (الملغاه والتى حلت محلها المادة ١٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) التى تقضى بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها.

(جلسة ١٩٦٤/١/١٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ مدني - ص ١١١)

* * *

مادة (١٢٤)

(١) ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية.

(٢) يبقى بالاختصاص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢٤ ليبى و ١٢٥ سورى و ١٠٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ابيح لمن وقع في الغلط ان يطلب بطلان العقد، لانه ما كان ليتعاقد لو انه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً، تلك علة حق التمسك بالبطلان، وهى بذاتها مرجع حدوده، فمتى كان من المحقق ان العاقد قد اراد ان يبرم عقداً فمن الواجب ان يلتزم بهذا العقد بصرف النظر عن الغلط، مادام ان العاقد الآخر قد اظهر إستعداده لتنفيذه، وعلى ذلك يظل من يشتري شيئاً معتقداً خطأ ان له قيمة أثرية مرتبطة بعقد البيع، إذا عرض البائع إستعداده لان يسلمه نفس الشئ الذى إنصرفت نيته الى شرائه، ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود - على ان النفيين قد بدأ بالنص بصيغة عامة على عدم جواز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية، ثم عقب على ذلك بإيراد التطبيق الذى تقدمت الإشارة اليه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١- لأن كان تقديم الإستقالة وقبولها ليس عملية تعاقدية تنتهى بها خدمة الموظف، بل هي عملية إدارية، يثيرها الموظف بطلب الإستقالة، وتنتهى الخدمة بالقرار الإداري الصادر بقبول هذا الطلب الذي هو سبب هذا القرار، إلا أنه لما كان طلب الإستقالة هو مظهر من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة، والقرار بقبول هذا الطلب هو بدوره مظهر من مظاهر إرادة الرئيس الإداري في قبول هذا الطلب وإحداث الأثر القانوني المترتب على الإستقالة، كان لازماً أن يصدر طلب الإستقالة وقرار قبولها برضاء صحيح يفسده ما يفسد الرضا من عيوب، كما يزيل هذه العيوب أو يسقط الحق في التمسك بها ما يقضى به القانون في هذا الخصوص. كما يجب التنبيه إلى أنه بالرغم من أن القضاء الإداري غير ملزم بتطبيق المادة ١٢٤ من القانون المدني إلا أنه يجب إنزال الحكم على مقتضاه، لأن هذا المقتضى يرتد إلى أصل طبعي هو وجوب تنفيذ العقود والالتزامات بحسن نية، ما دام الثابت أن تمسك المدعي بالغلط الذي وقع فيه ووقعت فيه الإدارة يتعارض مع ما يقضى به حسن النية.

(الطعن رقم ١٧٠٢ - لسنة ٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠٢ / ١٩٥٧)

٢ - إذا كان الثابت أن الموظف و الإدارة ، حين تقديم الإستقالة و حين قبولها ، قد وقع كلاهما تحت تأثير الغلط في فهم القانون ، بإعتقاد أن الموظف مقدم الإستقالة ممن يفيدون من قرار مجلس الوزراء الصادر في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ ، الذي كان يشترط للإفادة من أحكامه أن يكون للموظف المستقيل مدة خدمة محسوبة في المعاش تبلغ خمس عشرة سنة ، فإن الإدارة قد قامت بعد ذلك بما يحقق ما طلبه الموظف و أمثاله في إستقالاتهم من حيث صرف المبالغ المستحقة لهم في صندوق الإذخار كاملة بما في ذلك حصة الحكومة ، فليس ثمة ما يوجب إلغاء القرار الصادر بقبول الإستقالة بحجة أن تقديم طلبها و القرار بقبولها كلاهما قد وقع تحت تأثير الغلط في فهم القانون ، و مرد ذلك إلى أصل طبعي يتعلق بزوال عيب فساد الرضا بسبب الغلط رددته المادة ١٢٤ من القانون المدني ، حيث نص على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية ، و يبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد " .

(الطعن رقم ١٧٠٢ - لسنة ٢٠٠٣ - تاريخ الجلسة ١٩٥٧ / ٠٣ / ٢٣)

٣ - نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني نص مستحدث ورد ضمن القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذي لم يبدأ العمل به إلا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فهو على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس له أثر رجعي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب الفوائد القانونية عن مبلغ مطالب به على سبيل التعويض عن أرض استولى عليها للمنفعة العامة دون اتخاذ الإجراءات المرسومة في القانون ، قد قرر أنه يشترط للحكم به أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب عملاً بالمادة ٢٢٦ من القانون المدني وهو ما ليس متوافراً في الدعوى الحالية ، وكان الواقع في الدعوى أن الاستيلاء على أرض الطاعن قد تم في أول سنة ١٩٤٤ . في ظل القانون المدني الملغي الذي كانت تنص المادة ١٢٤ منه على أنه "إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة الرسمية فقط إذا لم يقض العرف أو الاصطلاح التجاري أو القانون في أحوال مخصوصة بغير ذلك" ، فإن الحكم المطعون فيه بما انتهى إليه في هذا الصدد يكون مخالفاً للقانون .

(الطعن رقم ٢١٥ - لسنة ٢٠٠٤ - تاريخ الجلسة ١٩٥٨ / ١١ / ٠٦)

٤ - متى كان محل الإلتزام المطالب به في الدعوى مبلغاً من النقود هو مقابل تعويض الضرر الذي لحق المطعون ضدها نتيجة فقد بعض أجولة البضاعة التي تعهدت الشركة الطاعنة بموجب سند الشحن بنقلها - وكانت المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم هي المنطبقة على واقعة الدعوى على أساس أن عدم تسليم البضاعة قد حصل قبل العمل بالقانون المدني الحالي وأن المادة ٢٢٦ منه تشريع مستحدث وليس له أثر رجعي - فإنه ليس من شأن المنازعة في استحقاق المبلغ المطالب به كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب ، وقد حسم الحكم خلاف في شأنه بتقدير مبلغ معين تعتبر ذمة الشركة الطاعنة مشغولة به منذ مطالبتها رسمياً - لأن الأحكام مقررّة للحقوق وليست منشئة لها وإذ قضى الحكم المطعون فيه بفوائد هذا المبلغ من تاريخ المطالبة الرسمية فإنه يكون قد توخى صحيح حكم القانون

المدني القديم الذي تحكم المادة ١٢٤ منه واقعة النزاع ولا يعيبه استناده في أسبابه إلى نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني الحالي ما دام ذلك لا يؤثر في سلامه منطوقه.

(الطعن رقم ٢٤٥ - لسنة ٣٠ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٦٥)

٥- تنص المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم على أن الفوائد لا تكون مستحقة إلا من تاريخ المطالبة الرسمية ما لم يقض العقد أو العرف التجارى أو القانون بغير ذلك. فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالفوائد من تاريخ الإنذار الرسمي دون بيان الأساس القانوني الذي إستند إليه في قضائه بالفوائد من هذا التاريخ فإنه قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٢٩ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠٦ / ١٩٦٦)

٦ - توهم غير الواقع الذي يخالط الإرادة عند تكوين العقد هو من قبيل الغلط الذي نظم المشرع أحكامه في المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من القانون المدني. فجعل للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطلب إبطال التصرف الذي شابه متى كان الغلط جوهرياً ووقع فيه المتعاقد الآخر أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

(الطعن رقم ٣٤٩ - لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٧ / ١٩٩٤)

* * *

مادة (١٢٥)

(١) يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.
(٢) ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢٥ لبيي و ١٢٦ سوري و ١٢١ عراقي و ١١١ سوداني و ٢٠٨ لبناني و ١٢٢ كويتي و ٥٦ و ٥٧ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

يشترط في التدليس ان صدر من احد المتعاقدين، سواء صدر من المتعاقد نفسه ام من نائبة ام من شريك له، ان ينطوى على (حيل)، بيد ان هذه الحيل تختلف عن سميها في النص الجنائي، اذ يكفي فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد، كسكوته عمدا عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الاخر، والواقع، انه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدني وتعريف التدليس الجنائي، ومهما يكن من امر فليس ينبغي ان يعتد في تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقدان من اراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب متى كانت هذه الاراء من قبيل الإعتبارات العامة المجردة من الضبط والتخصيص - ويشترط كذلك - ان تكون الحيل التي تقدمت الإشارة إليها، قد دفعت من ضلل بها الى التعاقد، ومناطق التقدير في هذا الصدد نفسى وذاتى، كما هو الحال بالنسبة لعيوب الرضا جميعا - وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس، وما دام ان أثره في الإرادة يرد الى ما يولد في ذهن العاقد من (غلط) يدفع به الى التعاقد، بمعنى ان ما يشوب الرضا من عيوب بسببه يرجع الى الغلط لا الى الحيلة، الا ان لوجود التدليس مزيتين عمليتين: فإثباته ايسر من إثبات الغلط من ناحية، وهو يخول حق من صدر منه التدليس بالتعويض، فضلا عن حق التمسك بالبطلان، من ناحية اخرى^(١).

راى الفقه:

١ - التدليس هو ايقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد - فالعلاقة وثيقة بين التدليس والغلط، والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال الا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد، فالتدليس يؤدى الى الغلط ويختلط به - وللتدليس عنصران: **الأول** - موضوعى، وهو للطرق الإحتيالية التى تستعمل، ويستوى ان تصدر من احد المتعاقدين أو من اجنبى عن العقد، **والثانى** - نفسى، وهو ان تكون هذه الطرق الإحتيالية التى وقعت هى التى دفعت الى التعاقد:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - الجزء ٢ - ص ١٧٢ و ١٧٣.

فالتطرق الإحتيالية جانبان: مادي وهو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير

في إرادة الغير، ومعنوي، هو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع، ويجب ان يكون الأعمال المادية كافية للتضليل بحسب حالة المتعاقد، فالمعيار هنا ذاتي. والعنصر النفسي في التدليس هو ان تكون الطرق الإحتيالية هي التي دفعت الى التعاقد، وقاضى الموضوع هو الذى يبت في ذلك، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس المتعاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه الى التعاقد، ويستترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب.

وبالرغم من أن الغلط يغني عن التدليس، فقد أثر التقنين المدني الحديث أن يستبقي التدليس إلى جانب الغلط جريا علي التقاليد^(١).

٢ - تنص التشريعات العربية على جواز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر للعقد.

ولا تفرق تشريعات السعودية واليمن ومصر وليبيا وسوريا بين التدليس الدافع الى التعاقد وبين التدليس الدافع الى قبول شروط اشد، وهو ما يبدو انه حكم الفقه الإسلامى.

اما القانون اللبناني والقانون التونسي فقد اخذ كل منهما بالفرقة بين التدليس الدافع الى التعاقد وجعله سببا لإبطال العقد، وبين التدليس الدافع الواقع فى شروط العقد ولم يكن دافعا الى التعاقد، وجعله سببا للتعويض فحسب.

ولا يجوز ان يطعن بالتدليس غير المدلس عليه. اما المتعاقد الآخر فليس له ذلك حتى لا يستفيد من التدليس، ورغم ان التدليس نوع من الغش يقع على المدلس عليه، الا انه لا يجوز للمدلس عليه ان يتمسك بالطعن بالتدليس على وجه يتعارض مع حسن النية، وبالتالي إذا ابدى المتعاقد والآخر استعداده لتنفيذ العقد، كما لو لم يكن هناك تدليس أو قبل تعديل شروط العقد الاشد الى الحد المألوف إذا كان التدلي قد دفع المدلس عليه الى التعاقد بشروط اشد، فلا محل للتمسك بالطعن، وتحدد التشريعات العربية مدة لا يجوز التمسك بعدها بالطعن بالتدليس (٣ سنوات فى مصر، وسنة فى سوريا وليبيا وتونس، وعشر سنوات فى لبنان) من اكتشاف التدليس^(٢).

٣- العاقد فى (التدليس والغلط) واقع فى توهم يحمله على التعاقد، ولولا هذا الوهم لما اقدم على إبرام العقد، فالوهم هو الأثر الدافع فى كل من الغلط والتدليس على السواء، وانما الفرق بين الغلط والتدليس ان هذا الوهم الحاصل فى الغلط المجرد انما يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه فهو غلط تلقائى، اما فى التدليس، فإن هذا الوهم يقع فيه

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٣١٨، وما بعدها، الوجيز - ص ١٢٣ وما بعدها ومصير نظرية عيوب الرضا - مقال الدكتور بشري جندى - مجلة إدارة قضاء الحكومة - السنة ١٢ - العدد ٢ - ص ٤٣٢ وما بعدها، ومقال : نظرية التدليس فى التشريع المصرى - للاستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم - المحاماه - السنة ٥٠ - العدد ٩ - ص ١٢ وما بعدها.

(٢) نظرية الإنترام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦١ وما بعدها.

العاقدة بفعل المدلس كنتيجة للاستغلال الإحتيالي التي اتخذها عمدا لتضليل المتعاقد، ودفعه الى التعاقد، أي ان التدليس تغليب مدير من شخص آخر غير الغالط، وللنسبة بين الغالط والتغليب هي النسبة التي تكون بين الوقوع والإيقاع، ففي التدليس فعل ضار أو وراث للغلط. ولذا كان من المقرر في الفقه القانوني ان إبطال العقد في الغلط المجرد يطالب من الغالط لا يوجب على الطرف الآخر تعويضا، لأنه ليس هناك شخص مسئول تجاه الغالط عن غلظه التلقائي، اما إبطال العقد للتدليس، فإنه يوجب للمدلس عليه حقا على المدلس في تعويض عن ضرره يستند الى قواعد المسؤولية التقصيرية التي تتوجه على مرتكب الفعل الضار.

٤- يتضح من هذه الموازنة ان كل تدليس من شخص يورث غلطا لدى المدلس عليه، فالغلط دائرة عامة، والتدليس حالة خاصة تقع في نطاقها - وبهذا الاعتبار تكون نظرية الغلط في الفقه القانوني تسير الى اتساع، ونظرية التدليس الى ضيق وتلاش، فكان ان سادت النظرية الحديثة في الغلط، فجعل الغلط في الباعث وفي القيمة من أسباب إبطال العقد بشرائطه السالفة البيان، وتبنتها التقنيات الحديثة ومنها قانوننا السوري واصله المصري الجديد، واما التدليس عقد أهمل ذكره بتاتا في بعض التقنيات الحديثة اكفاء بنظرية الغلط.

والواقع ان كل حالة يمكن إبطال العقد فيها التدليس يمكن إبطالها فيها للغلط في ظل النظرية الحديثة التي تجعل الغلط في الباعث أو القيمة أو القانون كالغلط فيما سواها، لان الناحية الجوهرية التي تشترط في الغلط اصبح معيارها شخصيا في القانون السوري وفقا للنظرية الحديثة لا موضوعيا كما هو في النظرية القديمة. ان التعويض عن التدليس يستند الى ما في التدليس من فعل ضار، وهذا امر مستقل يأخذ حكمه على حده، ولا يوجد في قواعد نظرية الغلط ما ينافيه، فإذا كان الغلط التلقائي لا يستلزم التعويض على الغالط إذا اختار إبطال العقد، فذلك لأنه لا يوجد مسئول عن الغلط سوى الغالط نفسه، وليس معنى هذا ان التغليب لا يوجب تعويضا، بل ان ايجاب التعويض فيه يبقى مفهوما من قواعد المسؤولية التقصيرية فمتى انطبقت قواعدها على التغليب أو جبت التعويض عند إبطال العقد، وعندئذ تتلاشى نظرية التدليس نهائيا^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- تقدير ثبوت التدليس من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ مدني ص ٢٦٣)

٢- إثبات علم المدلس عليه، أو عدم علمه - بوقائع التدليس - من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٠١٩)

٣- إذا كان من المقرر في قضاء محكمة النقض، انه يشترط في الغش والتدليس، وعلى ما عرفته المادة ١٢٥ من القانون المدني، ان يكون ما استعمل في خدع المتعاقد

(١) القانون المدني - السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها.

حيلة، وان تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً، وكان الحكم قد فهم واقعة الدعوى، ثم عرض لما طرأ على المتعاقدة بسبب فقد ولدها وابنائها جميعاً وإستبعاد ما أولته إياها المتعاقدة معها - وهى ابنتها - من عطف شقيقاتها، هو من وسائل الإحتيال، بل هو الأمر الذى يتفق وطبيعة الأمور، وان ما يغيره هو العقوق، كما إستبعد ان تكون التصرفات الصادرة من الام لبناتها - بعد وفاة ولدها الوحيد - قصد بها غرض غير مشروع، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون - وإذا كان تقدير أثر للتدليس فى نفس العاقد المخدوع، وما إذا كان هو الدافع الى التعاقد، من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، وكان يبين من الحكم المطعون فيه، انه استظهر الظروف الذاتية للمتعاقد والتى المت بها أثر وفاة ولدها الوحيد وجميع ابنائه فى الباخرة نندرة، وإستبعد الحكم ان يكون فى عطف المتعاقدة معها - وهى ابنتها - وكذلك عطف بناتها الاخريات، على والدتهن فى محنتها، من الوسائل الإحتيالية المعتبرة ركناً فى التدليس المفسد للعقود، كما إستبعد الحكم ما اسير بشأن وجود ختم للمتعاقد مع زوج المتعاقدة معها، وان هذه الأخيرة انتهزت هذه الفرصة فوقعت بذلك الختم على العقدين موضوع النزاع، وذلك لعدم اتخاذ طريق الطعن بالتزوير على هذين العقدين، وإستبعد الحكم ايضاً ما ادعته الطاعنات من وقوع إكراه ادبى على المتصرفه ادى الى التعاقد، وإستخلص من ذلك ان الطاعنات لم تقلين ان المتصرف إليها لجأت الى تهديد المتصرفه بخطر جسيم، فإن ما قرره الحكم قضائه فى نفى التدليس والإكراه الادبى.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/٨ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ١٣٨)

٤- إستخلاص عناصر التدليس الذى يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى، وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض مادام قضاءها مقاماً على أسباب سائغة.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/١٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٣٩٦)

٥- الحق فى طلب إبطال العقد للغلط الجوهرى أو التدليس. يتوافر به شرط المصلحة الحالة اللازمة لقبول الدعوى. المادتان ١٢٠ ، ١٢٥ مدني. المقرر وفقاً للمادتين ١٢٠ ، ١٢٥ من القانون المدني أن للمتعاقد الذى وقع فى غلط جوهرى أو وقع عليه تدليس الحق فى طلب إبطال العقد وهو حق يتوافر به شرط المصلحة الحالة اللازمة لقبول الدعوى.

(الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ س ٤٨ ص ٩٥٢)

٦- إعتبار السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تدليساً. شرطه ثبوت أن للمدعي عليه ما كان ليبرم لو علم بها.

المقرر وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من القانون المدني يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

(الطعن ٨٢٤٠ ، ٨٢٩٦ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٣ س ٤٨ ص ٩٥٢)

٧- مجرد كتمان العاقد واقعة جوهريّة يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة. تدليس
يجيز إبطال العقد. شرطه ثبوت أن الدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو إتصل علمه بما
سكت عن المدلس عمداً. ١٢٥ مدني.

إن النص في المادة ١٢٥ من القانون نفسه (القانون المدني) علي : أن يعتبر
تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد
لو علم بتلك الواقعة ، أو هذه الملابسة " - مؤداه أن المشرع إعتبر مجرد كتمان العاقد
واقعة جوهريّة يجهله العاقد الآخر أو ملابسة ، من قبيل التدليس الذي يجيز طلب
إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عن
المدلس عمداً.

(الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

٨- يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما
كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة ، أو هذه الملابسة " مؤداه أن المشرع إعتبر
مجرد كتمان العاقد واقعة جوهريّة يجهلها العاقد الآخر أو ملابسة ، من قبيل التدليس
الذي يجيز طلب إبطال العقد إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو اتصل
علمه بما سكت عن المدلس عمداً.

(الطعن ٥٥٢٤ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠١/٤/١٧ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (١٢٦)

إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢٦ لیبی و ١٢٧ سوری و ١٢٢ عراقی و ١١٢ سودانی و ٢٠٩ لبنانی و ١٢٢ كويتي.

الأعمال التحضيرية:

اختلفت المذاهب في شأن التدليس الصادر من الغير، ففريق لا يترتب عليه بطلان العقد، وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان، وفريق يتوسط بين هذه المذهبين، فيشترط إعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء، ان يثبت من ضلل به ان الطرف الاخر كان يعلم به أو كان في استطاعته ان يعلم به، وقد أبرم العقد، وفي هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط، وقد اختار المشرع ما اتبعه الفريق الثالث - ويراعى انه إذا إنصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة الى شخص غير العاقد (كالمستفيد في إشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة، الا إذا كان يعلم، أو كان في امكانه ان يعلم بالتدليس، ويختلف عن ذلك حكم التبرعات، فهي تعتبر قابلة للبطلان، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير، ولم يكن يستطيع ان يعلم به، لان نية التبرع يجب ان تكون خالصة من شوائب العيب - وغنى عن البيان انه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الاخر بالتدليس، أو لم يكن في مقدوره ان يعلم به^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١- الغش والتدليس في التعاقد. شرطه. إستعمال حيلة غير مشروعة قانوناً في خداع المتعاقد. مادة ١٢٥ مدني.

(الطعن ٧٤٧ لسنة ٥٨ ق (جلسة ١٦/١٢/١٩٩٢)

(نقض (جلسة ٢١/١٢/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٧١٩)

(نقض (جلسة ٨/٢/١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٢٨)

٢- صدور التدليس من غير المتعاقدين. أثره. ليس للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعمل أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها التدليس. مادة ١٢٦ مدني.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٢ - ص ١٧٥ - و ١٧٦.

إنه وفقاً للمادة ١٢٦ من القانون المدني إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس.

(الطعن ١٨٦٢ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٤/٢/١٧ س ٤٥ ص ٢٨٢)

٣- التدليس. ما هيته. الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون ايجابية باستعمال طرق احتيالية أو سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر بلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم علي التعاقد بشروطه. المقرر - في قضاء محكمة النقض أنه يعتبر تدليساً السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ، وأن الحيلة غير المشروعة التي يتحقق به التدليس إما أن تكون ايجابية باستعمال طرق احتيالية أو تكون سلبية بتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر متي كان هذا الأمر يبلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه الطرف الآخر لما أقدم علي التعاقد بشروطه.

(الطعن ٤٣١ لسنة ٦٦ ق - أحوال شخصية " جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨)

* * *

مادة (١٢٧)

- (١) يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس.
- (٢) وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور الطرف الذي يدعيها أن خطر جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.
- (٣) ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه.
- النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ١٢٧ لبيي و ١٢٨ سوري و ١١٢ و ١٣ و ١١٤ و ١١٥ عراقي و ٢١٠ و ٢١١ لبناني و ١١٣ سوداني و ١٢٤ كويتي و ٥٤ و ٥٥ تونسي.

الأعمال التحضيرية:

يلاحظ في تقدير الإكراه ان معيار (الرغبة القائمة على أساس) معيار شخصي كما هو الشأن في عيوب الرضا جميعاً، وتعتبر الرغبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها ان خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول، ولا يشترط ان يتهدد الخطر المتعاقد ذاته، بل يجوز ان يتهدد احد اقاربه، وقد ترك القاضي امر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصها، لان بيان هذه الدرجات في النصوص على سبيل الحصر، على نحو ما هو متبع في النقنين الفرنسي وسائر القوانين اللاتينية، قد يكون احياناً ضيق الحدود، ولا يتسع لصور جديدة بالرعاية، وقد يكون احياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود، وقد عمد المشرع الى الافصاح عن حقيقة هذا المعيار الشخصي البحث ويجب في الرغبة القائمة على أساس، ان يكون قد بعثها المكروه في نفس المكروه (بغير حق) فالدائن الذي يهدد مدينة بمقاضاته إذا لم يعترف بالدين، انما يستعمل وسيلة قانونية للوصول الى غرض مشروع، ومادام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع (بغير حق)، اما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع، كما إذا استغل المكروه ضيق المكروه لتبذ منه ما يزيد كثيراً على ما في ذمته من حق، فيكون الإكراه، على نقيض ما تقدم، واقعا بغير حق، ولو ان حق الدائن في هذا الغرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود^(١).

راى الفقه:

١- الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع الى التعاقد، الذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد، والإكراه يفسد الرضا ولكنه لا يعدمه، فالمكروه ارادته موجودة، لانه خير بين ان يريد أو ان يقع به المكروه به هدد به فاختر اهون الضررين وأراد، الا ان الإرادة التي صدرت منه ليست حرة مختارة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ ص ٣٨٠.

وعناصر الإكراه - كعناصر التدليس - اثنان: موضوعي، وهو استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ونفس، وهو الرهبة التي يبعثها الإكراه في النفس، فتحمل على التعاقد.

وقد نصت المادة ١٢٧ مدني على بيان وسائل الإكراه بأنها:

١- الخطر الجسيم المحقق بالنفس والمال - وفقا لحالة المكره النفسية، ولو كانت غير جدية، ومادامت قد أوقعت الرهبة في نفس المكره، وصورت له خطرا جسيما يتهدهده، محققا أي وشيك الوقوع.

٢ - إستغلال صاحب الحق حقه كوسيلة للإكراه (كالتهديد بحرق المنزل إذا لم يوقع المكره على عقد) - ومؤدى ذلك الى العبرة بالغرض لا بالوسائل، فإن كان الغرض مشروعاً فلا إكراه ولو كانت الوسائل غير مشروعة، وان كان الغرض غير مشروع، تحقق الإكراه ولو كانت الوسائل مشروعة.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه حالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف اخر من شأنه ان يؤثر في جسامه

الإكراه، فالمستفاد من نص المادة ١٢٧ مدني انه قاطع في وجوب الاخذ بمعيار ذاتي محصن - فالانثى غير الذكر، والصبي الصغير غير الشاب القوى، وهذا غير الهرم البالي، والقروى الساذج غير المدني المتحضر، والعصبي غير الهادئ المزاج، والضعيف غير القوى، والمريض غير الصحيح المعافي، والجاهل غير المتعلم، والغبي غير الذكي... وهكذا، كما يجب الإعتداد بظروف المكان والزمان، فالمكان القاصي البعيد عن الناس يجعل الإكراه ابعد أثر، والليل يجعل الخوف اشد وقعاً في النفس، ولقاضي الموضوع السلطة التامة في ان يستخلص من الوقائع تقدير درجة الإكراه، وهل هو مؤثر أو غير مؤثر، مسترشدا في ذلك بالمعيار الذاتي للشخص الواقع عليه الإكراه^(١).

٢ - لا يجوز ان يطعن في العقد بالإكراه غير المكره، لانه المتضرر من الإكراه. وتحدد التشريعات العربية مدة للطعن بالإكراه (وهي ثلاث سنوات في مصر، وسنة في سوريا وليبيا وتونس، وعشر سنوات في لبنان) من انقطاع الإكراه.

وإذا ثبت الإكراه كان العقد باطلا عند غير الاصناف، وعلى هذا يجري العمل بالسعودية، وعند الاصناف يعتبر عقد المكر موقوعاً على اجازة المكره وبهذا الرأي اخذ القانون العراقي، ويبدو انه حكم القانون التونسي - اما القانون المصري والسوري والليبي فيعتبر كل منها العقد قابلاً للإبطال مع الإكراه.

والإكراه عمل غير مشروع، فإذا ترتب عليه ضرر، كان للمضروب منه ان يطالب المكره بالتعويض^(٢).

٣- الإكراه من ابرز عيوب الإرادة التي تجعل العقد قابلاً للإبطال، وقد يتبادر الى الذهن انه كان ينبغي ان يعتبر العقد منعقد لان المكره بحسب الظاهر عديم الإرادة،

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق ص ٣٣٤ وما بعدها، وكتابه الوجيز - ص ١٢٩ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٧٩ وما بعدها.

لكن الواقع خلاف ذلك، فإن من يباشر عقدا بتأثير الإكراه انما هو مزيد لذلك لهذا العقد، لانه يباشره بنفسه ترجيحاً لأهون الشرين عندما يجد ان المحذور الذى سيقع فيه ان لم يباشر العقد هو اعظم ضرر له من العقد، فهو مستعمل ارادته، لكن هذه الإرادة فاسدة، لانها ليست حرة فى مجال الاختيار، بل هى إرادة مضغوطة بين شري، فرت من الاشد الى الأخف.

ويجب ان يلحظ ان الجزاء القانونى فى الإكراه عند توافر شرائطه، لا يقتصر على من وقع عليه الإكراه فى طلب إبطال العقد، بل يسوغه ايضا طلب التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لان الإبطال فى الإكراه (وفى التدليس ايضا) لا يقوم على فكرة تأثر الإرادة وحدها، كما فى حالة الغلط، بل يقول ايضا على اعتبار ان الإكراه فعل خاطئ غير مشروع^(١).

٤- إقتبس. المشرع العراقي تعريف الإكراه من محله الأحكام العدلية، ويفهم من التعريف ان الإكراه نوعان: ملجئ، وغير ملجئ، وهو تقسيم مقتبس من الفقه الإسلامى، فالإكراه الملجئ (أو التام) عندهم يفسد الرضا ويعدم الاختيار (كالتهديد بخطر جسيم محقق كاتلاف النفس)، والإكراه غير الملجئ أو الناقص هو الذى يعدم الرضا فقط ولا يفسد الاختيار (كاتلاف بعض المال) - ولا يمكن وضع فيصل دقيق للفرقة بين نوعى الإكراه، فالأمر يختلف باختلاف أحوال الناس^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- بحث وسائل الإكراه - المبطل للرضا - لتحديد مدى جسامتها بمراعاة حالة المتعاقد الشخصية هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢ - ص ٣٨٢)

٢- الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق الا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله، أو بإستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها، أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً - ولئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً - ولئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجات الإكراه من الوقائع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك، الا ان تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة مما يخضع لرقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٢٥٨)

- الإكراه المبطل للرضا. تحققه بتهديد المتعاقد بخطر محقق بنفسه أو بماله أو بإستعمال وسائل ضغط لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك

(١) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٤٠ وما بعدها.

حصول رهبة يبعثها المكره في نفس المكره بغير حق تحمله علي الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله إختياراً.

الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة يبعثها المكره في نفس المكره بغير حق فتحمله علي الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله إختياراً.

(الطعن ١٢٤٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٢ س ٤٦ ص ٢٢٤)

٣- تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد. أمر موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع. شرطه لئن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس المتعاقد ، إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها علي أسباب سائغة.

(الطعن ١٢٤٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٢ س ٤٦ ص ٢٢٤)

٤- تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة. دخوله تحت رقابة محكمة النقض.

تقدير محكمة الموضوع لكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة هو - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - مما يخضع لرقابة محكمة النقض.

(الطعن ١٢٤٩ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/١/٢٢ س ٤٦ ص ٢٢٤)

٥ - وسائل الضغط أو التهديد بخطر جسيم التي يستعملها أحد المتعاقدين لإرغام الآخر علي التعاقد. عدم إشتراط إنعدام إرادة المكره. كفاية إفسادها بأحداث رهبة تدفعه الي قبول تصرف ما كان ليقبله لو كانت إرادته حرة. إقتران الوسائل غير المشروعة بغاية غير مشوعة وتأثر إرادة المتعاقد. أثره. قابلية العقد للإبطال. م ١٢٧ مدني.

(الطعن رقم ٥٤٨٤ لسنة ٦٤ق - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧)

٦ - لما كان الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا بتهديد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله علي قبول ما لم يكن ليقبله إختياراً، وان ما يقتضيه تقدير الإكراه طبقاً لنص المادة ١٢٧ من القانون المدني مراعاة جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه، وكان الطالب وهو مستشار بمحاكم الاستئناف ولي القضاء بين الناس زمناً طويلاً يفصل فيه بين الحق والباطل، فان مثله لا تأخذ رهبة من قول يلقي فيه. لما كان ذلك، وكان الطالب لم يفصح عن ماهية الإكراه المدعى بوقوعه عليه وقت تقديم استقالته واكتفى بقوله أن رئيس مجلس التأديب قد نصحه بتقديم الاستقالة بدلاً من الفصل في الدعوى التأديبية، فان الاستقالة تكون قد صدرت منه عن إرادة حرة مختارة، ويكون طلب إلغاء القرار بقبولها علي غير أساس ويتعين رفضه.

(الطعن رقم ٤٤٧ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠١/١١)

مادة (١٢٨)

إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الإكراه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ١٢٨ أبى و ١٢٩ أرى و ١١٤ سودانى و ٢١٠ لبنانى و ١٢٥ كويتى و ٥٣ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

إذا كان الإكراه صادرا من الغير، تطبق الأحكام التى تقدم ذكرها بصدد التدليس، وعلى ذلك يبقى المكره ملتزما بالتعاقد، الا إذا أثبت ان الطرف الآخر كان يعلم، أو كان فى امكانه ان يعلم بالإكراه، والواقع انه ليس ثمة ما يدعو للتفريق بين الإكراه والتدليس في هذا الشأن^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - الإكراه المبطل للرضا يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط اخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختيارا، والنفوذ الادبى إذا اقترن بوسائل إكراه غير مشروعة بقصد الوصول الى غير غرض مشروع، يعتبر كافيا لإبطال العقد - ان تقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد هو من الأمور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع، مراعىا فى ذلك جنس من وقعت عليه وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وكل ظرف اخر من شأنه ان يؤثر فى جسامته الإكراه.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٩ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٠٢٢)

٢ - لمحكمة الموضوع السلطة فى تقدير وسائل الإكراه، ومدى تأثيرها فى نفس العاقد ولا رقابة عليها لمحكمة النقض فى ذلك، ما دامت تقييم قضاءها فى هذا الخصوص على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٧١/١/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٦٧٤)

٣ - الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - الا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط اخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٧٦ و ١٨٧.

تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً - وتقدير وسائل الإكراه، ومبلغ جسامتها، وتأثيرها في نفس العاقد هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة، وهي غير ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه.
(جلسة ١٩٢٢/٧/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٢٦)

* * *

مادة (١٢٩)

(١) إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيش بينا أو هوي جامحا ، جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقض الإلتزامات هذا المتعاقد.

(٢) ويجب أن ترفع الدعوي بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة.

(٣) ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوي الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

النصوص العربية المقابلة:

مادة ١٢٩ لبيي - ١٣٠ سوري و ١٢٥ عراقي و ١١٥ سوداني و ٢١٤ لبناني و ١٢٦ كويتي و ٦٠ و ٦١ تونس.

الأعمال التحضيرية:

يعتبر الغبن عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلان العقد بطلاناً نسبياً ، بيد أنه يشترط لذلك توافر أمرين : أحدهما - مادي أو موضوعي ، وهو فقدان التعادل ما بين قيمة ما يأخذ العاقد وقيمة ما يعطي علي نحو يتحقق معه معني الإفراط ، والآخر نفسي أو ذاتي ، وهو إستغلال المتعاقد الذي أصابه الغبن وتحسن الإشارة الى ان العقود الاحتمالية ذاتها يجوز ان يطعن فيها على أساس الغبن^(١).

راى الفقه:

١- الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه. وللاستغلال عنصران: أحدهما - موضوعي، وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً، والآخر نفسي - وهو إستغلال ضعف في نفس العاقد.

فإذا اختل التوازن في عقد البيع بين قيمة المبيع والثلث، تحقق العنصر الموضوعي للإستغلال، وفي هذه الحالة يكون الاختلال الفادح واقعاً بين إلتزامات أحد المتعاقدين وهو البائع وإلتزامات الآخر وهو المشتري، ويقع الاختلال فادحاً لا في عقود المعاوضة المحددة فحسب، بل ايضاً في عقود المعاوضة الاحتمالية وفي عقود التبرع ذاتها.

أما العنصر النفسي في الإستغلال ينحصر في أحد المتعاقدين يستغل في المتعاقد الآخر طيشاً بينا أو هوى جامحاً، فكثيراً ما يعتمد رجل طاعن في السن الى الزواج من امرأة لا تزال في مقتبل عمرها، وليس من النادر ان تعتمد الزوجة الى إستغلال هو زوجها، فتكتسبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء. ويجب ان يقع الإستغلال من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ١٩٠ وما بعدها.

أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر وأن يكون هذا الإستغلال هو الذي دفع إلى التعاقد، ويترتب على ذلك أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة، ووقوع الإستغلال دافعا إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون، وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء الإثبات.

ويرتب القانون المدني في المادة ١٢٩ منه على الإستغلال إحدى دعويين: دعوى

الإبطال، ودعوى الإنقاص، ويجب أن كل منهما في خلال سنة من وقت العقد، والسنة ميعادا إسقاط لا مدة تقادم، فلا تتقعد ولا تقف بخلاف مدة التقادم التي يرد عليها الإنقطاع والوقف، والحكمة في ذلك هي الرغبة في حسم النزاع، فلا يبقى مصير العقد معلقا مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع، وفي هذا إستقرار للتعامل، أما دعوى الإبطال للغلط أو التليس أو الإكراه فهي لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة على حسب الأحوال، وهي مدة تقادم لا ميعاد إسقاط، ذلك أن كلا من الغلط والتليس والإكراه يستطاع التثبت من وجوده عند رفع الدعوى بالإبطال بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الإستغلال، فلا ضير من أن تطول المدة وأن تكون مدة تقادم لا مدة إسقاط...

فإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال، فإن رأى القاضي أن هذا المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلا ولولا هذا الإستغلال. إجابة إلى طلبه وإبطال العقد، وأن رأى أن الإستغلال يفسد الرضا إلى هذا لأحد وأن المتعاقد المغبون دون إستغلال كأن يبرم العقد بشروط أقل ابهاظا، رفض إبطال العقد، معارضة كان أو تبرعا، واقتصر على انقاص الإلتزامات الباهظة، أما إذا رفع المغبون دعوى الإنقاص من بادئ الأمر أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الانتصار على انقاص إلتزاماته، قضى بإنقاص هذه الإلتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة، وهذا أيضا موكول لتقدير قاضي الموضوع وفقا لظروف كل قضية^(١).

٢- أجاز الفقه الإسلامي الطعن في العقد بالغبن المجرد في حالات افترض فيها نشوء هذا الغبن نتيجة تغرير. وأجازت التشريعات العربية كذلك الطعن في العقد للغبن المجرد في حالات خاصة، ويبدو منها كذلك أنها لا تخلو من تغرير، ويلاحظ أن حد الغبن الفاحش في القانون المصري والليبي والسوري هو ما يزيد على الخمس كقاعدة عامة، أما حدة في القانون التونسي فهو ما يزيد على الثلث، أما القانون اللبناني فقد ترك ذلك للعرف، فالغبن الفاحش فيه هو ما يكون شاذا عن العادة المألوفة^(٢).

٣- من يدعى وجود الإستغلال عليه إثبات قيام هذه العناصر، وهذا العبء يقع هنا على عاتق المغبون، كما يثبت الوقائع التي أثرت على رضاه والتي دفعته إلى قبول العقد، وبمعنى آخر ينبغي أن يثبت طيشه البين وهواه الجامح، والغبن ينبغي ألا يكون

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٣٥٥ - وما بعدها، وكتابه: الوجيز - ص ١٣٨ وما بعدها، ويراجع: القانون المدني السوري - للاسقاط مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٠٧ وما بعدها، والقانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ٥٢ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٧٢ وما بعدها.

من ذلك الغبن المألوف أو المسموح به في المعاملات، بل هو ذلك الغبن الذي يحس به كل ذي ذوق سليم، وينبغي ان ينظر في تحديد عدم التعادل الى وقت إبرام العقد^(١).

٤- ليس الإستغلال الا انتقالا بالغبن من نظرية مادية الى نظرية نفسية، ولكن الغبن اذ يتكون من ركن واحد هو عدم التعادل بين إلتزامات الطرفين على صورة فادحة، يتطلب الإستغلال، بالاضافة الى ذلك، ركنا اخر هو إستغلال المتعاقد ضعف المتعاقد الاخر، ومن هنا كان للإستغلال ركنان: احدهما مادي والاخر نفسى.

على انه يجب الانتباه، بدقة وحذر الى ان معنى عدم التعادل في نظرية الإستغلال ليس ماديا وانما هو شخصى محض، وهذا ما تختلف فيه نظرية الإستغلال عن نظرية الغبن اختلافا تترتب عليه نتائج قد يكون بعضها أثرا لبعض: فعدم التعادل في الغبن هو مادي محض في قيمة الشئ ذاته في السوق لا في نظر المتعاقدين، واما فى الإستغلال فهو في قيمته عند التعاقد، فالقيمة هنا شخصية وليست مادية كما هى فى الغبن، فمقياس اختلال التعادل وان كان ماديا الا ان تحديد مقداره يتصل بشخص المتعاقد، ويترتب على ما تقدم عدم امكان تحديد مقدار عدم التعادل فى الإستغلال برقم محدود وبنسبة معينة كما هو فى الغبن، لان القيمة على ماديتها مادامت شخصية، فمن الطبيعى ان تختلف باختلاف إعتبارات الناس فى تقييم الاشياء، فلا بد من ترك تحديد القيمة وعدم التعادل الى ظروف كل شخص وإعتباراته، وهو ما يقدره القاضى حق قدره، وما يترتب على ذلك ان يكون الغبن عيبا مستقلا بذاته، وان يكون الإستغلال عيبا من عيوب الرضا، فمادام الغبن فى العقد يتحقق برقم معين من عدم التعادل بين الإلتزامين، فلا صلة ما بينه وبين إرادة المتعاقد المغبون، بخلاف عدم التعادل فى الإستغلال فإنه يرتبط مباشرة برضاء المتعاقد، وقد ينشأ من ذلك ان لا يقع تغبن الا فى عقود المعارضة غير الاحتمالية، دون العقود الاحتمالية وعقود التبرع، لان عدم التعادل برقم معين لا يكون الا فى عقود المعارضة التى تتعين فيها إلتزامات الطرفين وفائدتهما من العقد تعيينا محددا، وهو غير ممكن فى العقود الاحتمالية ولا فى عقود التبرع، اما الإستغلال فإنه يشمل كل العقود بما فيها العقود الاحتمالية وعقود التبرع، فهو اكثر شمولاً من الغبن.

ويتألف الركن النفسى من عنصرين: احدهما - العمل الذى يقوم به احد المتعاقدين، وهو الإستغلال والاستثمار، وثانيهما - الوضع الذى يكون عليه المتعاقد الاخر ويستغله أو يستثمره المتعاقد الأول. وقد إتفقت نصوص القوانين: المصرى والسورى واللىبى واللبنانى على إستغلال المتعاقد المغبون من المتعاقد الاخر، أو استثماره كما جاء فى القانون اللبنانى، الا انها اختلفت فيما يستغله من الطرف المغبون، فبينما قصرها القانون المصرى والسورى اللبى على حالتى الطيش البين والهوى الجامح، اخذ القانون اللبنانى بالطيش ولم يقيد به بان يكون بينا، واطاف إليه حالتى الضيق وعدم الخبرة، اما القانون العراقى فكان اكثر القوانين العربية فى هذا

(١) نظرية الإستغلال في القانون المدني المصري - رسالة - الدكتور توفيق حسن فرج - طبعة ١٩٥٧ - بنودة ٨٢ و ٩١ و ١١٤ و ١١٥.

الموضوع، فقد اُضيف الى الطيش والهوى حالات الحاجة وعدم الخبرة وضعف الإدراك، ولم يقيد الطيش بأنه يكون بيناً، ولا الهوى بأن يكون جامحاً^(١).

٥ - اثمرت فكرة الغبن فكرة الإستغلال بعد تطور طويل، تأثر باعتبارات اقتصادية وإجتماعية وأدبية، فكلما ساد مبدأ الفردية، وما يستتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة، كلما ضاقت فكرة الغبن، وكلما ضعف المذهب المذكور وضعف تبعاً له مبدأ سلطان الإرادة اتسعت الفكرة - ولقد إستحدث القانون المدني المصري الجديد عيباً للرضا اضافة الى عيوب الرضا التقليدية (الغلط، والتدليس، والإكراه) - ذلك هو الإستغلال (م ١٢٩).

ويقع عبء إثبات توافر عنصرى الإستغلال على عاتق الطرف المغبون، وذلك متفق مع قواعد الإثبات العامة لانه هو الذى يتمسك بأن ارادته قد عيبت بالإستغلال، وتقدير توافر العنصرين مرده الى القاضى دون رقابة من محكمة النقض، الا فيما يتعلق بالتكليف القانونى للوقائع المكونة للإستغلال.

لا شك فى ان البطلان الذى يلحق العقد فى حالة الإستغلال هو بطلان نسبى (المذكرة الايضاحية للقانون)، وينبنى على ذلك انه لا يتمسك به الا من شرع البطلان لمصلحته وهو المتعاقد المغبون عملاً ينص المادة ١٣٨ مدنى، كما ينبنى عليه ايضاً ان التمسك بالبطلان لا ينتقل الى الخلف العام أو الخاص أو الدائن، ولا يجوز لهؤلاء ان يتمسكوا به بطريق مباشر، وانما يجوز لهم ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة باعتبارهم دائنين للتعاقد، وأخيراً ينبنى عليه ان المحكمة لا تستطيع ان تقضى به من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك به المتعاقد الذى شرع لمصلحته^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني ان يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، بمعنى ان يكون هذا الإستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون الى التعاقد، وتقدير ما إذا كان الإستغلال هو الدافع الى التعاقد ام لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

(جلسة ١٩٦٧/٥/١١ - مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ - مدنى ص ٩٧٤)

٢- الدفع المبدى من الوارث بأن البيع الصادر من المورث لوارث آخر يخفى وصية، وانما يحمل معنى الإقرار بصدوره عن إرادة صحيحة، وبصحة العقد كوصية تنفيذ فى حق الورثة فى حدود ثلث التركة، فإنه لا يقبل من هذا الوارث بعد ذلك الدفع بإبطال العقد بأكمله تأسيساً على انه أبرم تحت تأثير الإستغلال مما يعيب الإرادة، ومن ثم فلا تنترتب على الحكم المطعون فيه ان هو أغفل الرد على هذا الدفع الأخير، ويكون النعى عليه من اجل ذلك بالقصور فى التسيب على غير أساس.

(جلسة ١٩٦٩/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ص ٥٥٦)

(١) الإستغلال والغبن فى العقود - مقال - للاستاذ أسعد الكوراني المحامي السوري - المحاماه المصرية - السنة ٤١ العدد ٦ - ص ٩٢٢ وما بعدها.

(٢) الإستغلال - مقال - للقاضي أحمد سالم الشوري - المحاماه - السنة ٣٥ - العدد ٢ - ص ٣٨٥ وما بعدها.

مادة (١٣٠)

يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٠ لىبى و ١٣١ سورى و ٢١٤ لبنانى و ١١٦ سودانى.

التعليق:

يرجع فى التعليق بالأعمال التحضيرية الى ما ورد على نص المادة ١٢٩ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - إن ما جاء بالمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدنى الأهلى لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلى بين القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الأجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء الأهلى من نزاع متعلق بالمسائل المعنية المنصوص عليها فيها.

(الطعن رقم ٦٦ - لسنة ١٠ ق - تاريخ الجلسة ١٠١ / ٠٤ / ١٩٤٣)

* * *

المحل**مادة (١٣١)**

(١) يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً.

(٢) غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ١٣١ لبيي و ١٣٢ سوري و ١٢٦ و ١٢٩ عراقي و ١٨٨ لبناني و ١١٧ سوداني و ١٣١ كويتي و ٦٦ تونسي.

راى الفقه:

١- محل الإلتزام هو الشئ الذى يلتزم المدين للقيام به (نقل حق عيني - عمل - امتناع عمل). ويشترط فى محل الإلتزام ان يكون موجودا (حق عيني)، أو ممكنا (عمل - امتناع عن عمل)، وان يكون معينا أو قابلا للتعيين، وان يكون قابلا للتعامل فيه.

فيجوز ان يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً (بيع محصول قبل ان يثبت) بسعر الوحدة أو بثمان يقدر جزافاً.

غير ان التعامل فى تركة مستقبلة باطل، فلا يصح حتى ولو اجازته المورث، والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين بالذات ينظر فيه الى انه يدخل ضمن أموال التركة، سواء اكان التعامل فى نصيب من التركة عن طريق الميراث أو الوصية، وكل ضرب من ضروب فى التركة المستقبلية محرم، فلا يجوز للوارث ان يبيع ميراثه المستقبل، أو يهبه، أو يقسمه، أو يقايض به، أو يقدمه حصه فى شركة، أو يصالح عليه، ولا ان يؤجره، أو يجرى عليه أى تعامل الا ما اجازته القانون^(١).

٢- تحريم التعامل فى التركة المستقبلية يرجع الى ان اجازة هذا التعامل قد تغرى صاحب المصلحة فيه بالتعجيل بقتل صاحب هذه التركة، كما انه قد يساعد الوارث على تبديد التركة قبل ان يتقرر حقه فى ميراثها، كما أنه يتضمن نوعاً من الرهان، فقد يموت الموصى له أو من يظن انه وارث قبل موت الموصى أو المورث، كما ان هذا التعامل يمسى غالباً قواعد الميراث، وكل هذه الاعتبارات تتعلق بالنظام العام، ولهذا عدم مراعاتها يجعل التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما ن رضا صاحب التركة بالتعامل فيها امر لا يؤبه له لنفس هذه الاعتبارات^(٢).

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ٣٧٥ وما بعدها، وكتابه:

الوجيز - ص ١٤٦ وما بعدها، والقانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - ص

١١٦ وما بعدها، والقانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - ص ٦٠ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١١٢ - وما بعده.

٣- التعامل في التركة المستقبلية حسب القانون المدني الجديد، تعامل باطل، سواء صدر من الوارث أو من المورث نفسه، وفي الحالتين يقع باطلا بطلانا مطلقا ولا تلحقه الاجازة، ويجوز لكل ذى مصلحة ان يتمسك به، وللحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها - الا ان من الحالات المستثناة التي نص عليها القانون حالة قسمة المورث تركته بين الورثة (م ٩٠٨ مدني) وقد اعتمد المشرع في استثناء هذه الحالة على حكمة التشريع، فالمورث انما يقصد من تقسيم تركته بين ورثته بالانفاق بينهم حال حياته وفقا لقواعد الميراث، ان يتفادى النزاع بينهم بعد وفاته على هذا التقسيم، فهنا ولو انه يوجد تعامل في تركة مستقبلية، الا ان هذا التعامل مندوب في حد ذاته، وليس به اية مخالفة للنظام العام أو الاداب التي هي أساس حظر التعامل في التركات المستقبلية^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- التعاقد على بيع محصول في المستقبل جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدني، فإذا حصلت محكمة الموضوع ان العاقلين قصدا بيع ٧٥٠ قنطارا من القطن محددة على الاقل، وإستندت في ذلك الى أسباب سائغة، فإن هذا مما يدخل في سلطتها الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ - مدني ص ٦٤١)

٢- ان حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر الا بعد وفاة المورث.

نقض - جلسة ١٩٦٤/٢/٢٦ المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ١٩٥

٣- التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام، هو - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبره شرعا، كاعتبار شخص وارثا في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية، كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على ذلك ان التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لاحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من انصبتهم في الميراث، لان التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، اما ما يكون قد خرج من ماله حول حياته فلا حق للورثة فيه.

(نقض - جلس ١٩٧٠/٢/٣١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٥٣١)

(١) عقد التأمين في الشريعة الإسلامية - والقانون - مقال - للاستاذ أحمد طه السنوسي المحاماه - السنة ٣٤ - العدد ٦ - ص ٩٢٦.

٤- النص في المادة ١/١٣١ من القانون المدني علي أنه : " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً " فإنه لا يشترط - في الأصل - لصحة عقد الإيجار أن تكون العين المؤجرة موجودة وقت التعاقد بل يكفي أن تكون ممكنة الوجود مستقبلاً. المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المحكمة الموضوع السلطة في تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أو في بمقصود المتعاقدين وفي إستخلاص ما يمكن إستخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها متي كانت عبارة الورقة تحتل المعنى الذي حصلته محكمة الموضوع. (الطعن ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠ س ٤٣ ص ١٤٥٨)

* * *

مادة (١٣٢)

إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٢ لیبی و ١٣١ سوری و ١٢٧ عراقی و ١٩١ لبنانی و ١١٨ سودانی و ١٣٠ كويتي.

الأعمال التحضيرية:

إذا كانت الإستحالة مطلقة، فالمحل غير موجود في الواقع ولا يكون للإلتزام نصيب من الوجود، إلا إذا طرأت الإستحالة بعد قيام العقد، فيكون للمتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان، أما إذا كانت الإستحالة نسبية. أي قاصرة على الملتزم وحده فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه، على أن التنفيذ إذا استحال على المدين، كان للدائن أن يقوم به على نفقه هذا المدين طبقاً للقواعد العامة، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ مع المطالبة بتعويض اضافي، وأن كان ثمة محل لذلك^(١).

راى الفقه:

١- المقصود بالإستحالة هنا الإستحالة المطلقة، وهى أن يكون الإلتزام مستحيلاً في ذاته، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة الى الملتزم فحسب، فقد يلتزم شخص بعمل فنى لا يقدر عليه وفضل الفن، ففي هذه الحالة يوجد الإلتزام ويقوم على محل صحيح، وإستحالة القيام به إستحالة نسبية يكون المدين مسؤولاً، ويجوز فسخ العقد مع التعويض، ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الإستحالة النسبية قد سبقت وجود الإلتزام أم كانت لاحقة له، ففي كلتا الحالتين يوجد الإلتزام، ولكن المدين يبرا من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض أما إذا كانت الإستحالة مطلقة، فإنها تمنع من وجود الإلتزام إذا كانت سابقة على التعهد به، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة، لأن الإلتزام قد وجد مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه، وبفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين (ومثل الإستحالة المطلقة التعهد بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد^(٢)).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً" وفي

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جزء ٢ - ص ٢٢.

(٢) الوسيط - ١ - للدكتور السهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٣٨٤ وما بعدها، وكتابه: الوجيز - ص ١٥٠ وما بعدها.

المادة ١/٤١٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه" يدل على أنه إذا كان محل الإلتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكان إستخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذهما له.

(الطعن رقم ١٤٤٠ - لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٥ / ١٩٨٦)

* * *

مادة (١٣٣)

(١) إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً.

(٢) ويكفى أن يكون الحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ولم يمكن إستخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر، إلتزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٣٣ لىبى و ١٣٤ سورى و ١٢٨ عراقى و ١٨٩ و ١٩٠ لبنانى و ١١٩ سودانى و ١٢٧ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

يجب ان يكون محل الإلتزام معيناً، أو على الأقل قابلاً للتعيين، فإذا إلتزم شخص بعمل شئ أو الامتناع عنه، وجب ان يكون ما إلتزم به محدداً تحديداً كافياً، وإذا ورد العقد على شئ معين بالذات، فيجب وصفه وصفاً كافياً لتمييزه عما عداه، اما إذا كان الشئ غير معين بالذات، بل عين بنوعه فيجب ان يبين مقداره (من حيث لعدد أو المقاس أو الوزن أو الكيل) وان يذكر صنفه ايضاً، فإذا لم يعين الصنف، فيفترض ان نية المتعاقدين قد إنصرفت الى الصنف المتوسط، حتى لا يصيب الدائن أو المدين غبن من جراء ذلك^(١).

راى الفقه:

إذا كان محل الإلتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب ان يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه معيناً أو قابلاً للتعيين.

وإذا كان محل الإلتزام نقل حق عينى، فإن الشئ موضوع الحق العينى يجب ان يكون أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب ان يوصف الشئ وصفاً مانعاً من الجهالة. وإذا وقع العقد على شئ غير معين بالذات وجب ان يكون الشئ معيناً بجنسي ونوعه ومقداره، وإذا لم تذكر درجة الجودة ولم يمكن إستخلاصها من العرف، أو ظروف التعاقد، وجب ان يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين، ولا رديناً حتى لا يغبن الدائن^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٢ - ص ٢١٦.

(٢) الوسيط - ١ - الدكتور - السنهاورى - المرجع السابق - ص ٣٨٦ وما بعدها وكتابة الوجيز - المرجع السابق - ص ١٥٢ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - مؤدى نص المادة ١٣٣ من القانون المدني أنه يكفي لتعيين محل الالتزام أن يحدد في عقد إيجار العين المؤجرة تحديداً نافياً للجهالة، وإذا كان الثابت أن عقد الإيجار مثار النزاع قد حدد العين المؤجرة بأنها أرض فضاء تقع برقمي...،... شارع.... فإن العقد يكون صحيحاً ولا يقدر في ذلك سابقة تأجير هذه الأرض، إذ أن المادة ٥٧٣ من القانون المدني نظمت كيفية تفضيل مستأجر على مستأجر آخر، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الدعوى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان العقد موضوع النزاع لوروده على غير محل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٧٩٠ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠٢ / ١٩٨١)

٢ - النص في المادة ١/١٣٣ من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً" وفي المادة ١/٤١٩ منه على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالبيع عالماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه" يدل على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له.

(الطعن رقم ١٤٤٠ - لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٥ / ١٩٨٦)

٣ - النص في المادة ١/١٣٣، ٤١٩/١ أن القانون المدني يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له.

(الطعن رقم ١١٥١ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٠٦ / ١٩٩٢)

٤ - مفاد نص ١٣٣، ٤١٩ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يشترط لصحة العقود أن يكون محل الالتزام معيناً بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين، وأن يتضمن عقد البيع ما يسمح بتمييز المبيع عن سواء ويمنع اختلاطه بغيره لو تنازع طرفا البيع حول تحديد المبيع، كما لا يشترط لصحة البيع أن يتطابق المشتري الظاهر مع المشتري المستتر ولا أن يكشف المشتري الظاهر عن أنه لم يكن غير وسيط أو أسم مستعاراً.

(الطعن رقم ٢١٧٦ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ١٩٩٤)

مادة (١٣٤)

إذا كان محل الإلتزام نقوداً، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أى أثر.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٤ لىبى و ١٣٥ سورى و ١٢٠ سودانى و ١٢٨ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود فكثرة تقلبات سعر القطع تجعل لتعيين السعر الذى يجب الوفاء على أساسه أهمية خاصة عند اختلاف هذا السعر فى وقت الوفاء عنه فى وقت نشوء الإلتزام.

وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض ثلاثة:

(أ) إذا كان الدين مقوماً بالنقود المصرية، فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور فى العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها أى أثر فى الوفاء، وعلى هذا النحو يربح الملتزم من جراء انخفاض قيمة النقود، ويصاب من وراء ارتفاعها بالخسارة.

(ب) وإذا كان الدين مقدراً بنقد اجنبى، فالمدين بالخيار بين الوفاء بالعدد المذكور فى العقد من هذا النقد الاجنبى، وبين الوفاء بنقود مصرية تحتسب على أساس سعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم الوفاء فيهما، على أن المدين إذا تخلف عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه، فيلزم بالوفاء على أساس أعلى السعيرين: سعر القطع بوم حلول الاجل أو سعره يوم الوفاء، كل هذا دون إخلال بحق الدائن فى المطالبة بفوائد التأخير من يوم رفع الدعوى.

على أن القواعد المتقدمة لا تتعلق بالنظام العام، فهى تطبق ما لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها، فيجوز الإتفاق على أن يكون الوفاء بالذهب أو بالنقد الورقى محسوباً بسعر الذهب (شرط الوفاء بالذهب) إذا كان له الدين قد عقد بنقود مصرية، فإذا كان الدين مقدراً بنقد اجنبى جاز الإتفاق على أن يكون الوفاء بالعملة الاجنبية مع مراعاة قيمتها بالنسبة لسعر القطع.

وتظل هذه الإتفاقات جميعها على حكم الاباحة مادام أن سعراً إلزامياً لم يقرر بالنسبة لورق النقد، فهى فى هذه الصورة لا تلحق ضرراً بالمدين لأن النقد الورقى يحتفظ بقيمة بالنسبة للذهب ما لم يقرر له سعر إلزامى، ثم أنها لا تخالف نصاً من نصوص القانون، إذ المفروض أن القانون لم يحدد للعملة الورقية قيمة معينة.

ويختلف الحكم إذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى فكثيراً ما تطرأ على قيمة النقود الورقية فى صلتها بالذهب تقلبات فجائية وبهذا يستهدف المدين لاختار جسيمة، أضف الى ذلك أن القيمة الاسمية للنقد الورقى تصبح مفروضة بمقتضى نص قانونى

أمر بمتنع الخروج عليه بإتفاق المتعاقدين، ولهذا يعتبر إشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلا في حالة تقرير سعر إلزامي، ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره، إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد. ومع ذلك فيجوز الإتفاق على أن يتم الوفاء بنقود اجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد اجنبي، وليس في هذا مساس بنص في القانون، لأن النقد الاجنبي ليس له سعر إلزامي أصلا، ثم أن العدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء في المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذي يمثل العلاقة بين النقد الوطني والنقد الاجنبي^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إذا كان الواقع في الدعوى أن وزارة الأشغال اعتمدت مرسوما خاصا بتعديل خطوط تنظيم شارع مستشفى الكيدي كروم - الواقع به أرض النزاع - وصدر مرسوم ملكي باعتماد هذه الإجراءات - ثم تعاقدت مصلحة التنظيم - المطعون عليها - مع الطاعنين بموجب اتفاق مؤرخ ٢٥/١٢/١٩٣٩ على أخذ القدر الذي تستلزمه تنفيذ هذا المرسوم بنزع ملكيته نظير ثمن قدره ٣٢٩٩ جنيها و ٢٠٠ مليم، فإن حق الطاعنين إنما يتحدد بموجب هذا العقد في ثمن الأرض المنزوع ملكيتها بالقيمة التي حصل الاتفاق عليها فيه، وإذن فإذا تأخرت المطعون عليها في دفع الثمن المتفق عليه حتى سنة ١٩٤٨، فإن الطاعنين لا يكون لهم في حالة التأخير إلا فوائد هذا الثمن من تاريخ مطالبتهم الرسمية به إعمالا لنص المادة ١٣٤ من القانون المدني القديم المنطبقة على واقعة الدعوى - طالما أنهم لم يتفقوا في العقد على خلاف ذلك - وهو ما قضى لهم به الحكم المطعون فيه، ومن ثم لا يكون دفاعهم المنطوي على المطالبة بفرق ثمن الأرض بين تاريخ العقد وما بعد الحرب - دفاعا جوهريا قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فلا يعيب الحكم إغفال الرد عليه.

(الطعن رقم ١٩٨ - لسنة ٢٤ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١٢ / ١٩٥٨)

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٢١٩ وما بعدها ، وفي التعليق على هذه المادة : الوجيز - الدكتور السنهاوري - ص ١٥٤ و ١٥٥، وكتابه : الوسيط - ١ - ط ١٩٥٢ - ص ٣٨٩ وما بعدها.

مادة (١٣٥)

**إذا كان محل الإلتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.
النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٥ لیبی و ١٢٦ سورى و ١٣٠ عراقى و ١٩٢ لبنانى و ١٢١ سودانى و ٦٢ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يجب ان يكون محل الإلتزام مشروعاً، فلا يجوز ان يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب، ولا يجوز بطبيعة الحال ان يتعارض مع نص ناهى فى القانون، ولم يرد المشروع خلا للتتويه فى النص بحكم الصورة الأخيرة، لان مخالفة النهى المقرر بالنص تندرج تحت مخالفة النظام العام أو مخالفة الآداب بحسب الأحوال...
ويلاحظ ان فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً... ومهما يكن من امر فليس فى الوسع نبذ فكرة النظام العام دون ان يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد. وقد روى من الواجب ان يفرد مكان لهذه الفكرة فى نصوص المشروع لتظل منفذا رئيسياً تجد منه التيارات الإجتماعية والاخلاقية سبيلها الى النظام القانونى لبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياه، بيد انه يخلق بالقاضى ان يتحرز من احلال ارائه الخاصة فى العدل الإجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه ان يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً^(١).

راى الفقه:

١- يكون الشئ غير قابل التعامل فيه فلا يصلح محلاً للإلتزام، نظراً لطبيعته، أو نظراً للغرض الذى خصص له أو نظراً لعدم مشروعية التعامل فيه ينص فى القانون أو للمخالفة للنظام العام أو للآداب.

والنظام العام هو مجموع القواعد التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الافراد، سواء اكانت هذه المصلحة إجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، فلا يجوز للافراد مخالفة هذه القواعد باتفاقات خاصة بينهم، وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية، وتتسع إذا تغلبت مذاهب التضامن الإجتماعى، والنظام العام ليس شيئاً ثابتاً فى كل مكان وفى كل زمان، بل هو شئ نسبى فى المكان وفى الزمان، وكل ما يستطاع هو ان يوضع له معيار مرن هو معيار (المصلحة العامة)، وتطبيق هذا المعيار فى حضارة يؤدى الى نتائج غير التى تصل إليها فى حضارة اخرى.

والآداب هى مجموع سن القواعد تجد الناس انفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لقاموس ادبى، وليس الآداب شيئاً ثابتاً، بل تتغير كالنظام العام فى المكان وفى الزمان، وللآداب معيار مرن هو "القاموس الادبى" كما ان للنظام العام معياراً مرناً هو "المصلحة العامة"، وكلا المعياران موضوعى لاذاتى، فلا يجوز للقاضى ان يتخذ من النظام العام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٢٢٢ و ٢٢٣.

أو من الاداب نظرية فلسفية أو دينية يقيمها على رأيه الخاص في المسائل الإجتماعية أو الفلسفة الاخلاقية أو الدينية، بل يجب عليه ان يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأثرها لا مذهباً فردياً خاصاً يتمسك فيه بأرائه الشخصية، ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الاداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(١).

٢- قد تخرج الاشياء أو الأعمال عن دائرة التعامل بسبب مخالفتها للنظام العام، وإذا كان الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الاداب، كان العقد باطلاً - ان دائرة المشروعية في الفقه الإسلامي ترسمها قواعد الحلال والحرام بحسب الأدلة الشرعية المختلفة وهي بهذا تختلف عن دائرة المشروعية في القانون التي ترسمها فكرة النظام العام^(٢).

٣- النظام العام في القانون السوري قد يكون متعلقاً بصيانة مصالح الأسرة أو مصالح إجتماعية أو اقتصادية أو تشريعية أو سياسية، وتقديره في الأصل يعود الى الشارع فما امر به إلزاماً أو منع، كان من النظام العام، وللاجتهد القضائي مجال في الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص عليه بطريق القياس نظراً الى غرض الشارع وروح النصوص والنصوص الأمرة جميعاً في القانون (هي التي توجد فيه صراحة أو تحفها دلالة، تفيد عدم جواز الإتفاق على خلافه) تعتبر مضموناتاً من قبيل النظام العام، فلا يعتد العقد إذا كان في محلة ما يخالفها - وفي نظرنا ان التعبير بالنظام وحده يغني عن ذكر الاداب العامة، لان صيانة الاداب هي من النظام العام وداخله في مفهومه لانه اعم منها، وكذا لا يجوز الاتجار بالمواد الممنوعة (كالمخدرات) الا فيما يجيزه القانون في الحدود الطبيعية^(٣).

٤- يفهم من نص القانون العراقي انه يشترط في المحل ان يكون مشروعاً غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للاداب، والا كان العقد باطلاً، فقد تأبى طبيعة بعض الاشياء ان تكون محلاً للعقد كحرارة أو ضوء الشمس والهواء وماء البحر، وقد يخرج القانون أموالاً معينة في نطاق التعامل نظراً لطبيعتها أو للغرض الذي خصصت له، فالقانون المدني العراقي يمنع التعامل في تركه انسان على قيد الحياة، كما يمنع التصرف في الأموال العامة سواء اكانت للدولة أو للأشخاص المعنوية^(٤).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ان العقد المشوب ببطلان أصلي متعلق بالنظام العام هو في نظر القانون لا وجود له، ولما كان التقادم لا يصح الا ما كان له وجود، فإن مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحاً مهما طال عليه الزمن، ومن ثم لا يكون البتة للتقادم أثر فيه، ولصاحب الشأن دائماً رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه، وإن فالحكم الذي يقضى بسقوط الحق في رفع دعوى بطلان عقد الهبة مع تسليمه بأنه باطل بطلاناً أصلياً متعلقاً بالنظام العام يكون مخالفاً للقانون.

(جلسة ١٩٥٤/٤/١٧ مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - جزء ١ مدني - ص ٢٩٣)

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ٣٩٩ وما بعدها ، وكتابه: الوجيز - ص ١٥٧ وما بعدها.

(٢) نظرية الالتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٢٨.

(٣) القانون المدني السوري - للاستاذ مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٢٠.

(٤) القانون المدني العراقي - الدكتور - حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٦٥.

السبب**مادة (١٣٦)**

إذا لم يكن للإلتزام بسبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٦ لیبی و ١٣٧ سورى و ١٣٢ عراقى و ١٩٥ و ١٩٨ و ٢٠٠ و ٢٠١ لبنانى و ١٢٢ سودانى و ١٣٣ كويتى و ٦٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يقصد بالسبب الباعث المستحث فى المصرفات القانونية عامة، لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعارضات.... ولا يترتب على السبب الصورى بطلان العقد لمجرد الصورية، بل يتوقف الأمر على السبب المستتر، فإذا تخلف هذا السبب أو تحقق غير مشروع، بطل العقد، ففكرة إنعدام السبب أو عدم مشروعيته هى التى يناط بها امر الحكم على السبب الصورى - اما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان:

اولهما- افتراض توافر السبب المشروع فى الإلتزام ولو أغفل ذكره فى العقد، الى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك، ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد.

وثانيهما- افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة، الى ان يقيم المدين الدليل على صوريته، فإذا اقيم هذا الدليل وجب على الدائن ان يثبت توافر الإلتزام على سبب حقيقى نلحق به صفة المشروعية^(١).

راى الفقه:

١- السبب هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه، والسبب كعنصر فى الإلتزام العقدى يتصل بالإرادة اوثق الاتصال ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة، فهو عنصر متميز عن الإرادة ولكنه يلازمها، لان الإرادة البشرية لا يمكن ان تتحرك دون ان تتجه الى سبب، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب، فالسبب إذن هو ركن فى العقد يتميز عن ركن الإرادة، ولكن الركنين متلازمان^(٢).

٢- مرت فكرة السبب بتطور طويل، وان انصارها فى الفقه اللاتينى فريقان يأخذ بعضهم بفكرة "السبب التقصى"، فيجب عندهم ان يكون لكل إلتزام سبب قصدى صحيح ومشروع والا كان العقد باطلا، وهم اصحاب النظرية التقليدية فى السبب، بينما يأخذ البعض الاخر بفكرة "السبب الواقع الى التعاقد" وهم اصحاب النظرية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - الجزء - ص ٢٢٧.

(٢) الوسيط - ١ - للدكتور السهنورى - ص ٤١٣ وما بعدها وكتابه : الوجيز - ص ١٦١ وما بعدها، حيث يرى أن القانون المصرى لا يأخذ إلا بالنظرية الحديثة فى السبب فحسب.

الحديث في السبب، ولا شك ان لكل عقد باعثا دافعا اليه غير ان العقد لا يصح الا إذا كان هذا الباعث الدافع مشروعاً اما خصوم فكرة السبب من يرى الاستغناء عنها بالافكار القانونية الاخرى كفكرة المحل مثلاً، ومنهم من يرى امكان قيام التصرف مجرداً عن سببه، وتظهر هذه النزعة في الفقه الالمانى.

ويفرق اكثر بين سبب الإلتزام وسبب العقد، فسبب الإلتزام هو السبب القصدى، وسبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد، فسبب الإلتزام اى للغرض المباشر منه يجب ان يكون موجوداً من وقت قيام العقد حتى تمام تنفيذه، كما يجب ان يكون مشروعاً، فإن تخلف سبب الإلتزام وقت العقد أو كان غير مشروع بطل العقد، وان تخلف بعد ذلك حق تمام تنفيذ العقد، كان العقد قابلاً للفسخ أو الانفساخ، اما سبب العقد اى الباعث الدافع اليه، فيجب ان يكون مشروعاً ومعلوماً للطرف الاخر.

ومضمون النظرية الحديثة فى السبب يتخلص فى ان السبب هو الباعث للملتزم فى ان يلتزم، اى الباعث الرئيسى الذى دفع الى الإلتزام ينشأ عن الإرادة، وكل إرادة لها باعث، ويشترط فى هذا الباعث ان يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والا كان الإلتزام باطلاً.

ويشترط كل من القانون المصرى والسورى والعراقى والتونسي ان يكون لكل إلتزام سبب قصدى، وان يكون الباعث الدافع الى الإلتزام مشروعاً، فهو يخلط بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة فى السبب، اما قانون الموجبات والعقود اللبنانى فيفرق بين سبب الإلتزام بالمعنى القانونى للإلتزام، وسبب العقد، فسبب الإلتزام هو السبب القصدى، ويطبق بالنسبة له أحكام النظرية التقليدية، بينما سبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد، وتطبق بالنسبة له أحكام النظرية الحديثة فى السبب.

اما الفقه الإسلامى فإنه يعتد بالنوايا والقصود، ويرجع ذلك الى انه فتنه دين واخلاق - وخلاصة القول ان للنية فى الشريعة الإسلامية أثر فى العقد^(١).

٣- فى رأينا ان الشطر الثانى من المادة ١٣٦ من القانون المدنى المصرى يمكن ان يدل على ان المشرع يقصد بالسبب الباعث الدافع الى التعاقد، فإذا كان هذا الباعث مخالفاً للنظام العام أو الاداب كان العقد باطلاً. اما السطر الأول من المادة الذى يتضمن عبارة: "إذا لم يكن للإلتزام سبب"، فلا يمكن ان تدل هذه العبارة على ان المشرع يقصد بالسبب الباعث، ولعل المشرع اراد بهذه العبارة ان يأخذ بنظرية السبب التقليدية، اى السبب بإعتباره الغاية المباشرة التى يرمى إليها المتعاقد من وراء إلتزامه، السبب بهذا المعنى يجب ان يكون موجوداً، فإذا اتضح انه لم يكن للإلتزام سبب كان العقد باطلاً.

ان المجال الطبيعى الوحيد لاعمال نظرية السبب هو فى الإلتزامات الناشئة من العقود الملزمة للجانبين، هذه الإلتزامات المتقابلة التى يرتبط بعضها ببعض ارتباطها سبباً ليس نشوئها فحسب وانما ايضا وقت تنفيذهما، ولا يشترط فى السبب الا شرط واحد هو ان يكون موجوداً. على ان اعمال نظرية السبب فى الإلتزامات الناشئة من العقود الملزمة للجانبين لا يمنع مز اعمال نظرية الباعث الدافع فى هذه العقود، فالباعث الذى وجه الإرادة ودفعها الى التعاقد يجب ان يكون مشروعاً، والمشروعية

(١) نظرية الإلتزام - للدكتور عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٢٩ وما بعدها.

هي الشرط الوحيد الذي يجب ان يتوافر في الباعث الدافع - على انه إذا كان السبب عنصرا جوهريا في الإلتزامات الناشئة من العقود الملزمة للجانبين، فإن شرط مشروعية الباعث الدافع للإرادة الى التعاقد يجب ان يكون مشروعا، ومشروعية هي الشرط الوحيد الذي يجب ان يتوافر في الباعث الدافع - على انه إذا كان السبب عنصرا جوهريا في الإلتزامات الناشئة من العقود الملزمة للجانبين، فإن شرط مشروعية الباعث الدافع للإرادة الى التعاقد.

يجب ان يتوافر في جميع العقود، سواء اكانت ملزمة للجانبين ان ملزمة لجانب واحد، وسواء اكانت عقود معارضة أم عقود تبرع^(١).

٤- نشأت فكرة السبب تبعا لمبدأ الرضائية في العقود كنتيجة لهذا المبدأ لتكون السببية قيما للرضائية، ووقاية مما قد يجره مبدأ الرضائية من محاذير، ولكن نظرية السبب جامت نتيجة مصطنعه متكلفة، فهي نتيجة غير طبيعية ولا محكمة الصنع والوضع، ولقد ثار حولها في الفقه القانوني من الخلاف والجدل والنقد وتضارب الاراء مالم يثر نظيره حول نظرية قانونية اخرى.

يجب ان تكون فكرة السبب موصلة الى تحديد اتجاهات إرادة العاقدین واهدافها الشخصية التي يمتطيان العقد اليها، وهذه هي الفكرة المعقولة التي قامت عليها نظرية السبب في مرحلتها الأولى علي يد علماء القانون^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- السبب ركن من اركان العقد، فينظر في توفره وعدم توفره الى وقت انعقاد العقد، فإن انعقد العقد صحيحا بتوفر سببه، فإنه لا يمكن ان يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات (هدايا الخاطب لخطيبته)، وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع، فإن فسخها لا يمكن ان يؤدي الى إنعدام هذا السبب بعد ان تحقق.

(جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٤ - العدد ٣ مدني - ص ٩٦٧)

٢- ذكر سبب الإلتزام في العقد لا يمنع المدين من إثبات ان هذا السبب غير حقيقي وان الإلتزام في الواقع معدوم بسبب، وان كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابه إذا كان الإلتزام مدينا، لانه ادعاء بما يخالفما اشتمل عليه دليل كتابي.

٣- المادة ١٣٦ من القانون المدني وان كانت توجب ان يكون للإلتزام سبب مشروع، الا انها لم تشترط ذكر هذا السبب في العقد، بل ان المادة ١٢٧ تنص على ان كل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الإلتزام في العقد لا يؤدي الى بطلانه.

(جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني - ص ٦٢٧)

(١) نظرية السبب ونظرية الباعث - مقال - للدكتور بشري جندي - المحاماه - السنة ٤٢ - العدد ٤ - ص ٣٣٧.

(٢) القانون المدني السوري - الدكتور مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٢٥ وما بعدها، وينظر: القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنون - المرجع السابق - ص ٧٠ وما بعدها.

٤- مؤدى نص المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون المدني ان المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها ان للعقد سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب، فإن ذكر العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين ان يلتزم من اجله، وان ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد، كان عليه ان يقيم الدليل القانون على هذه الصورية.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٧٤١)

٥- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني ومن ثم فإذا كانت الخطبة هي السبب في هذا النوع من الهبات باعتبارها الباعث الدافع على التبرع فإن العدول عنها من جانب الخاطب لا يمكن أن يؤدي إلى إنعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الخطبة.

(الطعن ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٦/٥/١٥ س ٤٧ ص ٨٠٠)

* * *

مادة (١٣٧)

(١) كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

(٢) ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٣٧ لیبی و ١٣٨ سورى و ١٣٢ عراقى و ١٩٩ لبنانى و ١٣٣ كويتى و ١٣٢ سودانى.

التعليق:

ينظر فى التعليق على هذه المادة ما جاء على المادة ١٣٦ مدنى.

راى الفقه:

ففى القانون الحديث يدين التصرف القانونى بكيانه للإرادة الخاصة وحدها، هذا هو ما يفهم من تعريفه بانه: "التعبير عن إرادة ترمى الى احداث أثر قانونى"، ذلك هو مبدأ سلطان الإرادة الذى يسود الان قانونى التصرفات، ولا نزاع فى ان هذا المبدأ يخضع فى التشريعات الحديثة لعدد متزايد من القيود القانونية الشكلية والموضوعية، والغرض منها هو اعطاء إرادة الفرد صيغة إجتماعية قبل اعمالها قانوناً، فمن حيث الشكل بالمعنى الواسع يجب ان تعلن الإرادة، وقد يتطلب القانون ان يكون إعلانها صريحاً، أو الا يقبل إثبات إعلانها الا بطرق معينة دون غيرها، أو ان تشهد بطريقة خاصة والا وقف كل أو بعض أثارها أو ان يعبر عنها فى شكل مرسوم حتى تصلح أساساً للدعوى، أو حتى تنتج آثار استثنائية خاصة، أو حق لا تعتبر باطله اصلاً فى نظر القانون، كل هذه القيود الشكلية - كالقيود الموضوعية، تؤكد مبدأ سلطان الإرادة، مادامت ترمى الى هدف عام هو تنسيق اتجاهات الإرادة الخاصة مع المصلحة الإجتماعية، فليس فى هذه القيود ما ينقض الحقيقة القانونية الاتية التى ينحصر فيها جوهر التصرف القانونى، وهى ان الإرادة تتجه الى احداث أثر قانونى، والنظام القانونى يولد هذا الأثر، لان ينشئ التصرف إرادة - هذا المبدأ مبدأ سلطان الإرادة - هو نقطة البداية عندنا.

يتضمن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ آخر هو مبدأ الرضائية أو مبدأ الحرية فى اختيار شكل إعلان الإرادة، فالقاعدة العامة هى ان الافراد لهم حرية اختيار شكل إعلان الإرادة، ما دامت تعلن على وجه يكفى فى نظر القانون لان تضاف إليها الآثار المنشودة، وذلك معانه ان إعلان الإرادة يجب دائماً ان يتخذ شكلاً ما يظهر به فى العالم الخارجى، ولكن كلمة (شكل) لاتطلق فينا وفقاً للفقهاء السائد الا على الشكل الذى رسمه القانون أو الافراد ويكون جزاؤه بطلان التصرف، هذا النوع من الاشكال هو ما يسمى بالشكل للانعقاد أو الجوهرى أو المنشئ، وهو نوع يتعارض الشكل للإثبات أو

الشكل المقرر، وتختلف هذا النوع الأخير من الاشكال لا يؤثر في وجود أو صحة الإرادة، وانما يقتصر امره على تقييد الإثبات بوسائل معينة دون غيرها^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني انه إذا ذكر في سند الدين ان قيمته دفعت نقدا، ثم قام الدليل على انتفاء القرض، فإن على الدائن ان يقيم الدليل على ان للسند سببا حقيقيا مشروعا.

(جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني العدد ٢ - ص ٨٢٣)

٢- كان مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني ان ذكر سبب الإلتزام في العقد لا يمنع المدين من إثبات ان هذا السبب غير حقيقي وان الإلتزام في الواقع معدوم السبب ، الا ان الادعاء بذلك لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الإلتزام مدينا لانه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي طالما لم يدع المتعاقد بوقوع إحتيال علي القانون بقصد مخالفة قاعدة أمرة من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضي به المادة ١/٦١ من قانون الإثبات.

(الطعن رقم ٢٩٠٢ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/١٨)

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة ان مجرد توقيع مصدر السند عليه بغير إلتزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل علي غير ذلك ويقع عبء الإثبات علي من يدعي إنعدام السبب غير ان الادعاء بإنعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الإلتزام مديناً طالما لم يدع المتعاقد بوقوع إحتيال علي القانون.

(الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٨ ق - جلس ١٩٩١/١/٣٠)

٤- وضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة المكسب للملكية سبب يكفي بذاته لكسب الملكية متى توافرت شروطه القانونية. عدم صلاحيته رداً علي الدعوي بإبطال العقد أو محل التسجيل. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٦٧٦ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٨)

* * *

(١) التصرف القانوني - المجرّد - رسالة - الدكتور محمود أبو عافية - طبعة ١٩٤٧ ص ٥٧ و ٥٥ وما بعدها ، والوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٤٦٣ وما بعدها.

البطلان

مادة (١٣٨)

إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ١٣٨ لیبی و ١٣٩ سوری و ١٢٤ سودانی و ١١٥ كويتی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع التعليق الوراد - لاحقا - على نص المادة ١٤٢ مدنی.

من أحكام القضاء الحديثة:

- ١- لايجوز لمدعى الاستحقاق الذى تلقى الحق عن شريك أو وارث ان يتحدى ببطلان بيع نصيب القاصر فى المال الشائع إذا تم بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة الحسبية، اذ ان هذا البطلان نسبی شرع لمصلحة القاصر وحده دون الغير.
(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ مجموعة المکتب الفنى - السنة ٢ - مدني ص ٧٦٠)
- ٢ - بطلان العقد. وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب لمخالفته أحكام القانون المنظمة لإنشائه. أثره. عدم صلاحيته لإنتاج آثاره القانونية المقصودة.
(الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٢)

* * *

مادة (١٣٩)

- (١) يزول حق إبطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية.
(٢) وتستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٣٩ لىبى و ١٤٠ سورى و ١٣٥ سودانى و ١٣٦ عراقى و ٢٣٦ و ٢٣٧ لبنانى و ١٣٥ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع التعليق الوارد - لاحقا - على نص المادة ١٤٢ مدنى.

راى الفقه:

١- الاجازة تلحق العقد القابل للإبطال، لان له وجودا قانونيا مادام بطلانه لم يتقرر، وإذا كان هذا الوجود مهددا بالزوال، فإن الاجازة إذا لحقته استقر والاجازة تصرف قانونى صادر من جانب واحد، فلا حاجة الى اقتران قبول لها، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة ان القبول لم يصدر، والذي يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك ببطلانه، فناقص الأهلية، ومن شاب رضائه عيب هم اللدان تصدر منهما الاجازة، ويجب ان يكون المجيز كامل الأهلية وقت الاجازة بالنسبة الى العقد الذى يجيزه، والا يشوب الاجازة نفسها عيب من عيوب الإرادة، فلا تصح الاجازة إذن الا بعد زوال السبب لقابلية العقد للإبطال بعد استكمال الأهلية أو بعد انكشاف الغلط أو افتضاح التدليس أو ارتفاع الإكراه.

وإذا اجيز العقد على النحو المتقدم، انقلب صحيحا على وجه بات من وقت صدوره لا من وقت الاجاز فحسب، لان للاجازة أثرا رجعيا، والمقصود بالأثر الرجعى هنا ان العقد يعتبر قد نشأ صحيحا، لا قابلا للإبطال، منذ البداية ولكن هذا الأثر الرجعى يكون فيما بين المتعاقدين دون الغير، فلو ان قاصرا باع عينا، وبعد بلوغه سن الرشد رهنها ثم اجاز البيع،

فإن الاجازة لا تضر الدائن المرتهن، وتنتقل العين الى المشتري مثقلة بحق الرهن^(١).

٢- لا يقبل العقد الباطل الاجازة من الوجهة المنطقية، لان الباطل معدوم، غير منعقد والعدم لا ينقل وجودا بالاجازة، ولان البطلان من النظام العام؛ والاجازة لا تهدم اعتبار النظام العام، فلو صحت الاجازة للعقد الباطل لوجب تصحيحه رغم مخالفته للنظام العام، وعندئذ لا يبقى فى البطلان قوة جزائية رادعة، ويصبح البطلان والصحة تابعين لإرادة العاقد لا لإرادة الشارع، وهذا منطق قابلية الإبطال، لا منطق البطلان - فإذا اريد احياء العقد الباطل وجب انشاؤه من جديد، وعندئذ يكون زمان وجوده هو

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٣ وما بعدها وكتابة الوجيز - ص ١٩٤ وما بعدها.

زمان انشائه الجديد، بينما العقد الذي تلحقه الإجازة يعتبر زمان وجوده في حال الإجازة هو زمان عقده السابق، لأن الإجازة تستند أي تقع بأثر رجعي^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ومن ثم فلا تثريب على محكمة الموضوع إذا استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية إستخلاصاً سائغاً من وقائع الدعوى ومستنداتها إجازة الطاعة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادر من بعض المتقاسمين الأخيرة والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القسمة المذكور، وبالتالي لا تعدو المجادلة في ذلك أن تكون جدلاً موضوعياً لا تقبل أثارته أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ - المكتب الفني - السنة ١٢ - مدني - ص ٥٩٥)

٢- النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٩ من القانون المدني علي أن: "(١) يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية" وفي الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون ذاته علي أن "(١) إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة" مفاده أنه كان القانون هو الذي يرتب جزاء بطلان التصرفات أو قابليتها للإبطال، وكانت الإجازة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادتين سالفتي الذكر، التي يزول بها حق الإبطال ولكنها لا تجدي في إزالة البطلان المطلق، إنما هو ذلك الإقرار الصريح أو الضمني الذي يصدر ممن يحتاج بهذا التصرف المعيب بما يفيد قبوله الإلتزام بأثاره رغم قيام السبب المخل بصحته.

(الطعن رقم ٩٢٦٣ لسنة ٦٦ ق (جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٠))

٣- من المقرر وفقاً لنص المادة ١٣٩ من القانون المدني - وحكمها قاعدة عامة في شأن العقد القابل للإبطال - أن حق إبطال العقد يزول بالإجازة صريحة كانت أم ضمنية وتستند الإجازة دوماً إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير وإذا كان من المقرر أن الإجازة للصادرة ممن يملكها تصح ولو لم يقترن قبول بها إذ تعد تصرفاً قانونياً منفرداً صادراً من قبل من تقرر البطلان لمصلحته ولا يجوز الرجوع فيها بالتالي بادعاء أن هذا القبول لم يصدر بعد وبها يستقر وجود العقد بصورة نهائية بعد أن كان مهدداً بالزوال وهي تلحق العقد القابل للإبطال لأن وجوده قانوناً لا شبهة فيه ما دام بطلانه لم يتقرر بعد ويدل عليها كل عمل يفيد معناها ويكون كاشفاً عن دلالتها إذا صدر ممن يملكها في شأن عقد قائم وكان عالماً بما داخل هذا العقد من عيوب قاصداً التجاوز عنها بما مؤده أن دعواه بإبطال العقد تكون مفتقرة إلى أساسها منافية لمقاصدها إذا أتى عملاً يدل صراحة أو ضمناً علي أنه أجازه ذلك أن هذه الإجازة هي التي تزيل قابليته للإبطال وهي التي ينقلب بها العقد صحيحاً علي

(١) القانون المدني السوري - الدكتور مصطفى الزرقا - المرجع السابق - ص ١٦٤ وما بعدها ، والقانون المدني العراقي - الدكتور حسن الدنوان - المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها.

الدوام بعد أن كان وجوده قلقا وإن كان ذلك لا يخل بالحقوق التي كفلها القانون للغير ذلك أن العقد يظل حتي مع هذه الإجازة - وعلي ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ من القانون المدني - غير نافذ في حق المالك الحقيقي للعين باعتبار أن بطلان العقد وإن كان يزول بالإجازة إلا أن الآثار التي تتولد عن عدم سريان هذا العقد في حق مالكيها لا يزيلها إلا لإقراره إعمال ذلك العقد إنفاذا لمحتواه ومن المقرر أن الحكم الذي يصدر علي البائع متعلقا بالمبيع يعتبر حجة علي المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه وذلك علي سريان أن المشتري يعتبر ممثلا في شخص البائع في تلك الدعوى المقامة ضده باعتباره خلفا خاصا له لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الهيئة المدعية لم تعتمد علي الإطلاق إلي إبطال عقد البيع الابتدائي الصادر لصالحها من الشركة المدعي عليها السابعة في شأن عين النزاع وكان مفاد قضاء المحكمة العليا للقيم بعدم نفاذ عقد شراء الشركة المدعي عليها السابعة والبائعة للهيئة المدعية - للعين المباعة ذاتها في حق الملاك الحقيقيين أن هذا البيع قد صدر من غير مالك بما مؤداه - إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ من القانون المدني - أن عقد شراء الشركة المدعي عليها السابعة يظل قاصرا علي أن ينقل لها ملكية عين النزاع ومن ثم نقلها للهيئة المدعية بمقتضي عقد شرائها ولا يجوز بالتالي أن يضار الملاك الحقيقيون بهذا العقد من خلال الاحتجاج بآثاره في مواجهتهم إذ هم أجانب عنه ولأن إجازة المشتري للعقد القابل للإبطال لا تعني أكثر من استبقاء هذا العقد - بالعناصر التي اشتمل عليها - دون تعديل لمضمونها ومن بينها - في واقعة النزاع الموضوعي - أن محل البيع ليس مملوكا للبائع ولا يتصور أن تنتقل ملكية إلي كمن سعي إلي كسبها إلا بإقرار صاحبها لهذا العقد وتلك قاعدة لا استثناء منها ولا قيد عليها من أحكام القانون المدني ذلك أن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون تصرفا قانونيا متضمنا إسقاطا لحق وهو يصدر عن المقر باعتباره من الغير في خصوص ذلك العقد ليزول بصوره ما كان يحول دون انتقال الملكية برضاه بما مؤداه أن الإقرار أبعد من الإجازة أثرا ذلك أن بيع ملك الغير ينقلب بذلك الإقرار - وعلي ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ من القانون المدني - صحيحا في حق من قام بشراء العين ونافا كذلك في حق مالكيها علي خلاف الإجازة التي يقتصر أثرها علي مجرد تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين.

(الطعن رقم ١٤ لسنة ٢١ ق (جلسة ٠٢ / ٠٦ / ٢٠٠١))

* * *

مادة (١٤٠)

(١) يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.
 (٢) ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ١٤٠ لبيي و ١٤١ سوري و ١١٦ عراقي و ١٢٦ سوداني و ٢٣٥ لبناني و ١٣٦ كويتي.

التعليق: يراجع التعليق الوارد -لاحقا - على نص المادة ١٤٢ مدني.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام الارث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام، وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا، ومن ثم فلا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ من القانون المدني، ولا يقدر في ذلك القول بأن إعتبار البطلان مطلقا يتنافى مع امكان اجازة التصرف من الورثة، ذلك انه ليس للورثة ان يجيزوا للتصرف بإعتباره بيعا، وانما لهم ان يجيزوه على الإعتبار الصحيح بوصفه وصية وفي هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة.

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - مدني)

ونقض - جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٥٧٩)

٢ - مدة تقادم الحق في طلب إبطال العقد بسبب الجنون أو العته تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفقا للمادة ١٤١ من القانون المدني ذاته باعتباره من حالات انعدام الأهلية، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وطبق على واقعة الدعوى نص المادة ١٤٠ المتعلقة بحالات نقص الأهلية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٧١٧٢ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٤ / ٢٠٠٢)

٣ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدني قد حددت مدة سقوط الحق في الإبطال في حالات حدتها على سبيل الحصر وهي حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات أما في غير هذه الحالات فإن مدة تقادم الحق في إبطال العقد لا تتم إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد.

(الطعن رقم ٧١٧٢ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٤ / ٢٠٠٢)

مادة (١٤١)

- (١) إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يبطله، وللمحكمة التي تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالأجازة.
- (٢) وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٤١ لیبی و ١٤٢ سورى و ١٤١ عراقى و ١٢٧ سودانى و ١٢٧ كويتى.

التعليق:

يراجع التعليق الوارد - لاحقاً - على نص المادة ١٤٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ان كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة، الا ان الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم ابدأ، ذلك ان العقد الباطل يظل معدوماً فلا ينقلب من الزمن صحيحاً، وانما تتقادم الدعوى به، فلا تسمح بعد مضى المدة الطويلة، اما أثاره البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل، فلا تجوز مواجهتها بالتقادم، لانه دفع والدفع لا تتقادم، فإذا كان الحكم قد إنتهى الى بطلان السند بطلاناً مطلقاً، فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً، وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة الى الإشارة الى ذلك صراحة أو للرد على ما يتسمك به الدائن فى هذا الصدد.

(جلسة ١٩٥٣/٤/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨ - مدنى ص ٤٠٤)

٢- ليس فى القانون ما يمنع من التمسك ببطلان عقد فى صورة دفع من الدفع الموضوعية دون حاجة الى رفع دعوى مستقلة بطلب الحكم بهذا البطلان.

(نقض - جلسة ١٩٥٧/٣/٢١ - المرجع السابق - ص ٢٤١)

٣- متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى الى ان عقد البيع المتنازع فيه هو فى حقيقته عبد بيع وفائى يستر رهناً، فإن هذا العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولقد كان حكم القانون فى ظل التشريع الملغى فى شأن مثل هذا العقد انه لا ينقلب صحيحاً مهما طال الزمن، ومن ثم لا يكون للتقادم أثر فيه ولصحاب الشأن دائماً ابدأ رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه، اما نص المادة ١٤١ من القانون القائم الذى يقضى بسقوط دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد، فإنه نص مستحدث منشئ لحكم جديد لم يكن مقرراً فى ظل القانون الملغى، ومن ثم فإن التقادم لا يسرى الا من تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم، وليس معنى هذا التقادم لا يسرى على العقود الباطلة التى أبرمت فى ظل القانون الملغى، انما هو يسرى عليها، ولكن تبدأ مدة التقادم بالنسبة لدعوى البطلان الخاصة بهذه العقود من تاريخ العمل بالقانون (القائم) اى من ١٩٤٩/١٠/١٥ وليس من تاريخ إبرامها.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/١٢/٣ - المرجع السابق - السنة ١٥)

٤- يقضى الشق الثاني من الفقرة الأولى من المادة ١١١ من القانون المدني ببطالان تصرفات الصبي المميز متى كانت به ضررا محضا، وتقضى الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من ذات القانون بسقوط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت التعاقد، ومؤدى هذين النصين مرتبطين ان يعتبر إقرار الصبي المميز بمحضر صلح تصرفا باطلا ولا تسقط الدعوى ببطلانه الا بمضي خمس عشرة سنة منذ صدوره فيما لو اعتبر ضارا به ضررا محضا.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٨٦٦)

٥ - لما كان القانون المدني قد نص في المادة ١٤١ على أنه: "١ - إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة ٢ - وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت التعاقد" وكان النص في المشروع التمهيدي يقتصر على الفقرة الأولى وحدها وينتهي بعبارة "وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم" ثم رأت لجنة المراجعة إضافة الفقرة الثانية لتكون نصها "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به" ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة "دون الدفع به" لأنه من المبادئ الأساسية المسلم بها أن الدفع لا تسقط بالتقادم ومن ثم لم تر اللجنة محلا لإيراد هذه العبارة لأن وضعها يثير شبهة أن الدفع قد تسقط، ومن المجمع عليه أن العقد الباطل عدم فلا وجود له ولا تصححه الإجازة ولا التقادم مهما طال الزمن وهو ما كان يقتضى ألا تسقط دعوى البطلان بالتقادم ولكن مع صراحة النص وجب إلزامه واستقر الرأي على أن ما يوجب النص هو مجرد نهى عن سماع دعوى البطلان الصريحة فيبقى لصاحب المصلحة الحق في تجاهل وجود العقد الباطل مهما مضى عليه الزمن ويبقى حق المحكمة في أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها.

(الطعن رقم ٢٤١٥ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٤/٠٨)

٧ - مدة تقادم الحق في طلب إبطال العقد بسبب الجنون أو عته تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفقا للمادة ١٤١ من القانون المدني ذاته باعتبارهما من حالات انعدام الأهلية، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وطبق على واقعة الدعوى نص المادة ١٤٠ المتعلقة بحالات نقص الأهلية فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٧١٧٢ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٤/١٦)

٨ - دعوى البطلان المطلق تسقط بمضي خمس عشرة سنة إعمالا للفقرة الثانية من المادة ١٤١ من ذات القانون.

(الطعن رقم ٧١٧٢ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٤/١٦)

٩- لما كان الثابت من الأوراق ان العضوية بالجمعية المطعون ضدها (جمعية تعاونية للبناء والاسكان) وفقا للغرض الذى انشئت من اجله وتمشيا مع نطاقها الداخلى الذى تم شهره تقتصر العضوية فيها على اعضاء هيئة التدريس والمدرسين المساعدين

والمعيدين بجامعة القاهرة بما مفادة ان نشاطها قاصرا عليهم وفقا لهذا النظام لا يناوئهم ولا يشاركهم فيه احد سواهم التزاما بالغرض الذى انشئت من اجله رعاية لمستواهم الاجتماعى حالا ومالا بما مقتضاه وقوع قرار مجلس ادارتها بقبول عضوية الطاعنين وهما ليسا من تلك الفئات دون العرض على جمعيتها العمومية لاختذ رأى الهيئة العامة لتعاونيات البناء والاتحاد التعاونى للاسكان فى شان ذلك باطلا بما تستتبع بطلان قراره بتخصيص الوحدات السكنيتين مثار النزاع لهما بحسابانه سلبا لاختصاص الجمعية العمومية التى اناط بها القانون الاختصاص بذلك بحسابانها السلطة الاعلى فيها ولها وحدها حق التصرف فى اموالها العقارية والمنقولة دونه حسيما سلف بيانه وهو الامر الذى من اجله اصدرت الهيئتين سالفتي الذكر قرارا بالغاء قرار مجلس ادارة الجمعية بقبول الطاعنين اعضاءا بها وبالغاء التخصيص الذى تقرر لهما عن شقتي النزاع ومن ثم يضحى النعى على الحكم المطعون فيه بالخطا فى تطبيق القانون لمخالفته نص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى واردا على غير محل بحسابانه ان العقد الباطل لا وجود له ولكل من المتعاقدين ان يتمسك بذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المذكور سواء بطريق الدعوى او عن طريق الدفع فى دعوى مقامة بشانه ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه لهذا السبب على غير اساس.

(الطعن رقم ٣١٩ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٣ / ٢٠٠٣)

١٠- إن بطلان العقد وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المنظمة لإنشائه فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة.

(الطعن رقم ١٨٥٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ١١ / ٢٠٠٤)

* * *

مادة (١٤٢)

(١) في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا، جاز الحكم بتعويض معادل.

(٢) ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤٢ لیبی و ١٤٣ سوری و ١٣٨ عراقی و ١٢٨ سودانی و ١٣٨ كويتي.

الأعمال التحضيرية:

ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد لعدم توافر الأهلية إطلاقاً، بفقدان التمييز وإنعدام الإرادة تقريراً على ذلك، أو كائتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً، وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان في حكم الواقع أو حكم القانون يحول دون انعقاده أو وجوده، وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق. أما البطلان النسبي فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء، يفسد بسبب عيب بداخله، أو بسبب قصر أهلية أحد العاقدين، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته، وهو من داخل رضاء العيب، أو من لم تكتمل أهليته... وتظهر أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوده:

(أ) فما دام البطلان المطلق يستتبع إعتبار العقد معدوماً، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، ولو لم يكن طرفاً في التعاقد كالمستأجر مثلاً في حالة، بيع الشيء المؤجر، بل يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، أما البطلان النسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد، وهو الطرف الذي يشرع البطلان لمصلحته، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه، بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتمسك به، وتتبع القاعدة نفسها، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق، فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي إستند أثره وإعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي، ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد. ويستثنى من هذه القاعدة حالتان: بلا سبب، والثانية - حالة وفاء أحد المتعاقدين بالالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته الآداب، فلا يجوز لمثل هذا التعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب.

(ب) وما دام البطلان المطلق يستتبع إعتبار العقد معدوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوفر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ التعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلاً)، وأن تكون ذاتها منزهة عن العيب، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها بإعتبارها تصرفاً قانونياً،

وإذا كان أثر الاجازة يستند، أو يتعطف على الماضي، الا انها لا تضر بحقوق الغير، فلا تضر الاجازة مثلا من يشتري عقارا كان قد سبق لمالكة بيعه، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل اجازة هذا البيع، ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الافعال الضارة التي تلحق بها صفة التقصير المدني، فيظل مرتكبا مسئولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة، رغم اجازة العاقد الاخر للتعاقد، ما لم تتطوى الاجازة على اسقاط هذه المسؤولية.

(ج) وما دام العقد المطلق البطلان معدوما، أو غير موجود، فلا يتصور ان يرد عليه التقادم، وعلى النقيض من ذلك يتعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء الغلط، أو التدليس، أو انقطاع سلطان الإكراه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ترتيب الأثر الرجعي لبطلان عقد البيع وان كان يقتضى إعتبار ملكية المبيع لم تنتقل من البائع الى المشتري أو الغير تلك الملكية بسبب اخر من أسباب كسب الملكية إذا تحققت شرائطه القانونية.

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - مدني ص ١٠٩٣)

٢- لم يستلزم المشرع لإبطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه في إبطال تصرف السفية وذى الغلظة من ان يكون التصرف نتيجة إستغلال أو تواطؤ، بل اكتفى بإشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها، فثبتت احد هذين الأمرين يكفي لإبطال التصرف فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة - الى ان حالة عته المورث - المتصرف - كانت شائعة وقت تصرفه لطاعنه - فقد كان هذا حسبه لإبطال هذا التصرف طبقا للفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني، والإعمال آثار البطلان طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المذكور ولم يكن على الحكم بعد ذلك ان يثبت علم الطاعنة بحالة العته أو إستغلالها له، لان ثبوت شيوع حالة العته يغنى عن إثبات علم المتصرف إليه بها، كما ان الإستغلال غير لازم قانونا في مقام إبطال تصرف المعتوه.

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٢٠٢٣)

٣- ان كانت المادة ٢٢٨ من قانون التجارة قد إعتبرت الجزاء الذى يجوز توقيعه فى حالة إبرام المفلس عقودا بمقابل فى فترة الريه هو البطلان، الا انه فى حقيقته ليس بطلانا بالمعنى القانونى، لان البطلان يترتب عليه إنعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين، بينما العقد الذى يقضى ببطلان طبقا لتلك المادة يظل صحيحا ومنتجا لأثاره فيما بين عاقيه، وانما لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين، فالجزاء فى حقيقته هو عدم نفاذ التصرف فى حق هذه الجماعة، ومن ثم فلا يجوز للمشتري من المفلس الذى يقضى ببطلانه عقده طبقا للمادة المذكورة ان يستند فى مطالبة التقليل ببرد الثمن الذى دفعه للمفلس الى المادة ١٤٢ من القانون المدني، لانها خاصة بالحالة التى يقضى فيها بإبطال العقد أو ببطلانه بالنسبة للمتعاقدين.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٢٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٥٥٢ وما بعدها.

٤- لئن كان النص في الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من القانون المدني قطعي الدلالة على الأثر الرجعي للإبطال أو البطلان وعلى شموله العقود كافة إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ - كالشركة - أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي لأن الزمن فيه مقصود لذاته بإعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه طالما أنها قد باشرت بعض أعمالها فعلا بأن اكتسبت حقوقا والتزمت بتعهدات يتعذر الرجوع فيما نفذ منها فإذا بطل أو أبطل عقد الشركة بعد ذلك فإن آثاره التي أنتجها من قبل تظل قائمة عمليا ولا يعد العقد باطلا إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالبطلان لا قبله ويعتبر البطلان هنا بمثابة إلغاء لعقد الشركة في حقيقة الواقع فيكون للشركاء من بعد الحق في تصنيفها إتفاقا أو قضاء لتوزيع ما أنتجته من ربح أو خسارة بينهم كل بحسب نصيبه.

(الطعن رقم ٣٦٦١ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ١٢ / ٢٠٠٠)

٥- المقرر أن حكم القاضي ببطلان عقد الشركة - وهو من عقود المدة - خلافا للقواعد العامة للبطلان الوارد ذكرها في المادة ١٤٢ من القانون المدني لا يكون له أثر رجعي فأعمال الشركة وتعهداتها في الماضي لا تتأثر به وإنما يلحقها البطلان على ما قد جرى منها بعد القضاء ببطلانها.

(الطعن رقم ١٩٠٢ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

٦- إن المقرر قانونا بالمادة ١/١٤٢ من القانون المدني أنه "في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد..." فإذا كان العقد بيعا وتقرر بطلانه رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري، ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع قد تم عن طريق الوكالة فيجب على الوكيل أن يؤدي إلى الموكل ما حصله من المشتري نتيجة هذا البيع الباطل إذ ليس للوكيل أن يبحث فيما تسلمه لحساب الموكل هل هو مستحق له أو ليس مستحقا له لأن الموكل وليس الوكيل في النهاية هو الذي يطالب برد غير المستحق لما كان ذلك وكانت الطاعة قد قدمت لمحكمة الموضوع إيصالين موقعين من المطعون ضدهما وغير منكورين منهما يفيدان استلامهما منها مبلغ خمسة وثلاثين ألف جنيه هي عبارة عن ثمن الشقة التي باعها لحساب الأول ومقداره ٢٨٠٠٠ جنيه وثمان منقولات اشترتها لنفسها ومقدارها ٢٢٠٠ جنيه بزيادة قدرها ٤٨٠٠ جنيه عن ثمن الشقة والمنقولات طالبت بردها فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلباتها على سند من بطلان عقد بيع الشقة وعدم وجود دليل على شراء الطاعة للمنقولات رغم أن بطلان عقد بيع الشقة لا ينفي تسلم الطاعة لثمنها من المشتري بصفتها وكيلة عن البائع - المطعون ضده الأول - وتسلم الأخير له منها كما أن الطاعة هي المشتري لمنقولات الشقة وقد أقرت بذلك في دعواها فإنه يكون قد أخطأ في فهم واقع الدعوى.

(الطعن رقم ٦٣٤١ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ٢٠٠٢)

مادة (١٤٣)

إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد، كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣٤ لیبی و ١٤٤ سوری و ١٣٩ عراقی و ١٢٩ سودانی و ١٣٩ كويتي.

الأعمال التحضيرية:

اقتبس المشروع أحكام المادة من التقنيات الجرمانية، وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه، فلو فرض أن هبة الترتيب بشرط غير مشروع، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع العاقد في غلط جوهرى بشأن شئ منها، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذي قام به سببه. وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشئ الذي وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً، ويظل ما بقى من العقد صحيحاً، بإعتباره عقد مستقلاً، مالم يقع من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذي بطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد، وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يشترط لتطبيق نظريتي الانتقاص والتحول المنصوص عليهما في المادتين ١٤٣ و ١٤٤ من القانون المدني، أن يكون العقد في شق منه أو كله باطلاً أو قابلاً للإبطال، فإذا كان العقد قد علق على شرط لم يتحقق، فإن مؤدى ذلك هو عدم أعمال حكم المادتين المشار إليهما في شأنه.

(نقض جلسة ١٤/٦/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ مدني ص ١٣٦١)

ونقض - جلسة ٢٨/٣/١٩٦٢ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٣٩١

٢ - لا يكفي لإبطال العقد في شق منه بالتطبيق للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع بقاءه قائماً في باقى اجزائه أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الانتقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين، ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال لا بد أن يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده.

(نقض - جلسة ١٦/٥/١٩٦٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٩٥٤)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٢٦٠.

٣- جرى قضاء محكمة النقض على أن المادة ١٤٣ من القانون المدني تنص على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله" ومفاد ذلك أنه ما لم يقر من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقي من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده.

(الطعن رقم ٦٦٧٠ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ٢٠٠٠)

* * *

مادة (١٤٤)

إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه اركان عقد اخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت اركانه، إذا تبين ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٤٤ اليابى و ١٤٥ سورى و ١٤٠ عراقى و ١٣٠ سودانى و ١٤٠ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

استنتقت أحكام المادة من التقنين الالمانى ايضا، بيد ان فكرة تحويل العقد أو انقلابه ادق من فكرة الانتقاض، فليس يرد امر للتحويل الى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين، بل الواقع ان القاضى يحل نفسه محلها، ويبدلها من عقدها القديم عقدا جديدا بقيمة لها، ويشترط لاعمال أحكام التحويل ان يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان، فإذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجود ان يحل محله عقد اخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما امر، ويشترط كذلك ان تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الأصيل، الذى قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضى، على اى تقدير، ان يلتصق عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل، ويشترط أخيرا ان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد، لو انهما تبينا بالعقد الأصيل من أسباب البطلان، ويستخلص مما تقدم ان سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية، فإذا كان يتولى عن العاقدين اعادة إنشاء التعاقد الا انه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها ان تحد من اطلاق تقدير القاضى، على نحو يتيح تقريب الشقة ما امكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية، ولعل اعتبار الكمبالة التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سنداً إذنياً، أو مجرد تعاقد مدنى من ابرز التطبيقات العملية التى يمكن ان تساق فى صدد فكرة تحويل^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- تشترط المادة ١٤٤ من القانون المدنى لتحويل العقد الباطل الى عقد اخر ان تتوافر فيه اركان عقد اخر صحيح وان يقوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب - وإذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه اركان عقد اخر يمكن ان تكون نية الطرفين قد إنصرفت الى الارتباط به، فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن ان يتحول

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٢ - ص ٢٦٣ و ٢٦٤.

الى عقد اخر ملزم للمتعاقدين، لان المحتكمين لم يقبلا بموجب عقد التحكيم الا الإلتزام بالحكم الذى يصدره المحكم، فإذا لم يصدر هذا الحكم تحللاً من مشاركته التحكيم.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ مدني - ص ١٤٢٠)

(جلسة ١٩٦٧/٦/١٣ - المرجع السابق - السنة ١٨ الطعن ٢٨٧ السنة ٣٣ ق)

٢- إذا كان الثابت من الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه ، انه انتهى القضاء بفسخ عقد البيع محل النزاع وإلزام الطاعنين من تركه مورثهم بأن يدفعوا للمطعون ضده ما قبضه من ثمن في هذا البيع وكان بطلان العقد لإنعدام محله يترتب عليه - وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة - أن يعاد المتعاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيسترد كل ما اعطاه وهو ما يستوي في هذا الأثر من الأثر المترتب علي الفسخ ، ومن ثم فإن النعي ببطلان العقد محل النزاع أياً كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج وبالتالي غير مقبول.

(الطعن ٧٥٦ لسنة ٥١ ق (جلسة ١٩٩١/٣/١٤ س ٤٢ ص ٧٦٢)

٣- وضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة المكسب للملكية سبب يكفي بذاته لكسب الملكية متى توافرت شروطه القانونية. عدم صلاحيته ردا علي الدعوي بإبطال العقد أو محو التسجيل. علة ذلك.

(الطعن ١٦٧٦ لسنة ٥٩ - جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٨ س ٤٤ ص ٩٣)

٤- بطلان العقد لإعتبارات شكلية وموضوعية. ماهية كل منهما الاستثناء رجوع البطلان إلي نص في القانون له أحكاماً خاصة لحماية مصلحة عامة خروجاً عن القواعد العامة للبطلان الوارد بالمواد ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤ مدني. مؤداه. جواز تصحيح العقد الباطل بإدخال عنصر جديد يؤدي قانوناً إلي تصحيحه وإعمالاً لنظرية تصحيح العقد والتي تخرج عن نطاق نظرية تحول العقد. سلوك سبيل التصحيح عدم جواز التمسك بالقواعد العامة في القانون المدني. علة ذلك.

(الطعن ٧٤٤٨ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٤/٤/١٤ س ٣٥ ص ٧٠٩)

* * *

٢- آثار العقد

مادة (١٤٥)

ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤٥ لیبی و ١٤٦ سوری و ١٤٢ عراقی و ١٣١ سودانی و ١٤١ كويتی و ٢١٢ لبنانی و ٢٤١ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم، بل تجاوزهم الى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية مالم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة، ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين، صريحة كانت أو ضمنية، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن فى شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة، أو من نص فى القانون، كما هى الحال فى حق الإنتفاع - وعلى ذلك ينتقل الى الوارث ما يرتب العقد من حقوق وإلتزامات، اما الحقوق فيكون إنتقالها كاملاً، بيد ان حكم الإلتزامات يقتضى تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث، ذلك ان الوارث لا يلتزم بديون مورثه، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، الا بقدر ما يؤول اليه من التركة، بل وينسبه ما يؤول اليه منها فى صلته بالورثة الباقين، وبعد فليس ينبغى ان يعزل هذا النص عن النصوص التى تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات^(١).

راى الفقه:

١ - معنى إنصراف اثر العقد الى الخلف العام^(٢) هو ان الحقوق التى ينشئها العقد تنتقل الى الوارث بعد موت المورث المتعاقد. ام الإلتزامات فيلاحظ فى شأنها ان الشريعة الإسلامية - وهى الشريعة التى تطبق فى مصر فى اكثر الاحوال فى مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضى بالألا تركة الا بعد سداد الدين، ومقتضى هذا المبدأ ان يبقى الإلتزام فى التركة دون ان ينتقل الى ذمة الوارث، حتى تسدده التركة، وتنتقل هذه خالية من الديون الى الوارث^(٣).

٢ - نصت التشريعات العربية على ان اثر العقد ينصرف الى الخلف العام للمتعاقدين كقاعدة عامة مع مراعاة قواعد الميراث، ذلك ان إلتزامات المتعاقد المتوفى،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء - ص ٢٧٢.

(٢) الخلف العام هو من يخالف الشخص فى ذمة المالية- من حقوق وإلتزامات أو فى جزء منها بإعتبارها مجموعات من المال كالوراث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها ولا يعتبر من الغير فى العقد ، فينصرف اليه أثره ، أى تنتقل الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد اليه.

(٣) الوسيط - جزء ١ - ط ١٩٥٢ - الدكتور السنهاوري - ص ٥٤٠ وما بعدها ، وكتابة: الوجيز - ص ٢٠٦ وما بعدها.

أي ديونه، قد تنتقل إلى ورثته في بعض القوانين كالقانون الفرنسي، أما في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية للمواريث: مصر وسوريا والعراق وتونس، فالمبدأ فيها أنه لا تركه إلا بعد سداد الديون، وبالتالي لا تنتقل التزامات السلف إلى الخلف العام إلا في حدود التركة^(١).

٣ - أن العقد المبرم إبرام صحيحاً يعتبر شريعة المتعاقدين وقانونهما الخاص فيلتزمان باحترام أحكامه، كما يلتزمان باحترام القواعد القانونية، والمتعاقدان هما من باشر العقد بنفسه أو بطريق الانابة عنه، ومع هذا فإن أثر العقد قد ينصرف إلى خلف المتعاقدين.

والخلف نوعان: خلف عام وخلف خاص.

فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو جزء منسوب إليها كالربع أو الثلث أو النصف، فالوارث مع غيره والموصى له بجزء من التركة خلف عام، وعلى هذا لا يعتبر الموصى له بعين معينة خلفاً عاماً للموصى بل هو خلف خاص له.

والخلافة العامة لا تنشأ إلا بعد وفاء السلف لأنها تفترض انحلال الذمة المالية وانتقالها.

ويعتبر الوارث في القوانين الوضعية - إمتداداً لشخصية المورث - وعلى هذا تنتقل إليه حقوق المورث، ويلتزم بما كان عليه من التزام، إلا إذا قضى الاتفاق أو طبيعة الالتزام أو القانون بخلاف ذلك.

أما في الشريعة الإسلامية، فالقاعدة العامة تقضي بأن لا تركه بعد سداد الديون، وهي بهذا تقرر صراحة أن الالتزام لا ينقل مطلقاً إلى الخلف العام^(٢).

ولكن نرى^(٣) أن القول بعدم انتقال الالتزام إلى الخلف العام في الفقه الإسلامي محل نظر، ذلك أن الشريعة الإسلامية تسمح بانتقال الالتزام الحق جميعاً إلى الخلف العام، ولا تقف كما وقت فقهاء الشريعة عند القول بأن هذه الالتزامات تنتقل إلى الخلف العام باعتبارها التزامات طبيعية لا لالتزامات مدنية على أن الخلف العام يعتبر من الغير بالنسبة لبعض تصرفات سلفة كتصرفات المريض مرض الموت، وكالوسيلة بما يزيد عن ثلث التركة.

٤ - إذا انعقد العقد صحيحاً بتوافر جميع أركانه وشروط صحته، فإنه ينتج آثاره، وهذه الآثار هي إنشاء التزامات أو نقلها أو تعديلها أو انقضاؤها.

ويتقيد كل متعاقد بما إتفق عليه من آثار، فلا يستطيع أحدهما أن يعدل عنها إلا بموافقة الطرف الآخر، فكما أن العقد نشأ باتفاق الطرفين، فلا يجوز تعديله إلا باتفاقهما أيضاً، وكذلك لا يستطيع القاضي أن يتدخل في تعديله، لأن العقد قانون المتعاقدين، يلتزم القاضي بتطبيقه كما يطبق القانون، للعقد وهذا ما يعبر عنه بالقوة الملزمة العقد من حيث مضمونه وموضوعه، هذه الآثار ملزمة للعاقدين ومن يمثلها

(١) نظرية الالتزام - للدكتور عبد الناصر العطار - جزء ١ - ص ١٨٧ وما بعدها.

(٢) نظرية العقد - الدكتور عبد الرزاق السنهوري ط١ - ص ٢٣١ وما بعدها.

(٣) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الذنون - ص ٨٢ وما بعدها.

فيه اتحسب، ولا تمتد الى غيرهما، وهذا ما يعبر عنه بالقوة الملزمة بالنسبة لطرفي العقد^(١).

٥ - إذا انعقد العقد صحيحا، فإنه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد أى يصبح منتجا لآثاره القانونية.

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية، هي فكرة نسبية اثر العقد، فللعقد أثر نسبي، سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع، فبالنسبة للأشخاص لا تنصرف آثار العقد الا الى العاقدین فقط، فهي لا تنصرف الى الغير، وبالنسبة للموضوع فإن آثار العقد تقتصر على الإلتزام بما جاء فيه دون غيره من الإلتزامات.

ولا يقصد بقاعدة نسبية اثر العقد، ان قوته الملزمة تنصرف الى المتعاقدين بأشخاصهما فقط، بل يقصد بهما ان آثار العقد تنصرف الى المتعاقدين وإلى خلفهما العام وإلى خلفهما الخاص، فالخلف وكذلك الخلف الخاص لا يعتبران من الغير.

والخلف العام هو من يخلف المتعاقد في ذمته كلها أو في قصة منها كالوارث والموصى له بنصيب في التركة، كتلت التركة أو ربعها أو خمسها.

أما الخلف الخاص فهو من يخلف المتعاقد في عين بذاتها، كالمشتري لعقار معين: أو الدائن المرتهن لعقار معين أو الموصى له بعين بذاتها.

والخلف العام، وكذلك الخلف الخاص لا يعتبر أي منهما من الغير، بل تنصرف اليه آثار العقد على إختلاف في التفاصيل فيما بينهما^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يبين من نص المادة من القانون المدني ومذكرتها الايضاحية انها وضعت قاعدة عامة تقضى بان آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين، بل تجاوزتهم الى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية، واستنتى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية، أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون.

ان المادة ٧١٤ من القانون المدني تنص على ان الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل، وقد ورد هذا النص في حدود الإستثناء الذي قرره المادة ١٤٥ من القانون المدني، فلا ينصرف اثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل الى ورثته بوصفهم خلفا عاما، لأن المشرع افترض ان إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت الى انقضاء عقد الوكالة بوفاه ايهما إعتبارا بان هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد.

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ مدني - ص ١٥٢١)

٢ - لتقرير ما إذا كانت آثار تنصرف الى الاصيل أو لا تنصرف يتعين بحث العلاقة بينه وبين من ادعوى الوكالة عنه وإبرام العقد، ومن ثم فلا تنزيب على محكمة الموضوع في اعتمادها على عقد العمل المبرم بين مورث المطعون ضدها الأولى وبين المطعون ضده الثاني في نفي قيام وكالة بينهما، ولا يجدى الطاعنة (المتعاقد الآخر)

(١) الإلتزام - الدكتور حسين النوري - ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور سمير - طبعة ١٩٧٤ - وما بعدها.

القول بانها لم تكن طرفا في عقد العمل المشار اليه ولم تعلم به، اذ كان عليها ان تتحرى صفة من تعاقد معها، وحدود تلك الصفة، ولها في سبيل ذلك الاطلاع على السند الذى يحدد علاقته بمن ادعى الوكالة عنه؛ فإن قصرت في ذلك فعليها تبعه هذا القصير.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٢ - المرجع السنة ٢٠ - ص ٣٢)

٣ - ان آثار العقد وفقا لنص المادة من القانون المدنى لا تنصرف الى الغير الذى لم يكن طرفا فيه ولم ترابطه صلة بأى من طرفيه، سواء اكانت هذه الآثار حقا ام التزاما، واذا كان يبين من تعويضات الحكم المطعون فيه ان الطاعنة (المشتري) قد إتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على ان كل نزاع ينشأ عن هذه العقد يكون الفصل فيه من إختصاص هيئة تحكيم، واذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد، وانما تتحدد حقوقها وإلتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينهما وبين الشركة البائعة، فإن شرط التحكيم الوارد النزاع بين هذه الاخيرة وبين الطاعنة (المشتري)، وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود.

(جلسة ١٩٧١/١/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني - ص ١٤٦)

٤ - انه لما كان مقتضى قاعدة: " لا تركة الا بعد سداد الديون " ان يكون لدائن المتوفى الرجوع على تركته بالدين كاملا ينفذ به عليها، وان جاز لدائن المتوفى - من ناحية اخرى - ان يرجع على كل وارث فبحصته في دين مورثه بقدر ما افاد من تركته، دون تضامن بين الورثة لعدم قيام سنده، اذ التضامن لا يكون الا باتفاق أو نص في القانون، فإن الحكم اذ قضى في منطوقه على المستأنف عليهم الثلاثة الأول بالتضامن بدين رأى انه مستحق على تركة مورثهم، فإن يكون قد خالف القانون^(١).

٥ - انه لما كان الثابت ان المدعى إشتري من المدعى عليه الأول قطعة الأرض الفضاء المطلوب فسخ عقد الإيجار المحرر عنها، بمقتضى عقد عرفى، فإن الحكم اذ قرر بان المدعى يعد خلفا خاصا للمدعى عليه لها، وان العقد العرفى يخوله حقوقا قبل الغير، حالة ان هذا العقد لا ينشئ سوى إلتزامات شخصية فى ذمة البائع الا إذا سجل عقد شرائه، فإن الحكم اذ قرر ذلك، كان معيبا لاشتماله على قرارات قانونية خاطئة^(٢).

٦ - آثار العقد. خضوعها كأصل عام لأحكام القانون الذى أبرم في ظله. الإستثناء. سريان أحكام القانون الجديد عليها متى كان متعلقا بالنظام العام.

(الطعن ٦٠٧ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/١/١٣)

(الطعن ٧٥٧ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠)

(الطعن ١١٦٥ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٧/٢/١٩ س ٣٨ ص ٢٥٥)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٥/١٢ س ٤٣ ص ١١٥٦)

(الطعن ٤٧ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/١/١١ س ٢٩ ص ١٥٩)

(١) قنا الابتدائية - جلسة ١٩٧٢/١١/٢٩ - القضية رقم ١٧ لسنة ١٩٧١ مدني مستأنف.

(٢) الزقازيق الابتدائية - جلسة ١٩٧٤/١١/٦ - القضية ٢٧٠ لسنة ١٩٦٩ مدني كلي.

٧ - إنصراف آثار العقد إلي الخلف العام وإلزامه بتنفيذ ما يلتزم به مورثه. عدم توقف ذلك علي ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله. مادة ١٤٥ مدني. مؤدي ذلك. طلب الوارث نقض القسمة للغبن. إلزامه كمورثة بتقديمه خلال السنة التالية للقسمة. مادة ٨٤٥ مدني.

المقرر في قضاء هذه المحكمة انه يترتب علي إنصراف آثار العقد إلي الخلف العام طبقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني انه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذا ثبت تاريخ العقد أو تسجيله حتي يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لانه قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما يلتزم به مورثه. لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق ان الطاعن هو أحد ورثة الشريك الذي أبرم عقد القسمة محل النزاع مع المطعون ضدهما ومن ثم فإن أثر هذا العقد ينصرف اليه باعتباره خلفاً عاماً لمورثه - وليس خلفاً خاصاً كما يدعي - ويكون حجة عليه دون توقف علي ثبوت تاريخه أو تسجيله وفي طلبه نقض القسمة للغبن يسري في حقه ما يسري في حق مورثه من وجوب تقديم هذا الطلب في خلال السنة التالية للقسمة طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ من القانون المدني.

(الطعن ٣٤٢ لسنة ٥٧ - جلسة ١٩٩٢/٤/١٥ س ٤٣ ص ٥٩٧)

٨ - أثر العقد. إنصرافه إلي الخلف العام وإلزامه بتنفيذ ما يلتزم به مورثه. عدم توقف ذلك علي ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله. المقرر في قضاء هذه المحكمة - انه يترتب علي إنصراف أثر العقد إلي الخلف العام انه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتي يكون التصرف حجة للخلف أو عليه لانه يعتبر قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما يلتزم به طالما ان العقد نشأ صحيحاً وخلصت له قوته الملزمة ما لم يطعن بطريق الطعن المناسب.

(الطعن ٨٦١ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٢/١٢/١٠ س ٤٣ ص ١٣١٠)

٩ - عدم اقتصار آثار العقد علي المتعاقدين. تجاوزها إلي من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية. إستثناء العلاقات القانونية الشخصية البحتة. مادة ١٤٥ مدني. إذ كان البين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الايضاحية انها وضعت قاعدة تقضي بأن آثار العقد لا تقتصر علي المتعاقدين بل تجاوزهم إلي من يخلفهم خلافاً عامة عن طريق الميراث أو خلافة الوصية ولم يستثنى من هذه العبارة إلا الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص في القانون.

(الطعن ٦٨٨ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٥/١١/٨ س ٤٦ ص ١٠٩١)

مادة (١٤٦)

إذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوق شخصية تتصل بشئ إنتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ اليه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤٦ لىبى و ١٤٧ سورى و ١٤٢ عراقى و ١٣٢ سودانى و ١٤٢ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقا عينيا على شئ معين، كالمشتري والموهوب له والمنفع، فإذا عقد المستخلف عقدا يتعلق بهذا الشئ، إنتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق وإلتزامات الى الخلف الخاسر، بشروط ثلاثة:

الأول- ان يكون تاريخ العقد سابقا على كسب هذا الخلف لملكية الشئ، ويراعى ان العقد يجب ان يكون ثابت التاريخ.

الثانى- ان تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد بما يعتبر من مستلزمات هذا الشئ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلا: أو إذا كانت تلك الإلتزامات تحد من حرية الإنتفاع به، كما هو الشأن فى الإلتزام بعدم البناء.

الثالث- ان يكون الخلف قد علم بما ينتقل اليه من حقوق وإلتزامات أو ان يكون فى مقدوره ان يعلم بذلك.

ويلاحظ ان أحكام هذه المادة ليست الا تأصيلا لتطبيقات القضاة المصرى والفرنسى فى هذا الشأن^(١).

راى الفقه:

١ - ينتقل من السلف الى الخلف: (١) الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشئ، كحق إرتفاق للشئ، فإنه ينتقل مع العين (٢) الحق الذى يكون تأمينا للشئ، فإذا حول الدائن حقه، إنتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من رهن وكفالة (٣) الحق الشخصى الذى يكون الغرض منه درء ضرر عن الشئ، لان هذا الحق يقى الشئ ويحفظه، فيعتبر مكملا له، فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ثم باع المنزل، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل الى المشتري، وينتقل تبعا لذلك إلتزام البائع بدفع اقساط التأمين.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٢٢٥.

تلك هي الحقوق المكملة للشئ:**كما تنتقل الإلتزامات التالية المحددة للشئ من السلف الى الخلف:**

(١) الإرتفاقات العينية التي ترتبت على الشئ، كحق إرتفاق على الشئ، فإنه ينتقل مع العين.

(٢) الإلتزام الذي يقيد من إستعمال ملكية العين ويكيف هذا الإستعمال، فإذا إلتزم السلف - بعقد - الا يستعمل المنزل الذي يملكه في حى السكنى مقهى أو مطعماً، إنتقل هذا الإلتزام الى الخلف، كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء، كان يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود سواء إعتبرت إلتزامات شخصية أو إرتفاعات عينية، تنتقل الى المشتري بموجب هذه القاعدة أو بموجب القاعدة السابقة، وقد إعتبرها النفتين المدنى (م ١٠١٨) إرتفاقات عينية، مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك (٣) إلتزام السلف الذى يغل يده عن إستعمال بعض حقوق المالك، كصاحب المتجر يلتزم ان يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفا للمنافسة.

ولا تنتقل الى الخلف إلتزامات سلفة أو حقوقه، إلا إذا كان عالماً بها وقت إنتقال الشئ اليه، واهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى إنتقال الإلتزامات، لأنها قيود تنتقل الى الخلف، فمن الواجب ان يكون عالماً بها وقت إنتقالها اليه.

ويشترط العلم الإيقينى لا مجرد إستطالة العلم، الا انه يغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن^(١).

٢ - الخلف الخاص فى فقه القانون هو من يخلف الشخص فى ملكية عين معينة بالذات، أو فى حق عينى اخر عليها، كمن يشتري المبيع من المشتري، فيعتبر خلفاً خاصاً للمشتري على هذا المبيع، والموصى له بعين معينة يعتبر خلفاً خاصاً للموصى على هذه العين.

ولا ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص فى التشريعات العربية الا إذا**توافر الاتى:**

- أ - ان يبرم العقد قبل إنتقال الشئ الى الخلف الخاص.
 - ب - ان ينشئ العقد إلتزامات أو حقوقاً شخصية تتصل بالشئ الذى إنتقل الى الخلف الخاص، على ان تكون هذه الإلتزامات أو الحقوق من مستلزمات العقد بان تكون محددة للشئ الذى إنتقل الى الخلف أو مكملة له.
 - ج - ان يكون الخلف الخاص عالماً وقت إنتقال الشئ اليه بالإلتزامات التى انشأها العقد، ويفترض عليه بكل إلتزام ثم شهود فى سجلات الدولة.
- ويبدو ان القاعدة السابقة معمول بها فى الفقه الإسلامى فى حدود قاعدة الفرع يتبع الأصل، فينتقل الشئ بتوابعه وبالتالي ما كان من الحقوق والإلتزامات من توابع

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهوري - ص ٥٤٥ وما بعدها، وكتابه: الوجيز - ص ٢١١.

الشيء الذي ينتقل الى الخلف الخاص ينتقل معه اليه، وما لم يكن من توابعه فلا ينتقل اليه^(١).

٣ - الخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه في شيء معين بالذات، سواء اكان هذا الشيء ماديا أو معنويا، فالمشتري خلف خاص للبائع، والمنفعة خلف خاص لمن انشأ له حق الإنتفاع، والموهوب له خلف بالنسبة للموهب، والموصى له بعين معينة خلف خاص للموصى، والمحال له خلف خاص للمحيل، وهكذا، فإذا عقد المستخلف عقدا يتعلق بهذا الشيء، إنتقل ما يرتب يتعلق هذا العقد من حقوق وإلتزامات الى الخلف الخاص، بشروط ثلاثة.

أ - ان يكون تاريخ سابقا على كسب هذا الخلف لملكية الشيء.

ب - ان تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلا، أو إذا كانت تلك الإلتزامات تحد من حرية الإنتفاع به، كما هو الشأن في الإلتزام بعدم البناء.

ج - ان يكون الخلف قد علم بما ينتقل اليه من حقوق وإلتزامات والمقصود بالعلم هنا هو العلم الفعلي لا امكان العلم، ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يقضى القانون في حالة تزامن مشتري لعقار واحد من مالك واحد بان الافضلية بينهما تكون لصاحب العقد الاسبق في التسجيل، فمتى تبين ان احد المشتري المتزامنين قد رفع دعوى بصحة تعاقد وسجل عريضها قبل تسجيل عقد المشتري الاخر، ثم سجل الحكم الصادر له بصحة التعاقد، فإن هذا الحكم يعتبر اسبق تسجيلا ويفضل عقد المشتري الاخر، ولا محل بعد ذلك لاقحام المادة ١٤٦ من القانون المدني لإجراء حكمها على المشتري لهذا العقار باعتبار انه خلف خاص كان يعلم بحكم صحة التعاقد، فيسرى عليه ذلك الحكم أو للبحث في ان عمله هذا كان مقترنا بعلمه بحصول تنازل عن الحكم المذكور مما يحد من اثره، لان تسجيل حكم صحة التعاقد يغني في تحقيق اثره على الخلف الخاص عن العلم المشتراط في المادة ١٤٦ المشار اليها.

(جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٩ - مدني ص ٢٤٣)

٢ - ان مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني انها اذ تقرر قاعدة عامة بشأن إنصراف اثر العقد الى الخلف الخاص، اشترطت ان يكون إنتقال ملكية الشيء اليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف اثره الى هذا الخلف، وان يكون الخلف، الخاص عالما بالعقد وقت إنتقال الملكية اليه، واذ لم تتطلب هذه المادة ان يكون العقد ثابتا التاريخ، فذلك لانه العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ، ويعد

(١) نظرية الإلتزام - الدكتور عبدالناصر العطار - ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الذنون - ص ٨٦.

طريقه من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية ضده فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه حقا خاصا.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - ص ٢٢١)

٣ - انه لما كان الثابت ان المستأنف اشترى العين المطلوب تسليمها من المستأنف عليها الثاني والثالث بمقتضى عقدين غير مسجلين ووضع اليد عليها، وكان العقد غير المسجل لا ينقل الملكية الى المشتري، وانما يرتب فقط التزامات شخصية، وكان يشترط لإعتباره المشتري خلفا خاصا للبائع، تنصرف اليه اثر العقود والأحكام المتعلقة بالشئ المبيع طبقا لنص المادة ١٤٦ مدني ان يكون الشئ قد إنتقلت ملكيته اليه، فإن الحكم اذ اعتبر المستأنف - وهو مجرد المستأنف عليهما الثاني والثالث بالتزامات شخصية خلفا خاصا لهما تمتد اليه حجية الحكم الصادر ضدهما بالتسليم، وأسس على ذلك قضاءه برفض الإشكال المقام منه، فإنه يكون قد اقام قضاءه على أساس قانون خاطئ^(١).

٤ - علم المستأجر بببيع العقار إلي مشتر سجل عقد شرائه وإنتقل اليه الملكية. أثره. إلتزامه بدفع الأجرة اليه.

(الطعن ١٥٧٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٩ س ٤٣ ص ١١٦٤)

٥ - إنصراف أثر الإيجار إلي الخلف الخاص للمؤجر بحكم القانون عدم إعتبار مشتري العقار خلفا خاصا للمؤجر إلا بإنتقال الملكية اليه فعلا بالتسجيل ، إلتزامه بتسجيل عقد شرائه للإحتجاج به قبل المستأجر من البائع له. المواد ١٤٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ مدني.

(الطعن ١٥٧٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٩ س ٤٣ ص ١١٦٤)

(الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٥/١١/٢٨ لم ينشر بعد)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٨ ١٤ ص ٨٧٧)

(نقض جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ١١٦٥)

٦ - إنصراف أثر الإيجار إلي الخلف الخاص للمؤجر بحكم القانون. عدم إعتبار مشتري العقار خلفا خاصا للمؤجر إلا بإنتقال الملكية اليه فعلا بالتسجيل. إلتزامه بتسجيل عقد شرائه للإحتجاج به قبل المستأجر من البائع له. المواد ١٤٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ مدني.

٧ - مؤدي ما تنص عليه المواد ١٤٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ من القانون المدني ان أثر الإيجار ينصرف إلي الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المتسأجر وفي جميع إلتزاماته نحوه ، غير ان إنصراف عقد الإيجار إلي الخلف الخاص الذي يتلقي ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار ، وان كان يعد تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها من المادة ١٤٦ من القانون إلا انه وفقا للتتظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة في المواد الثلاثة الأخرى

(١) سوهاج الكلية - جامعة ١٩٧٤/٣/٢٦ - القضية رقم ٤٣٤ - سنة ١٩٧٣ مدني مستأنف

سאלفة الذكر وبالشروط المبينة فيها لا يكون المتصرف اليه - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا إنتقلت اليه الملكية فعلاً وعلي ذلك فإنه يتعين علي مشتري العقار حتي يستطيع الإحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع ان يسجل هذا العقد لتنتقل اليه الملكية.

(الطعن ١٥٧٤ لسنة ٥٧ ق (جلسة ١٩٩٢/١١/١٩ س ٤٣ ص ١١٦٤)

٨ - إنصراف أثر الإيجار إلي الخلف الخاص بحكم القانون. مشتري العقار المؤجر لا يكون خلفاً خاصاً للبائع إلا إذا إنتقلت اليه الملكية بالتسجيل. حق المشتري في تسلم المبيع وفي ثماره ونمائه بمجرد البيع حق شخصي في ذمة البائع. علاقة البائع بالمشتري علاقة شخصية مستقلة عن علاقته بالمستأجر.

لما كان مؤدي ما تنص عليه المواد ١٤٦ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - ان أثر الإيجار ينصرف إلي الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه ، غير ان إنصراف عقد الإيجار إلي الخلف الخاص الذي يتلقي ملكية العين المؤجرة هو ما يترتب عليه من آثار ، وان كان تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني إلا انه وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة - في المواد الثلاث الأخرى سألفة الذكر وبالشروط المبينة بها - لا يكون المتصرف اليه خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا إنتقلت اليه الملكية بالتسجيل ، أما قبل ذلك فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع - مؤجر العقار - وحق المشتري في تسلم العقار وفي ثماره ونمائه المقرر له قانوناً من مجرد البيع ذاته انما هو حق شخصي مترتب له في ذمة البائع اليه ، كما ان علاقته بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذي يسجل والمستأجر لهذا العقار.

(الطعن رقم ٤٢٢٩ لسنة ٦٤ ق (جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ س ٤٧ ص ٢٧٣)

٩ - الإيجار السابق علي التصرف الناقل للملكية. إنصراف أثره إلي الخلف الخاص. شرطه. حقوق المؤجر والتزاماته. ثبوتها لهذا الخلف دون حاجة لاشتراط علمه بها وقت إنتقال الشئ اليه. تقاضي المالك السابق لعين النزاع مبلغ خلو رطل ومقدم إيجار من المستأجر. عدم مسؤولية المالكة الحالية عن الوفاء بهذه المبالغ. علة ذلك.

المحكمة

بعد الإطلاع علي الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة.

حيث ان الطعن استوفي أوضاعه الشكلية.

وحيث ان الوقائع تتحصل - علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - في ان المطعون ضدها أقامت علي الطاعن الدعوى رقم ٦٦٥٠ لسنة ١٩٩١ أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية بطلب الحكم بإخلاء الشقة المبينة بالصحيفة ، وقالت بياناً لدعواها انه بموجب عقد إيجار مؤرخ ١٩٨٣/٨/١ إستأجر الطاعن من

المالك السابق (.....) - الذي فرضت عليه الحراسة - شقة النزاع ، وبتاريخ ١٩٨٩/١٢/٢٣ قضت المحكمة العليا للقيم بتسليم العقار رقم (٤) شارع..... قسم الساحل إلي مالكنه - المطعون ضدها - مع أحقيتها في تحصيل الأجره المستحقه علي سكان العقار من تاريخ فرض الحراسة عليه ضمن ممتلكات الخاضع المذكور ، وان الطاعن قد تخلف عن سداد الأجره المستحقه عليه لها عن الشقة محل التداعي عن المدة من ١٩٨٥/٤/١ حتي آخر شهر فبراير سنة ١٩٩١ وجملتها ٢٥٩٥,١٨٠ جنييه كان الطاعن قد سبق له ان سدد مبلغ ٣٠٠ جنييه إلي جهاز المدعي العام الإشتراكي إبان فرض الحراسة علي العقار ومن ثم تكون ذمته مشغولة بمبلغ ٢٢٩٥,١٨٠ جنييه ورغم تكليفه بالوفاء بها فاقامت الدعوي. أدعي الطاعن فرعياً طالباً الحكم ببراءة ذمته من القيمة الإيجارية المطالب بها عن المدة ١٩٨٣/٨/١ حتي ١٩٨٥/٥/٣١ ورفض الدعوى الأصلية. حكمت المحكمة في الدعوى الأصلية بالطلبات وبرفض الدعوي الفرعية. إستأنف الطاعن هذا الحكم بالإستئناف رقم ٧٧٧٦ لسنة ١٠٩ ق القاهرة. وبتاريخ ١٩٩٣/٤/١٠ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن ، وإذ عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها إنترمت النيابة برأيها.

وحيث ان الطعن أقيم علي ثلاثة أسباب ينعي الطاعن بها علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب والفساد في الإستدال وفي بيان ذلك يقول ان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض دعوي الطاعن تأسيساً علي عدم وجود علاقة فيما بين المالك السابق والمطعون ضدها - المالكة الحالي لعين التداعي - في حين ان الإيجار ينصرف أثره إلي الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف د

محل المؤجر في جميع التزاماته وحقوقه تجاه المستأجر بما كان يتعين معه علي المحكمة الإستئنافية المطعون في حكمها ان تخصم من الأجره المدين به للمطعون ضدها المبالغ التي قام بالوفاء بها إلي المالك السابق والمتمثلة في مبلغ ٣٠٠٠ جنييه كخلو رجل قضى بردها بموجب الحكم رقم ١٣٧١ لسنة ١٩٨٥ أمن دولة الساحل ومبلغ ٢٠٨٨ جنييه كمقدم إيجار ومبلغ ٣٠٠ جنييه سددت من الأجره لجهاز المدعي العام الإشتراكي وقد قم تلك المستندات أمام محكمة الموضوع وتمسك بدلائلها وقد أغفل الحكم الرد عليها وهو ما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي مردود ، ذلك ان مفاد المادتين ١٤٦ ، ٦٠٤ من القانون المدني مرتبطتين - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - انه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً علي التصرف الذي نقل الملكية إلي الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الذي نقل الملكية إلي الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان علي علم بوجوده عند إنتقال الملكية اليه فإن أثر الإيجار ينصرف إلي الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه^(١) والالتزامات دون حاجه لالتزاماته نحوه وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لإشتراط

(١) قبل المستأجر وفي كافة لالتزاماته نحوه

علم الخلف بها وقت إنتقال الشئ اليه إعتباراً بان المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً علي حالة إنصراف أثر الإيجار إلي من إنتقلت اليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره ويقصد بنفاذ الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من الإلتزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الإلتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقة شريطة ألا تكون خارجه عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني، ويؤيد هذا النظر ان المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصاً صريحاً بانه إذا كان الإيجار نافذاً في حق من إنتقلت اليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق وإلتزامات ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة إكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلي ذات الحكم الذي تضمنه النص المحذوف. وتقوم التشريعات الجنائية الحديثة علي مبدأ شخصية العقوبة - يعني هذا المبدأ ان العقوبة لا يجوز ان تنزل بغير من يسأل عن الجريمة ولو كان واحداً من أفراد أسرة المسئول أو كان من ورثته. لما كان ذلك ، وكان الواقع المطروح في الدعوة ان مبلغ خلو الرجل ومقدم الإيجار المدفعا من الطاعن للمالك السابق - وهما جريمة جنائية - لم يتفق عليهما في عقد الإيجار كما وانهما ليسا من مستلزمات العين المؤجرة ، وان الثابت ان الحكم الصادر في الجنية رقم ١٣٧١ لسنة ١٩٨٥ أمن دولة الساحل والذي قضي برد مبلغ خلو الرجل للطاعن قد صدر المالك السابق ، وان مبلغ مقدم الإيجار فقد أقر الطاعن بصحيفة الإستئناف بانه قد استحصل من المالك السابق علي شيك بقيمة المبلغ المذكور وهو وشانه بخصوص تحصيل قيمته المبلغ المذكور وهو وشانه بخصوص تحصيل قيمته أو تنفيذ ما قضي به الحكم الجنائي ، بما مفاده ان المطعون ضدها - المالكة الحالية لعين النزاع - لا تعتبر وان إنتقلت اليها ملكية العقار من سلفها مسئولة عن الوفاء بالمبالغ التي تقاضاها المالك السابق بإعتبارها إلتزاماً لا يتصل إتصلاً وثيقاً بالعلاقة الإيجارية ولا يعتبر بحسب طبيعته مترتباً عليها ، إذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وبني قضاءه بعدم حلول المطعون ضدها بوصفها خلف خاص للمالك السابق بخصوص إلتزامها برد المبلغ المشار اليه فإنه يكون قد تضمن قضاء ضمناً علي ما لم يأخذ به من مستندات الطاعن ولم تظمن اليها المحكمة فلا يعيبه انه أغفل الرد عليها استقلالاً ومن ثم فإن الحكم يكون طبق صحيح حكم القانون علي واقعة الدعوى ويضحي النعي عليه بهذه الأسباب يكون علي غير أساس. ولما تقدم يتعين رفض الدعوي.

(الطعن ٥١١٩ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ س ٤٨ ص ٧٦٤)

١٠ - المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مؤدى ما تنص عليه المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف إلي الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التراماته نحوه، غير أن انصراف عقد الإيجار إلي الخلف الخاص الذي

ينتقل ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار، وإن كان يعد تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني إلا أنه وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة في المواد الثلاثة الأخرى سالفه البيان وبالشروط المبينة فيها لا يكون المتصرف إليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلاً وعلى ذلك فإنه يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجب، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائناً عادياً للبائع مؤجر العقار وعلاقة المشتري بالبائع وعلاقة الأخير بالمستأجر منه علاقتان شخصيتان تستقل كل منهما عن الأخرى ولا يترتب عليها قيام أية علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل والمستأجر لهذا العقار، ومن ثم فليس لأحد هذين أن يطالب الآخر بشيء بالطريق المباشر.

(الطعن رقم ٢٥٠ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠١ / ٢٠٠٠)

١١- النص في المادة ١٤ من قانون الإثبات على أنه "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم" فجعل الورقة حجة على موقعها وعلى غيره بإطلاق معنى كلمة الغير لتشمل كل غير الموقعين فيما تضمنته من نسبة التصرف إلى الموقع على الورقة وما جاء فيها من بيانات غير أن المادة ١٥ من قانون الإثبات المقابلة لنص المادة ٣٩٥ من القانون المدني قد استثنت طائفة من الغير حماية للثقة العامة في المعاملات وحرصاً على استقرارها فنصت على أن: "لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...." فالمقصود بالغير في هذا النص هو الخلف الخاص لصاحب التوقيع أي من انتقل إليه مال معين بذاته من الموقع على الورقة الذي تلقى عنه الحق بسند ثابت التاريخ، فالمشرع أراد حماية الخلف الخاص من الغش الذي يحتمل وقوعه من السلف ومن يتعاقدون معه إضراراً به، ومن يأخذ حكم الخلف الخاص كالدائن الحاجز على مال معين، لأن المادة ١٤٦ من القانون المدني نصت على سريان تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال المعين بذاته على الخلف فأراد المشرع تثبيت الثقة العامة في التصرفات ومنع الغش على ما جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني ونصوص المواد ٣٠٥، ٦٠٤، ١١١٧، ١١٢٣ من القانون المدني التي تشترط ثبوت التاريخ لسريان الإيجار أو القبول بحالة الحق أو الرهن في حق الخلف الخاص، وما نصت عليه المادتين ٤٠٨، ٤٠٩ من قانون المرافعات بشأن سريان عقد الإيجار ومخالصات الأجرة وحوالته بالنسبة للدائن الحاجز، فثبوت التاريخ في نص المادة ١٥ من قانون الإثبات هو شرط لسريان التصرف الوارد بالورقة العرفية على الخلف، ولا يغني عن ثبوت التاريخ شيء آخر، وجزاء عدم تحقق الشرط الوارد فيها من أسبقية ثبوت التاريخ ألا يسري هذا التصرف في حقه حتى ولو ثبتت أسبقيته بعد ذلك، شأنها كالمفاضلة في انتقال الملكية وسريان الحقوق العينية العقارية لا تكون إلا بأسبقية التسجيل فقط دون غير ذلك.

(الطعن رقم ١٧٦ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٠٣ / ٠٤ / ٢٠٠٠)

١٢-المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نصوص المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدني يدل على أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذي يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار. وإن كان يعد تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني إلا أنه وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة في المواد الثلاث الأخرى سالفة الذكر وبالشروط المبينة فيها لا يكون المتصرف إليه خلفاً خاصاً في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلاً وعلى ذلك فإنه يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لانتقل إليه الملكية.

(الطعن رقم ٤٨١٠ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٢/٠٧)

١٣ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد المادتين ١٤٦، ٦٠٤ من قانون المدني مرتبطين أنه إذا كان الإيجار ثابت التاريخ وسابقاً على التصرف الذي نقل الملكية إلى الخلف أو لم يكن ثابت التاريخ ولكن الخلف تمسك به أو كان على علم بوجوده عند انتقال الملكية فإن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي كافة التزاماته نحوه وتثبت للخلف هذه الحقوق والالتزامات دون حاجة لاشتراط علم الخلف بها وقت انتقال الشيء إليه اعتباراً بأن المشرع حور القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من التقنين المدني عند تطبيقها تطبيقاً تشريعياً على حالة انصراف أثر الإيجار إلى ما انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة وفقاً للتنظيم القانوني الذي قرره ويقصد بنفاذ الإيجار في حق الخلف الخاص للمؤجر كل ما نشأ عن العلاقة الإيجارية من الالتزامات وحقوق تتصل بالمكان المؤجر بحيث يصبح الخلف طرفاً في العقد سواء كان مصدر هذه الحقوق وتلك الالتزامات عقد الإيجار ذاته أو تعديلات لاحقه شريطه ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها ففي هذه الحالة الأخيرة لا تنتقل هذه الآثار للخلف إلا طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ١٤٦ مدني يؤيد هذا النظر أن المشرع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن نصاً صريحاً بأنه إذا كان الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والالتزامات ولئن حذف هذا النص في لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فإن هذه القواعد تشير إلى ذات الحكم الذي تضمنه النص المحذوف.

(الطعن رقم ٢٩٠ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠١/٠١)

١٤-المقرر أيضاً - في قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى ما تنص عليها المواد ١٤٦، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦ من القانون المدني أن أثر الإيجار ينصرف إلى الخلف الخاص بحكم القانون فيحل هذا الخلف محل المؤجر في جميع حقوقه قبل المستأجر وفي جميع التزاماته نحوه، غير أن انصراف عقد الإيجار إلى الخلف الخاص الذي يتلقى ملكية العين المؤجرة هو وما يترتب عليه من آثار وإن كان يعد تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للتنظيم

القانوني الذي قرره المشرع لهذه القاعدة في المواد الثلاث الأخرى سالفه الذكر وبالشروط المبينة فيها لا يكون المتصرف إليه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - خلفا خاصا في هذا الخصوص إلا إذا انتقلت إليه الملكية فعلا، وعلى ذلك فإنه يتعين على مشتري العقار حتى يستطيع الاحتجاج بعقد شرائه قبل المستأجر من البائع أن يسجل هذا العقد لتنتقل إليه الملكية بموجبه، أما قبل التسجيل فهو ليس إلا دائنا عاديا للبائع مؤجر العقار، وحقه في تسلم العقار المبيع وثماره المترتبة على البيع هو حق شخصي مترتب له في ذمة البائع فقط دون غيره، وأن علاقة المشتري بالبائع له علاقة مستقلة تماما عن علاقة البائع المذكور بالمستأجر ولا يترتب عليها قيام أي علاقة بين مشتري العقار الذي لم يسجل عقد شرائه والمستأجر لهذا العقار، ومن ثم فليس له أن يطالبه بالأجرة إلا من تاريخ التسجيل وعلمه به، أو إذا كان البائع قد حول إليه عقد الإيجار وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها.

(الطعن رقم ٧٠٢٩ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٢ / ٢٠١٠)

١٥ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة النقض من تلقاء نفسها - كما يجوز للخصوم وللنيابة العامة - إثارة الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الموضوع أو في صحيفة الطعن متى توافرت عناصر الفصل فيها من الوقائع والأوراق التي سبق عرضها على محكمة الموضوع ووردت هذه الأسباب على الجزء المطعون فيه من الحكم وليس على جزء آخر منه أو حكم سابق عليه لا يشملها الطعن.

(الطعن رقم ٧٠٢٩ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٢ / ٢٠١٠)

* * *

مادة (١٤٧)

(١) العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

(٢) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تعبأ للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٧٤ لىبى و ١٤١ سورى و ١٤٦ عراقى و ١٣٧ سودانى و ١٤٦ كويتى.

الأعمال التحضيرية:

العقد شريعة المتعاقدين، ولكنه شريعة إتفاقية، فهو يلزم عاقيه بما يرد الإتفاق عليه متى وقع صحيحا، والأصل انه لا يجوز لاحد طرفى التعاقد ان يستقل بنقضه أو تعديله، بل ولا يجوز ذلك للقاضى، لانه لا يتولى انشاء العقود عن عاقيدها، وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء العاقدين، فلا يجوز اذن نقض العقد أو تعديله الا بتراضى عاقيه، ويكون هذا التراضى بمثابة تعاقد جديد، أو لسبب من الأسباب المقررة فى القانون، كما هو الشأن أسباب الرجوع فى الهبة.

وقد استحدث المشرع فى الفقرة الثانية حكما بالغ الاهمية، إذا استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود، وقد بادر القضاء الادارى فى فرنسا الى قبول هذا المبدأ، ومضى فى هذا السبيل قدما مخالفا فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى.

وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة، فهي تستهدف للعقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى، بيد ان المشرع قد جهد فى ان يكفل لها نصيبا من الإستقرار، فأضفى عليها صبغة مادية، يتجلى اثرها فى تحديد الطارئ غير المتوقع، وفى اعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه، لم يترك امر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا أو شخصيا، بلا اتخذ من عبارة: (ان اقتضت العدالة ذلك) بديلا. وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة الى توجيه موضوعى النزعة، وفضلا عن ذلك، فإذا تثبت القاضى من قيام الطارئ غير المتوقع وعمد الى اعمال الجزاء بانقاص الإلتزام الذى اصبح يجاوز السعة، فهو ينقض منه الى (الحد المنقول، وهذا قيد اخر مادى الصبغة).

ولما كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة، اسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون ان تكون صورة منها، فمن الاهمية بمكان ان تستبين وجوه التفرقة بين النظريتين، فالطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم، ولكنه يفترق عنها فى اثره فى تنفيذ الإلتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة، دون ان يبلغ به حد

الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تقضى الى انقضاء الإلتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعات كاملة، اما الطارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه الا انقضاء الإلتزام الى الحد المعقول، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته.

بقيت بعد ذلك ملاحظات ثلاث:

(أ) فيلاحظ اولاً ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاعمال الا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال، فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم اثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام، فقد يكون سبباً في بطلانه أو فى انقاصه على الأقل.

(ب) ويلاحظ من ناحية اخرى ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقسيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الإلتزام التعاقدى تنفيذا عينياً، وتنفيذه من طريق التعويض... ويجوز بفضل هذه النظرية ان يقتصر التنفيذ العيني الى حد بعيد على ما كان فى الوسع ان يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد.

(ج) ويراعى اخيراً ان تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته، فهو يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك الى تعديله^(١).

راى الفقه:

١ - يترتب على ان العقد شريعة المتعاقدين انه لا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون، فلا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة القاضى بدعوى ان النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، ولا يجوز نقضه ولا تعديله من جهة اى من المتعاقدين، فإن العقد وليس ارادتين وما تعقده ارادتان لا تحله إرادة واحدة.

ويجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين، اما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل، أو باتفاقهما عند التعاقد على اعطاء هذا الحق لاحدهما، كما يجوز نقض العقد أو تعديله لسبب يقره القانون، فهناك عقود بنص القانون على انه يجوز لا حد المتعاقدين ان يستقل بالغائها كالوكالة والوديعة، أو ينص القانون على جواز تعديلها كالشرط الجزائى ومنح المدين نظرة الميسرة واجر الوكيل ورد إلتزام المرهق الى الحد المعقول فى نظرية الحوادث الطارئة.

ويشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة - فى النقيض المدنى الجديد - توافر شروط

ثلاثة:

(١) ان يجد، بعد صدور العقد وقبل تنفيذه حوادث استثنائية عامة. مثل: زلزال - حرب - اضراب - تسعيرة ارتفاع باهظ أو نزول فاحش فى الاسعار.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٢) ان تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الامكان توقعها، ولا فى الوسع دفعها، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة.

(٣) ان تجعل هذه الحوادث تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا - وارهاق المدين معيار مرن يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين لا يكون مرهقا لمدين اخر، وما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين فى ظروف اخرى. والمهم ان تنفيذ الإلتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى.

فاذا توافرت تلك الشروط جاز للقاضى تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، وللقاضى حرية واسعة فى رد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، فقد يرى انقاص هذا الإلتزام، وقد يرى زيادة الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق، وقد يرى لا انقاص الإلتزام المرهق ولا زيادة الإلتزام المقابل، ولكن وفق تنفيذ حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الحادث مؤقتا يقدر له الزوال فى وقت قصير.

واذا جاز للقاضى انقاص الإلتزام المرهق، أو زيادة الإلتزام المقابل، أو وقف تنفيذ العقد، فإنه لا يجوز له فسخ العقد، فالإلتزام المرهق يبقى ولا ينقضى بالحوادث الطارئ، كما كان ينقضى بالقوة القاهرة، ولكن يرد الى الحد المعقول، فتنوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد.

وهذا الجزاء الذى قرره القانون للحادث الطارئ يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين ان يتفقا مقدما على ما يخالفه^(١).

٢ - تتلخص فكرة نظرية الحوادث الطارئة فى ان هناك عقودا يترأخى فيها التنفيذ الى اجل أو الى اجال، ويحصل عند حلول اجل التنفيذ ان تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث لم يكن متوقعا، فيصبح تنفيذ الإلتزام شاقا على المدين ومرهقا له الى الحد الذى يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذى يجيز للقاضى ان يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عاتق الطرفين وبذلك يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول.

والنظرية على هذا النحو تعالج اختلال التوازن عند تنفيذ العقد، فهى تؤدى وظيفة تقابل الوظيفة التى تقوم بها نظريتا الاستغلال، والاذعان عند تكوين العقد، غير ان هاتين الاخيرتين تواجهان استغلالا من طرف قوى لطرف ضعيف، ولهذا كان الجزاء فيما ان يرفع عن الطرف الضعيف كل مالحقه من غبن، اما نظرية الحوادث الطارئة فتعالج عاقبة حادث لا يد فيه لاي من المتعاقدين فيه ولهذا كان اثرها توزيع تبعة هذا الحادث على عاتق الطرفين.

كما انها تحقق توازنا الى حد ما بين التنفيذ العينى للعقد وتنفيذه بطريق التعويض، فى هذا النوع الاخير من التنفيذ لا يلزم المدين الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه وقت التعاقد، وهذا النظرية لقرب المدين فى التنفيذ العينى من القدر الذى كان

(١) الوسيط - ١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٦٢٩ وما بعدها وكتابة : الوجيز - ص ٢٤٦ وما بعدها.

يمكن توقعه وقت التعاقد، وهذه النظرية تقرب المدين في التنفيذ العيني من القدر الذي كان يمكن توقعه وقت العقد.

وقد اختلف الرأي في أساس هذه النظرية، فقيل انه المبدأ الذي يقضى بان العقود يجب ان تنفذ بحسن نية، وقيل انه المبدأ الذي يقتضى بان المدين في الإلتزام التعاقدى لا يدفع تعويضاً الا عن الضرر المتوقع، وقيل انه مبدأ الاثراء بلا سبب، وقيل انه نظرية السبب، وقيل انه نظرية التعسف في إستعمال الحق. ويبدو لنا ان الأساس هو العدالة.

وهناك زيادة عن النص العام (م ١٤٧/٢) الذي يقرر النظرية، نصوص أخرى تطبقها في حالات خاصة، ومن امثلة ذلك في التقنين المصرى ما نراه في عقد الإيجار (م ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١٠ و ٦١٦/مدنى مصرى)، وعقد المقاوله ١٤/٦٥٨ مدنى مصرى)، وحق الارتفاق (م ١٠٢٣ و ١٠٢٩ مدنى مصرى)، وكثيراً ما تختلف أحكام هذه المواد عما تقضى به النظرية العامة^(١).

٣ - هناك عقود يستمر تنفيذها زمناً، أو يضاف تنفيذها الى زمان مستقبل، وخلال هذا الزمان قد تطرأ حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، كنشوب حرب أو فرض تسعير جبرى غير متوقع لسلعة متعاقد عليها، فإذا ترتب على هذه الحوادث الاستثنائية العامة ان اصبح تنفيذ احد الإلتزامات الناشئة عن العقد مرهقاً للمدين به بحيث يهدده بخسارة فادحة، ففي هذه الحالة نجد بعد القوانين تجيز القاضى ان يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، وتعرف هذه الأحكام بنظرية الظروف (الحوادث) الطارئة.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، الشروط التالية:

(١) ان يتراضى تنفيذ العقد عن وقت إبرامه أو يتطلب تنفيذه وقتاً، فتطراً الحوادث خلال ذلك.

(٢) ان تكون الظروف الاستثنائية العامة غير متوقعة.

(٣) ان تطرأ بعد إبرام العقد ظروف استثنائية عامة (كحرب أو تسعيرة...)

(٤) ان يكون الظرف غير ممكن تقاديه ببذل جهد معقول.

(٥) ان تجعل هذه الظروف تنفيذ الإلتزام مرهقاً، اى لا يستطيع المدين تنفيذه ولكن بخسارة فادحة... اما إذا ادت هذه الظروف الى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، فانها تكون قوة قاهرة، وينقضى بها إلتزام المدين لاستحالة التنفيذ.

وإذا توافرت هذه الشروط، وطلب المدين تطبيق النظرية، كان على القاضى ان يرد إلتزامه الى الحد المعقول، وله فى سبيل ذلك:

أ - ان يقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى تنتهى الظروف الطارئة، وذلك إذا تبين ان الحادث الطارئ مؤقت أو ان آثاره مؤقتة.

ب - ان ينقضى الإلتزام المرهق الى الحد الذى يجعله غير مرهق للمدين، فلا يلزم المدين بتنفيذه كله، وانما يعقبه من تنفيذ بعضه.

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - (آثار العقد والصلالة) - الدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٢٤.

ج - ان يزيد الإلتزام المقابل للإلتزام المرهق وفقا لما يراه محققا للعدالة. وإذا زال الظرف الطارئ وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل وتنفيذ العقد كما كان. وتنص القوانين العربية على ان يقع باطلا كل إتفاق بين المتعاقدين يخالف الأحكام السابقة، فهذه الأحكام باقية (امرة) لا يجوز الإتفاق على مخالفتها^(١).

٤ - على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفذ الإلتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده خسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ان تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك.

وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، فهي تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى بيد ان المشرع قد جهد فى ان يكفل لها نصيبا من الإستقرار فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى اثرها فى تحديد الطارئ غير المتوقع، وفى اعمال الجزاء الذى يترتب على قيامها فلم يترك امر هذا الطارئ للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا أو شخصيا بل اتخذ من عبارة (إذا اقتضت العدالة ذلك) اشارة الى توجيه موضوعى النزعة، فضلا عن ذلك إذا تثبت القاضى من قيام الطارئ غير المتوقع وعمد الى اعمال الجزاء بانقاض الإلتزام الذى اصبح يجاوز السعة فلا ينقص منه (الى الحد المعقول) وهذا قيد اخر ماضى الصبغة.

ويلاحظ بعد هذا:

- ١ - ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليس على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال، فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقا له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم اثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام، فقد يكون سببا فى بطلانه أو فى انتقاصه على الاقل.
- ٢ - ان نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الإلتزام التعاقدى تنفيذا عينيا، وتنفيذ من طريق التعويض.
- ٣ - ان تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته، فهي لا يقتصر على تفسير التعاقد، بل يجاوز ذلك الى تعديله.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية:

- ١ - ان يكون العقد من العقود التى يتراخى تنفيذها، اما إذا كان العقد فورى التنفيذ فإنه لا يمكن الطعن فيه بدعوى اختلال التوازن الاقتصادى بين التزامات الطرفين، والنص عام فلا يشترط ان يكون العقد من عقود المدة أو المستمرة.
- ٢ - ان يكون الحادث الطارئ غير متوقع الحصول، وهذا الشرط هو العلة التى يدور معها الأخذ بنظرية الظروف الطارئة رجودا وعدما - وعما إذا كان المعيار شخصى بالبحث عن نية الطرفين المتعاقدين وفطنتهما وحذرهما عند إبرام العقد، ام ان المرجع هو المعيار المادى؟

(١) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - ص ٢١٩ وما بعدها

٣ - ان يكون من شأن الحادث الطارئ ان يعدم توازن العقد ويخل بالتوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين اخلايا واضحا يجعل تنفيذ العقد مرهقا بأحدهما ارهاقا شديدا^(١).

٥ - اخذ المشرع في القانون المدني الجديد بنظرية الظروف الطارئة، مستحدثا بذلك إستثناء على المبدأ العام الذي يقضى بان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله الا بإتفاقهما.

لقد جاء نص المادة ١٤٧ مدني عاما، فلم يقصر تطبيق هذه النظرية على عقود دون اخرى، يكفي ان يطرأ ظرف لم يكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد يجعل الإلتزام مرهقا للمدين ارهاقا حسمبا، وهذا يتطلب بطبيعة الامور ان يكون هناك فاصل زمني بين إبرام العقد وبين تنفيذه، وتطرأ الظروف في هذه الفترة، ولا يهم بعد ذلك ان يكون العقد من العقود المستمرة.

كعقد الإيجار وعقد التوريد، أو من العقود الفورية المؤجلة التنفيذ كالبيع بالنقسيط. ويلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني من النظام العام، فكل إتفاق على حرمان القاضي من تعديل العقد في هذه الحالة يعتبر باطلا، غير انه ليس هناك ما يمنع المدين من قبول نتائج الظرف الطارئ بعد حدوثه وتنفيذ الإلتزام بالحد المرهق، وهذا شأن كل حماية تشرع لمصلحة المدين، اذ لا تجوز التنازل عنها مقدما، انما لا مانع من الاستغناء عنها بعد تمام الظروف التي تستوجب تطبيقها^(٢).

٦- ويتناول شبح القانونيين المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري - في احد مقالاته^(٣) - بيان العقود التي تخضع لنظرية الظروف الطارئة، بالقول ان عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي والمتفق فيها على تأجيل الثمن كله أو بعضه، تخضع لحكم الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدني، ذلك بان نص التشريع في هذا الشأن قد ورد عمدا بصفة عامة حتى يتسع مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة لجميع العقود التي تفصل ما بين إبرامها وتنفيذها فترة زمنية، يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع، يؤدي الى جعل التنفيذ فيها مرهقا للمدين، وقد اثير المشرع المصري التعميم حق تبسيط النظرية على كافة العقود حتى ما كان منها متراخا في تنفيذه، إذا طرأ الظرف الاستثنائي عقب إبرامها مباشرة وقبل التنفيذ.

فنحن (السنهوري) نرى ان نظرية الظروف الطارئة تنطبق حق لو لم يكن العقد متراخيا في تنفيذه، إذا كان الظرف الطارئ قد وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، لان هذه النظرية انما تقوم في مرحلة تنفيذ العقد، فلا يحول دون انطباقها، الا ان يكون العقد قد نفذ قبل وقوع الظرف الطارئ، أو ان يكون الدائن قد اعذر المدين بالتنفيذ. غير انه بغض النظر عن هذه الجزئية الخاصة بالعقود غير المتراخية، فإن من المسلم به ان النظرية تنطبق حتما على العقود المتراخية، سواء في ذلك العقود الزمنية، أو العقود غير الزمنية المؤجلة تنفيذها.

(١) القانون المدني -العراقي - الدكتور - حسن الذنون - ص ٨٧ وما بعدها.

(٢) الإلتزام - للدكتور حسين النوري - ص ٢١٣ وما بعدها.

(٣) تطبيق نظرية الظروف الطارئة علي عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي - مقال - الدكتور عبد الرزاق السنهوري - المحاماه - السنة ٤١ - العدد ١ - ص ١٠٢ وما بعدها.

والواقع انه لا يوجد ما يدعو الى التفرقة في مجال تطبيق هذه النظرية بين العقود الزمنية والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ، فإن حكمة التشريع متحققة فيها معاً، وهى اصلاح ما اختل من التوازن العقدى نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة التى ترجع الى حادث لابد منه لاحد المتعاقدين مما يقتضى توزيع تبعته بينهما، وهذا الأمر كما يمكن ان يوجد فى الإلتزام الزمنى يمكن ان يوجد كذلك فى الإلتزام المؤجل التنفيذ. وغنى عن البيان انه لا يصح ان يقال فى هذا الصدد ان تأجيل التنفيذ فى العقود الفورية، يعتبر تفضلاً من الدائن لا ينبغى ان يصار به، لان الاجل شرط من شروط التعاقد على الصفة اصلاً أو لما تمكن البائع من اتمام العقد بالثمن المتفق عليه فيه.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - يجب ان ينظر عند تقدير الارهاق الذى ترتب على الحادث الطارئ الى الصفة التى ابرم فى شأنها العقد مثار النزاع، ومن ثم لتقرير ما إذا كان قد ترتب على صدور قانون الاصلاح الزراعى ارهاق المدين بالمعنى الذى يتطلبه القانون فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى، يتعين على المحكمة ان تبحث اثر هذا القانون على ذات الصفة محل التعاقد، ونتبين ما إذا كان قد طرأ انخفاض فى ثمن الاطيان المببوعة نتيجة صدور ذلك القانون أو لم يطرأ، ومدى ما سببه ذلك الانخفاض - فى حالة حصوله - من ارهاق المدين - اذ يشترط فى الارهاق الذى يبرر تطبيق حكم الظروف الطارئة ان يصل الى حد تهديد المدين بخسارة فادحة، مما ينتج عنه ان الخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى للاستفادة من هذا الحكم.

(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - مدنى - ص ٨٩٧)

ونقض - جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ - المرجع السابق - ص ٤٠٩

ونقض - جلسة ١٩٦٢/٣/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٣٤٧

٢ - تدخل القاضى لرد الإلتزام الى الحد المعقول طبقاً للمادة ١٤٧ من التقنين المدنى رخصة من القانون، يجب لإستعمالها تحقق شروط معينة، اهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة وتقدير مدى الارهاق الذى اصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناطق هذا الارهاق الإعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين.

(جلسة ١٩٦٨/٣/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ - مدنى)

٣ - لا يجوز للمتعاقد الاستناد الى العرف للتحلل من إلتزامات يفرضها عليه التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الاخر فى العقد، اذ لا يوجد ما يمنع من ان يتفق العقادان على ما يخالف العرف التجارية ويكون إتفاقهما ملزماً لهما.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢ - مدنى - ص ٩٢١)

٤ - تشترط المادة ١٤٧/٢ من القانون المدنى لاجابة المدين إذا طلب رد إلتزاماته بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة الى الحد الذى يجعل تنفيذ هذا الإلتزام غير مرهق، ان تكون هذه الحوادث غير متوقعة الحصول وقت التعاقد والمعيار فى توافر هذا الشرط - طبقاً لما جرت به عبارة المادة السالفة الذكر - هو الا يكون فى

مقدر الشخص العادى ان يتوقع حصولها ولو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عما إذا كان المدين قد توقع حصولها فعلا اما لم يتوقعه.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/١١/١١ - المرجع السابق - ص ١١٩٣)

٥ - مفاد نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - انه يشترط فى الحادث الطارئ من حيث طبيعته ان يكون حادثا استثنائيا عاما، غير ممكن توقعه، ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع، ويكون الحادث الاستثنائى عاما إذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس، وإذا لم يتناول قانون الإصلاح الزراعى رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بنصوصه التى صدر بها فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ امر تخفيض المساحة التى تزرع محاصيل معينة، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين الأسباب التى استند إليها فى إعتبار تخصيص المساحة التى تزرع قسبا حادثا استثنائيا عاما يجيز للقضاء التدخل تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين لرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب.

ان مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى وما ورد من الاعمال التحضيرية بشأنه انه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارئ، فإن للقاضى سلطة تعديل العقد برد الإلتزام الذى صار مرهقا الى الحد المعقول، وهو حين يختار - فى حدود سلطته التقديرية - الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه، لا يرفع كل خسارة عن عائق المدين، ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى ستصيب المدين، ويصل بها الى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقيم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، وذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما.

(جلسة ١٩٧٠/٥/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢١ - مدنى - ص ٧٨٧)

٦ - ان مفاد نص المادتين ٢/١٤٧ و ٤/٦٥٨ من القانون المدنى انه إذا حدث بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة يترتب عليها ارتفاع اسعار المواد الأولية أو اجور العمال أو زيادة تكاليف العمل، وكان ذلك بسبب حادث استثنائى غير متوقع عند التعاقد وترتب عليه ان اصبح تنفيذ العقد مرهقا، فإنه يكون للقاضى وبصفة خاصة فى عقد المقاولة، فسخ هذا العقد أو زيادة اجر المقاول المتفق عليه، بما يؤدى الى رد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول.

ان شرط الارهاق الذى يهدد بخسارة فادحة - وعلى ما جرى به قضاء النقض - امر تخالطه عناصر واقعية ويقتضى تحقيق إعتبارات موضوعية متعلقة بالصفة ذاتها، واذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه امام محكمة الموضوع بهذا الدفاع آثاره بسبب الطعن، فإنه لا يجوز له أثارته لأول مرة امام محكمة النقض.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤ - المرجع السابق - س ١١٤٨)

٧ - ان تدخل القاضى لرد الإلتزام الى الحد المعقول - طبقا للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى - رخصة من القانون، يجب إستعمالها، تحقق شروط معينة اهمها شرط الارهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الارهاق الذى اصاب المدين من جراء

الحادث الطارئ، هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ومناطق هذا الارهاق الإعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها، لا للظروف المتعلقة بشخص المدين.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ مدني - ص ١٢٣٤)

٨ - ان قانون الأصلح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فهو بحكم كونه قانونا يعتبر وعلى ما جرى به قضاء النقض - حادثا عاما واستثنائيا لم يكن في الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه، ولا يغير من ذلك كونه تشريعيًا، ذلك ان نص المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني^(١) قد لا يغير من تطبيق هذه المادة ان البيع - موضوع الداعي - وقد اشترط فيه تقسيط الثمن بان لا تنطبق عليه أحكامها، اذ ان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على عقود البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا أو مقسطا، ذلك ان تطبيق حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني عليها لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها، وهو رد الإلتزام الى الحد المعقول التي على الوجه الذي يتطلبه القانون، لان القاضي لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط أو الاقساط التي تثبت له ان اداء المشتري لها قد اصبح سبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، اما باقى الاقساط المستقبلة، فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء إذا تبين ان هناك احتمالا بزوال اثر ذلك الحادث عند استحقاقها، ويكون شأنها الاقساط في ذلك شأن الاداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٧٩٩)

٩ - ان المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني تعطي القاضي رخصة يجريها عند توافر شروط معينة، وتقتصر سلطته بشأنها على رد الإلتزام التعاقدى الذي لم يتم تنفيذه الى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقا للمدين دون ان يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من إلتزامه القائم أو بإلزام الدائن برد ما استوفاه منه. ولا يترتب على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة واثرها على العقد كما حددتها المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني ان يرفع القاضي عن المدين كل ما لحق به من ارهاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده، بل عليه ان يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين، مراعيًا في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما، ومن ثم فلا يجوز اعفاء المدين من إلتزامه اعفاء تاما.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠ - المرجع السابق - ص ١٣٢٠)

١٠ - قوام نظرية الظروف الطارئة في معني المادة ١٤٧ من القانون المدني - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة هو ان يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع

(١) قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيد بان يكون عملا أو واقعة مادية كما انه.

الحصول وقت انعقاد العقد. والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه الا يكون في مقدور الشخص ان يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد. دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه.

(الطعن رقم ١٢٩٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩)

١١ - قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. مؤداها. عدم استقلال أي من طرفي العقد بنقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون. مادة ١٤٧ مدني. انطباقها علي كافة عقود الإيجار الخاضع منها للقانون المدني أو الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية. علة ذلك.

النص في المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المدني علي ان " (١) العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون " مما يدل علي ان العقد هو قانون العاقدين وهو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة الذي ما زال يسود الفكر القانوني ولازم تلك القاعدة ان ما إتفق عليه المتعاقدان متي وقع صحيحا لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزماً للطرفين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من الطرفين إذ ان العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل إلا انه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقرها القانون وكذلك لا يجوز للقاضي ان ينقضي عقداً صحيحاً أو تعديله بدعوي ان النقص أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها فالقاضي لا يتولي انشاء العقود عن عاقديهما وانما يقتصر عمله علي تفسير إرادتهما بالرجوع إلي نية هؤلاء المتعاقدين ومن ثم جري قضاء محكمة النقض علي ان العقد قانون المتعاقدين فالخطأ في تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض ، فبالنسبة إلي إتفاق المتعاقدين علي نقض العقد أو تعديله فمسألة لا تحتاج إلي شرح أو تفسير إتفاق المتعاقدين ومن أمثلة ما نصت عليه القوانين من جواز العقد ما نصت عليه المادة ٢٢٤ من القانون المدني علي تعديل الشرط الجزائي وما نصت عليه المادة ٥٠٠ مدني من جواز الرجوع في الهبة ومن جواز رد الإلتزام المرهق إلي الحد المعقول في

نظرية الحوادث الطارئة وما نصت عليه المادة ٣٩ مكرر / أ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون رقم ٤٠٦ لسنة ١٩٥٣ والتي نصت علي إمتداد عقود إيجار الأقطان الزراعية لمدة سنة أخرى بالنسبة لنصف المساحة المؤجرة فأجازت للمالك المؤجر الحق في تجنب المستأجر في نصف المساحة المؤجرة إذا طلب ذلك ، وخلاصة القول إلا ان العقد لا يجوز نقضه أو تعديله غلا بإتفاق طرفية أو لسبب يقره القانون - وتتوه المحكمة بادئ الأمر بان هذه القاعدة واجبة التطبيق علي كافة عقود الإيجار الخاضع منها للقواعد العامة في القانون المدني أو الخاضعة لقوانين إيجار الأماكن الاستثنائية فلا يجوز للمؤجر طلب فسخ العقد بالنسبة لجزء من الأرض الفضاء المؤجرة أو لجزء من الوحدة السكنية إلا إذا وافقة المستأجر علي ذلك أو كان هناك سبب يقره القانون والقول بغير ذلك يؤدي إلي تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ويؤدي إلي إستقرار المعاملات والانشطة التي

تمارس في العين المؤجرة ومن ثم جاء نص المادة ١٤٧ / ١ من التقنين المدني الحالي وهي مطابقة لأحكام القانوني المدني القديم.

(الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ ق (جلسة ١٩٩٥/٤/٦ س ٤٦ ص ٦٠٤)

١٢ - جواز تضمين المحور الأكثر من عقد. مؤداه. للمؤجر حق فسخ إحداها دون الأخرى متى توافرت شروطه. عدم انطباق نص المادة ١٤٧ / ٢ مدني. علة ذلك. إذا كان الأصل ان يتضمن المحرر عقد واحد إلا انه لا مانع قانوناً من أن يتضمن المحرر لأكثر من عقد وفي هذه الحالة الأخيرة لا مانع من أن يطلب المؤجر فسخ أحد تلك العقود دون الأخرى متى توافرت لدعواه الشروط التي يتطلبها القانون ولا مجال في تلك الحال لتطبيق حكم المادة ١٤٧ / ١ من التقنين المدني الحالي التي تحظر الفسخ الجزئي للعقد إلا باتفاق طرفيه أو لسبب يقره القانون.

(الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ ق (جلسة ١٩٩٥/٤/٦ س ٤٦ ص ٦٠٤)

١٣ - شمول الإتفاق في عقد الإيجار وملحقه تأجير محلين وأرض فضاء وسطح جراجات وتحديد أجرة واحدة لها. إنصرافه إلى عقد واحد. عدم وجود إتفاق علي انتهائه بالنسبة للأرض الفضاء وحدها أو تقديم المؤجرة السبب القانوني لذلك. أثره. عدم جواز طلبها إنهاء عقد الإيجار في شق منه بإرادتها المنفردة. مادة ١٤٧ مدني. إذ كان الثابت من عقد الإيجار المؤرخ ١٩٥٢/٥/٣٠ وتعديله المؤرخ ١٩٤٦/١٠/٢٣ وملحقه المؤرخ ١٩٤٧/١/١٨ ان يتضمن تأجير المحلين رقمي ١ ، ٢ من العقار رقم ١١٢ مكرر مصر الجديدة بقصد إستعمالها مقهي وشملت العلاقة الإيجارية قطعة أرض فضاء كائنة خلف العقار المذكور تبلغ مساحتها ١٤٢٤,٤٠ متراً مربعاً مخصصة لإقامة حديقة وداري سينما وقطعة أرض أخرى فضاء مساحتها ٣٩٧ متراً مربعاً كما أضيف إلي الأماكن المؤجرة سطح الجراجات المملوكة للشركة المؤجرة لاستخدامها في انشاء ماكينات داري العرض وقد حرص المتعاقدان علي النص. صراحة بان الأجرة الشهرية لتلك العناصر ٣٥ جنية دون ان ينص في العقد علي أفراد مبلغ معين بذاته لكل مكان وتحديد أجرة واحدة لهذه الأماكن مجمعة يدل علي ان الإتفاق ينصرف إلي عقد واحد ولا يتضمن عدة عقود - ولم يفتن الحكم إلي تلك الحقيقة التي تكشف عن إرادة المتعاقدين إذ يتعذر تحديد أجرة الأرض الفضاء محل النزاع وإذ لم يثبت من الأوراق إتفاق طرفي العلاقة الإيجارية علي إنهاء عقد الإيجار بالنسبة للشق الخاص بالأرض الفضاء وحدها ولم تقدم الشركة المطعون ضدها الأولي السبب القانوني الذي يجيز لها هذا الطلب ومن ثم فلا يجوز لها ان تنفرد كمؤجرة دون الطرف الآخر المستأجر بطلب إنهاء عقد الإيجار في شق منه عملاً بالمادة ١٤٧ / ١ من التقنين المدني - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى في قضائه إلي ان العين المؤجرة موضوع الدعوى هي أرض فضاء تخضع بالنسبة لانتهاء العقد لأحكام القانون المدني ولم يفتن الحكم إلي تلك العين جزء من العين المؤجرة ولا تتعلق بعلاقة إيجارية مستقلة عن باقي الأماكن المؤجرة ورتب علي ذلك إنهاء العلاقة الإيجارية في الشق الخاص بالأرض الفضاء من عقد الإيجار وقضي بالإخلاء والتسليم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦٤ - جلسة ١٩٩٥/٤/٦ س ٤٦ ص ٦٠٤)

١٤ - الأصل الا ينفرد أحد العاقدین بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر. الإتفاق علي تعديل العقد. جواز ان يكون صريحاً أو ضمناً. القضاء بانتفاء التعديل الضمني. شرطه. ان تبين محكمة الموضوع بأسباب سائغة الوقائع والظروف الكاشفة عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وان تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها علي ضوء الظروف والإتفاقات التي أحاطت بتحريرها. (مثال بشأن عقد مقولة).

من المقرر - علي ما جري به قضاء هذه المحكمة - انه وان كان الأصل في العقود ان تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدین بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر ، إلا انه ليس ثمة ما يمنع من الإتفاق بينهما علي تعديل العقد ، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح ان

يكون ضمناً ، وان علي محكمة الموضوع ان هي قالت بان التعديل الضمني لم يتم ان تورد من الوقائع والظروف ما إعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وان تقيم قضاها علي أسباب سائغة ، وان عليها ان تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها مما تضمنته عباراتها علي ضوء الظروف التي أحاطت بتحريرها وما يكون قد تقدمها من إتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته إذ ذلك هو من تحصيل فهم الواقع. لما كان ذلك وكان البين بالأوراق ان الطاعن تمسك أمام محكمة واستدل علي ذلك بما تضمنته المستندات المنوه عنها بوجه النعي وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الدفاع علي ما أورده في مدوناته " ان الخطاب الذي يشير اليه المستأنف - الطاعن - لم يرد به ذكر علي الإطلاق لموضوع تعديل الأسعار أو الإشارة إلي ذلك المعني ، وانما انصب علي طلب سرعة الانتهاء من انشاء الدور السادس والسابع وتحديد للمبالغ التي تسلمها المستأنف وما تبقي بحسب الحساب...." ، وكان هذا الذي أورده الحكم يدل علي ان المحكمة استلزمت لتعديل الأسعار المتفق عليها في عقد المقولة ان يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين رغم انه يصح إذا كان ضمناً ، وانها لم تستظهر مدلول إيصال السداد المؤرخين ١٩٨١/١/٨ ، ١٩٨٣/٣/١٤ ، مما تضمنته عبارات الإيصال الأول من ان الطاعن تسلم مبلغ أربعة وتسعين ألف جنيه والباقي له مائة وثلاثين ألف جنيه فتكون جملة أجر المقولة مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ، بينما تضمن الخطاب الثاني - بعد استئناف العمل الذي كان قد توقف كطلب المطعون ضده الأول - ان الطاعن تسلم مبلغ خمسة آلاف جنيه ليكون جملة ما قبضه مبلغ مائتين واثنين وثلاثين ألف جنيه ويكون الباقي خمسة وعشرين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقولة وفقاً للأسعار الواردة بالعقد بما ينبئ عن تعديل تلك الأسعار بعد توقف العمل بالمبني ، كما لم تستظهر المحكمة ما تضمنه الخطاب الأول الصادر من المطعون ضده الأول - والذي يقر الطاعن ان تاريخه ١٩٨١/١/٢٢ - من طلبه وقف العمل حتي الدور الخامس فقط وان أجر المقولة علي ذلك مبلغ مائة وسبعة وثمانين ألف جنيه تسلم منها الطاعن مبلغ مائة واثنين وستين ألف جنيه يضاف اليها قيمة القرض الذي يسعى لانهاء إجراءاته ومقداره خمسة وعشرين ألف جنيه ، وما تضمنه الخطاب الثاني - الذي قرر الطاعن ان تاريخه ١٩٨٤/٣/٢٠ - من إعادة سرد بيانات الحساب السابق وطلب المطعون ضده الأول الانتهاء من إقامة الدورين السادس

والسابع وانه سيحاول سداد دفعة أخرى ليصبح المدفوع مائتي ألف جنيه ويكون الباقي المستحق للطاعن مبلغ خمسين ألف جنيه وهو ما يزيد عن أجر المقولة المتفق عليها وفقاً للعقد والمحدد في إيصالات السداد المقدمة من المطعون ضدهم ، كما لم يعرض الحكم لدفاع الطاعن بان المطعون ضده الأول سلمه شيكاً بمبلغ ثلاثة وثمانين ألف جنيه قبل تنازله عن دعوى الحساب التي أقامها علي المطعون ضدهم وبعد تصفية الحساب بين الطرفين ، ولم تستجب المحكمة لطلب الطاعن إعادة المهمة إلي الخبير لتحقيق هذا الدفاع رغم انه دفاع جوهري يترتب عليه - إذا ما حقق - تغيير وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبب وإخلال بحق الدفاع.

(الطعن ٨١٠١ لسنة ٦٤ - جلسة ١٩٩٦/٢/١٣ س ٤٧ ص ٣٤١)

١٥ - وحيث ان هذا النعي في محله ، ذلك ان النص في المادة ١٤٧ من القانون المدني علي ان العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون يدل - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - علي ان العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون ويمتنع علي أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله ، كما يمتنع ذلك علي القاضي وعليه ان يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادفاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

(الطعن ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨ لم ينشر بعد)

١٦- النص في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني علي أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون وفي المادة ٥٣١ علي أنه " ١ - يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء الحكم بفصل أي من الشركاء يكون وجوده في الشركة قد أثار اعتراضاً على مد أجلها أو تكون تصرفاته مما يمكن اعتباره سبباً مسوغاً لحل الشركة، على أن تظل الشركة قائمة فيما بين الباقيين ٢ - ويجوز لأي شريك ، إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة..." مفاده أن المشرع ارتأى استثناء عقد الشركة من تطبيق أحكام القاعدة العامة في العقود ألا وهي أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين بأن أجاز للقضاء فك عروة الربطة التعاقدية للشركة بفصل أحد الشركاء متى طلبوا ذلك ودون رضاه أو إخراجه منها بناء على طلبه بغير حاجة إلى موافقة باقي الشركاء بما ينبنى عن رغبته في إيلاء أهمية خاصة لاستمرار الشركات في ممارسة نشاطها متى رغب البعض من الشركاء ولو عارضهم الآخرون.

(الطعن رقم ٦٤١ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٥ / ٢٠٠٥)

١٧- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادتين ١٤٧ و ١٥٠ / ١ من القانون المدني - الواجب التطبيق على واقعة الدعوى - يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون ويمتنع علي أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله كما يمتنع ذلك على القاضي وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادفاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين

فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ولا يلتزم القاضي بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم المعنى الواضح لعبارات العقد ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وأن على القاضي أن يلتزم بأخذ عبارة المتعاقدين كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعتبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك وأن الخروج عن القاعدة المنصوص عليها في المادة ١/١٥٠ مدني المشار إليها ينطوي على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف وفسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة وتخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٧١٨٢ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/١١/٢٠)

١٨-المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادة ١/١٤٧ من القانون المدني على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون" مما يدل على أن العقد هو قانون العاقدين وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة الذي ما زال يسود الفكر القانوني. ولازم تلك القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب أصبح ملزماً للطرفين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من الطرفين إذ العقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة وهذا هو الأصل إلا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقرها القانون.

وكذلك لا يجوز للقاضي أن ينقض عقداً صحيحاً أو تعديله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تتسخها فالقاضي لا يتولى إنشاء العقود عن عاقيدها وإنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء ومن ثم جرى قضاء محكمة النقض على أن العقد قانون المتعاقدين. فالخطأ في تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعديل العقود بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات.

(الطعن رقم ٥٢٧٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٤/٢٤)

١٩-الأصل في العقود هو تغليب مبدأ سلطان الإرادة لذلك يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من القانون المدني، وينبئ على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب فإنه صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لم يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناء من مبدأ سلطان الإرادة.

(الطعن رقم ٣٢٢ - لسنة ٦٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٦/٠٩)

مادة (١٤٨)

(١) يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

(٢) ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤٨ لیبی و ١٤٩ سورى و ١٥٠ عراقى و ١٤٩ كويتى و ٢٧٠ و ٣٧١ لبنانى و ١٣٩ سودانى و ٢٤٣ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

نتناول الفقرة الثانية من المادة تعيين المقصود بمضمون العقد، فهو لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والافراد، بل يلزمه كذلك بما يقتضيه طبيعته وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة.

فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل، وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: احدهما ذاتى قوامه نية العاقد، وقد اختاره التقنين الفرنسى، والاخر مادى يعتد بعرف التعامل وقد اختاره التقنين الفرنسى، والاخر مادى يمتد بعرف التعامل، وقد اخذ به التقنين الالمانى.

ويستخلص مما تقدم ان العقد وان كان شريعة المتعاقدين، فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى دون المعانى، كما كان الشأن فى بعض العقود عقد الرومان، فحسن النية يظل العقود جميعاً، سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها، ام فيما يتعلق بتنفيذها^(١).

راى الفقه:

١ - القاعدة العامة هى ان العقد فى جميع ما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ذاك ان حسن النية هو الذى يسود فى جميع العقود، بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية، ويجرى القانون حسن النية فى تنفيذ العقد، فيمنح المدين نظرة الميسرة، إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية، ويجازى سوء النية فى تنفيذ العقد، فيلزم المدين فى المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر غير المتوقع إذا كان قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. ويمكن القول بوجه عام ان إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى فى بعض الاحوال عن حسن النية فى المطالبة بحق يكون مسئولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف فى استعمال الحق^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٢ - ص ٢٨٧.

(٢) الوسيط - ١ - الدكتور السنهاورى - ط ١٩٥٢ - ص ٦٢٤ وما بعدها وكتابة : الوجيز - ص ٢٣٩ وما بعدها.

٢ - يلاحظ ان التعبير عن العقد بانه شريعة المتعاقدين، ليس تعبيراً مجازياً، بل هو تعبير حقيقي، قصد به فعلاً ان العقد هو الشريعة التي تحكم العلاقة بين المتعاقدين، والقانون الفرنسي يعبر عن نفس الفكرة بقوله ان الإتفاقات التي إنعقدت صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدها (م ١١٣٤ مدني فرنسي) ولكن تبقى ملاحظة ان قانون العقد انما يستمد قوته من قانون الدولة، وكل منهما يستند اخيراً الى فكرة العدل، والعقد لا يكون قوته من قانون الدولة، وكل منهما يستند اخيراً الى فكرة العدل. والعقد لا يكون شريعة المتعاقدين الا إذا توافرت له شروط انعقاده وشروط صحته، وهو إذا كان كذلك لا يجوز نقضه أو تعديله لا بواسطة القانون، ولا بواسطة القاضي، ولا بواسطة احد المتعاقدين منفرداً^(١).

٣ - يستمد العقد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرف فيه بمقتضى السلطات المخولة لها، يستمد هذه القوة منها وحدها دون ما حاجة الى الاستناد الى سلطة القانون، فالإرادة هي الأساس المباشر لهذه القوة، والعقد بذاته منشئ للإلتزامات والحقوق، شأنه في ذلك شأن القانون كما تقول المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي، يقوم الإتفاق بالنسبة لطرفيه مقام القانون^(٢).

٤ - على انه وقد طرح على القاضي النزاع في العقد من اجل تنفيذ ما يتضمنه، فإن له لتفسير نصوص العقد، ان يتيين طبيعته ومستلزماته، وله في سبيل ذلك ان يقوم بتصحيح ما وضعه أو استخدام المتعاقدين من عبارات للتعبير عن ارادتهما، وعلى الاخص في تعيين العقد وتعريف ما هيته، كما لو تضمن ظاهر نصوص العقد معنى الحوالة، فله ان يقرر انه في حقيقته عقد بيع. وللقاضي إذا لم تدمه الوقائع في تحديد مدى إلزام كل من المتعاقدين ان يستعين للوصول الى ذلك بأحكام القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام، هذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني فيما تقرره. كما ان للقاضي إذا تبين له حصول الوفاء جزئياً يأمر باستكمالها، وذلك لما يتحمل من معنى قبول الدائن هذا الوفاء المتجزئ، أو ان يكون ذلك في مصلحته^(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص الإتفاقات وتعرف ما قصد منها دون التقيد بألفاظهما بحسب ما يراه ادنى الى نية اصحاب الشأن، مستهدياً بوقائع الدعوى وظروفها، ولا رقابة عليه في ذلك، ما دام قد بين الإعتبارات المقبولة التي دعتة الى عدم الأخذ بمظاهر هذه الإتفاقات، ولقاضي الموضوع إذا قام التناقض بين عبارات الاتفاق واستعصى عليه التوفيق بينهما لأعمالها جميعها ان يختار منها العبارات التي يظهر ان المتعاقدين كانا يريدانها، ذلك انه اذ يعالج تفسير الاتفاق انما يقيم الإعتبار لما تقيده عباراته في جملتها، لا كما تقيده عبارة معينة منه مستقلة عن باقي عباراته.

(جلسة ١٩٦٨/١١/١٢ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - مدني ص ١٢٣١)

(١) نظرية الإلتزام - الدكتور سمير تناغو - طبعة ١٩٧٤ - ص ١٩.

(٢) أساس الإلتزام العقدي - رسالة - الدكتور - عبد الرحمن عياد - ص ٢٠.

(٣) القوة الحزمية للعقد - المستشار حسين عامر - طبعة ١٩٤٦ - ص ٢٠.

٢ - ان تفسير العقود واستظهار نية طرفيها امر تستقل به محكمة الموضوع مادام قضاؤها في ذلك يقوم الاتفاق على أسباب سائغة وطالما لم تخرج في تفسيرها للعقد واستظهار نية المتعاقدين عن المعنى الظاهر لعباراته.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - المرجع السابق - ص ١٥٠٤)

٣ - لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها، بما تراه أو في بمقصود العاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك، متى كان تفسيرها تحتّمه عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيما على المعنى الظاهر لها.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - المرجع السابق - ص ١٥٠٤)

٤ - إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه انه اذ فسر عبارة العقد قد إلترّم في تفسيره المعنى الظاهر لمدلولها، فإنه لا معقب عليه في هذا التفسير.

(نقض - جلسة ١٩٧١/١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ١١٨)

٥ - لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أو في بمقصود العاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها تحتّمه عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٤٠١)

٦ - الأصل في وثيقة التامين انه وان كان مفعولها يسرى من وقت إبرامها، الا انه يجوز ان يتفق المؤمن له على وقت اخر لبدء سريانها وانتاج آثارها، ويجرى في هذه الحالة بالنسبة لتفسير نصوصها ما يجري على تفسير سائر العقود بما لا يخرج به عن عبارتها الظاهرة.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٤/١٦ - المرجع السابق - ص ٨٩٥)

٧ - لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هي أو في بمقصود المتعاقدين، وفي إستخلاص ما يمكن إستخلاصه منها، ولا سلطان لمحكمة النقض عليها ما دامت تلك الصيغ والشروط تحتّم المعنى الذي حصلته.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٧٦)

٨ - تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدين، من سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتّمه عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، ولا تنفيذ المحكمة بما تفيده عبارة معينة منها، وانما بما تفيده في جمليتها.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ١٠١)

٩ - تفسير العقود واستظهار نية طرفيها، هو امر تستقل به محكمة الموضوع مادام قضاؤها في ذلك يقوم على أسباب سائغة، وطالما انها لم تخرج في تفسيرها للعقد واستظهار نية الطرفين عن المعنى الظاهر لعباراته.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ - المرجع السابق - ص ٧٨١)

١٠ - تفسير الإتفاقات والمحركات لتعرف حقيقة القصد منها، امر تستقل به محكمة الموضوع، مادام قضاؤها في ذلك يقوم على أسباب سائغة ولا سلطان لمحكمة النقض عليها، متى كانت عبارات الإتفاق تحمل المعنى الذي حصلته.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ - المرجع السابق - لسنة ٢٤ - ص ١١٦١)

١١ - تفسير الإتفاقات والمحركات لتعرف حقيقة القصد منها من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه، مادامت لم تخرج عما تحتمله عبارات الإتفاق.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١٢/١٢ - المرجع السابق - ص ١٢٦٨)

١٢ - ان الإتفاقات الواقعة عن طيب نفس تقوم مقام القانون بين من صدرت منهم، وان العقود التي تتضمنها يجب تأويلها بحسن نية، اي إعتبار قصد المتعاقدين، فإذا كانت نفس عبارات العقد تفيد ان الكراء وقع للرعى والنزل فقط، ان البذر لم يكن الا مجرد اجازة خولت للمكتري، فإنه ينتج عن ذلك لزوما ان الخسائر التي يمكن ان تتجز للمكتري من جراء تمتعه بالاجازة المخولة له تحمل عليه عند الإقتضاء، دون امكان الرجوع بها على المسوغين^(١).

١٣ - الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وفي الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته وهو ما هو لازم انه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في استعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وإنها بحثت ظروف الدعوى وملايساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٣٨٨ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٠/٠٥/٠٨)

١٤ - إذ كان حق الدائن في الالتزام العقدي المعلق على شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه، كانت المادة ١/١٤٨ من القانون المدني تلزم طرفي العقد بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإنه لا يجوز للمدين تحت هذا الشرط أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط. وكل تصرف من جانبه يحول دون تحقق الشرط يشكل خطأ يستوجب التعويض ولو لم يصل إلى حد الغش لما ينطوي عليه من إخلال بواجب مراعاة حسن النية في تنفيذ

(١) محكمة التعقيب بتونس - جلسة ١٩٤٦/٥/٧ مجلة القضاء والتشريع التونسية العدد ٩ و ١٠ - ص ١٥٣.

العقد. وخير تعويض للدائن في هذه الحالة هو التعويض العيني أي اعتبار الشرط متحققا حكما ولو لم يتحقق بالفعل، فيصبح الالتزام الشرطي نافذا بعد أن تغير وصفه من التعليق إلى التجيز.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٠٢/١٢)

١٥- المادة ١٤٧، المادة ١٤٨ من القانون المدني.
المادة الأولى والملحق رقم ٢ لقرار مجلس الوزراء رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ بشأن تمليك المساكن الاقتصادية والمتوسطة التي أقامت أو تقيمها المحافظات.
حدد رئيس مجلس الوزراء بقراره المشار إليه قواعد تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة التي أقامت أو تقيمها المحافظات وقرر في هذه القواعد بين المساكن التي شغلت قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - في ٩/٩/١٩٧٧ وبين المساكن التي شغلت أو تشغل بعد هذا التاريخ، كما فرق بالنسبة لهذه الأخيرة بين المساكن الاقتصادية والمساكن المتوسطة فقضى بأن تملك الأولى على أساس تكلفة المباني دون الأرض وأن يقسط الثمن على ٣٠ سنة بدون فوائد وأن تملك الثانية بذات الأساس ولكن مع دفع ١٠% من الثمن مقدما وتقسيط الباقي على ٣٠ سنة بفائدة ٥% سنويا - لا يجوز إلزام ملاك المساكن الاقتصادية بأية فوائد تحت زعم أنها تدخل في نطاق التكلفة الفعلية للوحدة - أساس ذلك: لو أراد المشرع تحميلهم بفائدة لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة لملاك الوحدات المتوسطة الذين ألزمهم بدفع ٥% سنويا.

(الطعن رقم ٦٤٧٤ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠١/١٩)

١٦ - المادتان (١/١٤٧ ، ١/١٤٨) من القانون المدني.
اعتبر المشرع العقد قانون المتعاقدين وشريعتها الحاكمة لما ما يثور بشأن تنفيذه من منازعات ، ولذلك لم يجز المشرع نقض العقد أو تعديله الا باتفاق طرفيه ، او لاسباب التي يقررها القانون ، كما أوجب القانون تنفيذ العقد طبقا لما اشتملت عليه بنوده وبطريقة يتفق مع ما يوجبه حسن النية - يترتب على ذلك : أنه في حالة قعود أي من طرفي العقد عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه يكون للطرف الاخر اجباره على ذلك بالوسائل التي جعلها القانون في يد الدائن لحمل مدينه على الوفاء وفقا للقواعد التي ينظمها القانون للتنفيذ الجبري للالتزامات بصفة عامة سواء كانت ناشئة عن الادارة أو عن أي مصدر آخر من مصادر الالتزام ، فضلا عن الزامه بتعويض أية أضرار تربت للدائن عن تأخيره في تنفيذ التزاماته طواعية - المسؤولية العقدية عن التعويض - شأنها شأن المسؤولية التقصيرية - من أركانها فيلزم لقيامها توافر الخطأ من المسؤول والضرر لدى طالب التعويض ، وأن يكون الضرر ناتجا عن الخطأ (علاقة سببية) - تطبيق.

(الطعن رقم ٣٧٩٧ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٣/١٦)

١٧- النص في المواد ٤، ٥، ١/١٤٨، ٢/٨١٨ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية - يدل على أن المشرع قد إستلهم ضوابط إستعمال الحقوق من مبادئ الشريعة التي تقوم على أنه لا ضرر ولا ضرار وأن درأ المفسد مقدم على جلب المنافع وأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف فجعل لنص المادة الخامسة الصادرة

ليهيمن على ما عداه من نصوص القانون بفروعه المختلفة إذ لا يكفي أن يلتزم صاحب الحق أيا كان نوع هذا الحق أو مصدره بالحدود الموضوعية له بل عليه فضلا عن ذلك أن يستعمل حقه في تحقيق مصلحة مشروعة فكل الحقوق مهما تنوعت أو اتسعت مقيدة بشرط يرد عليها كافة هو ألا يتعسف صاحب الحق في استعماله فيستهدف به غاية لا يقره عليها القانون أو يلحق بغيره ضررا لا يتناسب البتة مع ما يدعيه من مصلحة لهذا أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليتمكن بها من دفع الضرر قبل وقوعه بمنع صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه على نحو يلحق بالمدين ضررا لا مبرر له مراعيًا في ذلك خصوصيات كل حالة ومنازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لكل دعوى الأقرب إلى تحقيق العدالة من ذلك النص في المادة ٢٠٣ من القانون المدني على حق القاضي في أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العيني متى كان في ذلك إرهاب للمدين.

(الطعن رقم ٢٨٠٢ - لسنة ٧١ ق - تاريخ الجلسة ١٠/٠٣/٢٠٠٢)

١٨-الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي إستهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في إستعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وفي الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام في جملته". وهو ما هو لازم أنه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في إستعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وأنها بحثت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٧١ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٧/٠٢/٢٠٠٥)

* * *

مادة (١٤٩)

إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤٩ لیبی و ١٥٠ سوری و ٢/١٦٧ عراقی و ١٦١ كويتی و ١٧٢ لبنانی و ١٣٨ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

الأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة، ففي مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما افترغت فيه، بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائزة، فالإتجاه إلى التفسير يتعين بشأنها، ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق، فمن واجب القاضي أن يثبت في هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط، فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها، كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع، تحتم عليه امضاء حكمها رعاية لإستقرار المعاملات، أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم ينتبه إلى الشروط الجائزة فعليه أن يستبعدوها وينزل أحكام القواعد العامة. في هذا النطاق يطبق هذا الإستثناء، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائز بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله، متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه، فالإذعان لا يختلط بالإكراه، بل أن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الإستقرار، ثم أن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة^(١).

رأي الفقه:

هذا النص في عمومته وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو الذي يملك حق تقدير، ما إذا كان الشرط تعسفياً ولا تعقيب على تقديره من محكمة النقض ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي اخذ به، فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد اذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المذعن منه، ولا يجوز للمتعاقدین الإتفاق على ما يخالف ذلك، ويبطل الإتفاق لمخالفته للنظام العام^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢ - ص ٢٩١ و ٢٩٢.

(٢) الوسيط - ١ - للدكتور السنجوري - ط ١٩٥٢ - ص ٣٣٣ وما بعدها، وكتابة الوجيز: - ص ٢٧ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - النص في عقد التأمين على انه لا يشمل بصفة خاصة ما يقع من الحوادث والاضرار نتيجة لتحميل السيارة بأكثر من حمولتها المقررة رسمياً أو نتيجة لعدم العناية بها، لا يعد من الشروط القائمة على التعسف أو المنافسة لجوهر العقد، ولا مخالفة في ذلك للنظام العام، اذ يجوز الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الحالات التي يكون من شأنها جعل الحظر اشد احتمالاً.

(جلسة ١٩٦٠/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ مدني ص ٢٣٠)

٢ - متى ثبت ان الروابط بين الطرفين يحكمها قرار اداري، فإنه لا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى انها جائزة، وان قبول الطاعنة لها تم بطريق الازعان اذ ان الاستثناء الوارد بالمدة ١٤٩ من القانون المدني في شان عقود الازعان خاص بالعقود المدنية، ولا يسرى على القرارات الادارية.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢)

٣ - خصائص عقود الازعان - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة تعلقها بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات ويكون فيها احتكار الموجب احتكاراً قانونياً أو فعلياً وتكون سيطرته عليها من شأنها ان تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وان يكون صدور الاجاب من إلي الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة والسلع الضرورية هي التي لا غني عنها للناس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلي التعاقد بشانها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت جائزة وشديدة.

(الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٢٢)

٤ - تقدير ما إذا كان الشرط المبيع بعقد الازعان شرطاً تعسيفاً يملك القاضي تعديله بما يزيل أثر التعسف أو يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه في حدود ما تقتضيه قواعد العدالة عملاً بنص المادة ١٤٩ من القانون المدني من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

(الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٤/٢٢)

* * *

مادة (١٥٠)

(١) إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

(٢) فإذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٥٢ لىبى و ١٥١ سورى و ١٥٥ و ١٦٥ عراقى و ١٩٣ كويتى و ٢٢١ و ٣٦٦ و ٣٣٨ لبنانى و ١٤٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

لا ريب ان إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار، بيد ان هذه الإرادة وهى ذاتية بطبيعتها، ولا يمكن إستخلاصها الا بوسيلة مادية أو موضوعية، هى عبارة العقد ذاتها، فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم ان تعد تعبيراً صادقا عن إرادة العاقدین المشتركة، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما اراده العاقدان حقيقة، من طريق التفسير أو التأويل تلك قاعدة يقتضى إستقرار التعامل حرصا بالغا فى مراعاتها.

وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتل فى جزئياتها أو فى جملتها اكثر من معنى تعين الإلتجاء الى التفسير، والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدین، لا الإرادة الفردية لكل منهما، وهذه الإرادة وان كانت ذاتية الا انه يجب إستخلاصها دائما بوسائل مادية، فليس ينبغى الوقوف فى هذا الشأن عند المعنى الحرفى للالفاظ، بل يجب ان يعتد بطبيعة التعامل وبالغرض الذى يظهر ان المتعاقدين قد قصدها، وبما يقتضى عرف التعامل من تبادل الثقة والشرف، ويراعى ان ذلك الفرض يتوخى فى إستخلاصه إلتزام الظاهر وفقا لعبارة النص، كما ان هذا الشرف وتلك الثقة ينسبان الى العرف الجارى، وكل اولئك من قبيل الامارات المادية التى تقدر تقديرا موضوعيا.

ويلاحظ ان القاضى ينبغى ان يلجأ الى الوسائل المادية دون غيرها لإستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية، سواء اكان محل لتفسير العقد ام لا، فليس للقاضى المدنى ما يتمتع به القاضى الجنائى من حرية فى تكوين عقيدته، وغنى عن البيان ان مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٢ - ص ٢٩٦ و ٢٩٧.

راى الفقه:

١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة، فإن محكمة العقد لا تجيز لقاضى الموضوع ان ينحرف عن معناها الظاهر الى منى اخر، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفا لها ومسحا وتشويها مما يوجب نقض الحكم.

(جلسة ١٩٦١/١/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٢مدنى - ص ٦٠)

ونقض - جلسة ١٩٩١/٥/٤ - المرجع السابق - ص ٤٤٤

ونقض ١٩٦٢/٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٣ - ص ٢٤٦

ونقض جلسة - ١٩٦٢/٢/٢٥ - المرجع السابق ص ٢٥٩)

ولكن قاضى الموضوع قد يرى نفسه مع ذلك فى حاجة الى تفسير العبارة الواضحة،

وذلك بشرطين:

الشرط الأول- ان يفرض بادئ الأمر ان المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى تصد اليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه الى غيره من المعانى، الا إذا قام امامه من ظروف الدعوى ما يدل على ان المتعاقدين اساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى، بل هو واضح فى معنى اخر، ففي هذه الحالة يفسر القاضى اللفظ الواضح، وينحرف عن معناه الظاهر الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان.

والشرط الثانى- ان يبين القاضى فى حكمة ظروف الدعوى والأسباب التى حملته على الانحراف عن المعنى الواضح، فإن قصر حكمه فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانونا ان ينبغى عليها.

ويخلص مما تقدم ان محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم، فإذا إلتزمت محكمة الموضوع المعنى الظاهر للفظ الواضح، اما إذا عدلت عن هذه المعنى الظاهر، فإنه يجب عليها ان تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول، ومحكمة النقض تراقب هذه الأسباب، فإن اقتنعت بان العدول قد قام على إعتبارات تسوغه، سلم الحكم من النقض، إلا نقص لقصور التسبيب.

ومن جهة اخرى، فالفروض غير الواضحة تحمل اكثر من معنى، فهى فى حاجة الى التفسير، واول ما يستبعد من هذه المعانى المحتملة هو المعنى الحرفى للالفاظ، فهذا المعنى لا يجوز الوقوف عنده لانه ليس هو حتما المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان معا، اى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، لان هذه الإرادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان، فهى التى يؤخذ بها، دون اعتداء بما لاى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه فيه المتعاقد الآخر.

ويستهدى القاضى للكشف عن هذه الإرادة المشتركة للمتعاقدين بعوامل جاء ذكر بعضها فى نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدنى، فهو يستهدى بطبيعة التعامل وبما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للصرف الجارى فى المعاملات، والعوامل التى يستهدى بها القاضى يمكن تقسيمها الى عوامل داخلية تكون فى العقد ذاته، وعوامل خارجية ليست فى العقد.

فمن العوامل الداخلية طبيعة التعامل، أي طبيعة العقد وموضوعه، فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد. من العوامل الخارجية في تفسير العقد، العرف الجاري في التعامل، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة، وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف، ومن العوامل الخارجية أيضا الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدان العقد، فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن، فمرت ارادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها، فإذا اعتاد المستأجر مدة من الزمن ان يدفع الاجرة في محل المؤجر، حمل ذلك على ان المتعاقدين ارادا مخالفة القاعدة العامة من ان الاجرة تدفع في محل المستأجر، وإتفقا على دفعها في محل المؤجر^(١).

٢ - قد يبدو لأول وهلة ان التفسير مرحلة لا تأتي الا بعد الانتهاء من البحث في انعقاد العقد وفي صحته، وهذه هي الفكرة التي يليقها في روع الباحث ما درج عليه الفقهاء، بل والشارع نفسه من انهم لا يعالجون موضوع التفسير الا بمناسبة البحث أو آثار العقد.

والواقع ان التفسير لا يقتصر دوره على تحديد مضمون العقد، بل يلجأ اليه كذلك عند البحث في تكوين العقد وفي صحته، فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين حتى يتبين ما إذا كان العقد قد تم تكوينه باتفاق الارادتين، ويستعين به كذلك لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضحت له من خلال التفسير صحيحة أو معيبة، ويستعين به اخيرا لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه، ومن هذا يتضح ان عمل القاضي في هذه المراحل للثلاث يقوم على التفسير^(٢).

٣ - وقد وضع الفقه الإسلامي عدة قواعد للتفسير، منها قاعدة اذ خفي الاستدلال على الباطن فالعبرة بالظاهر، لان الظاهر دليل الباطن ويقوم مقامه، وقاعدة اعمال الكلام خير من اهماله، فطالما كان هناك معنى للفظ يمكن الأخذ به فالعمل به اولى من تركه، وقاعدة المطلق يجرى على اطلاقه ما لم يقم دليل على تقيده، فمن وكل شخصا ببيع سيارة، ولم يحدد له ثمنا، كان له ان يبيعه بثمن مناسب ما لم يقم دليل على تقييد البيع بثمن معين، وقاعدة الأصل إعتبار الغالب، وتقديمه على النادر، وقاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا فإذا كان هناك عرف وجب تفسيره عبارات العقد في حدوده، لان هذا العرف كالشرط المذكور في العقد، ومن ملك شيئا، ملك ما هو من ضروراته، فمن إشتري سيارة ملك ما هو ضروري لتسييرها، وقاعدة ذكر بعض ما لايتجزأ كذكر كالمه... وقد قنن القانون العراقي هذه القواعد في المواد ١٥٥ - ١٦٥ مدني^(٣).

٤ - خصص المشرع العراقي بضع مواد لتفسير العقد، استمدتها من الفقه الإسلامي بصفة عامة، ومن القواعد الكلية للمجلة بصفة خاصة.

(١) الوسيط-١ - الدكتور السنهوري - ط ١٩٥٢ - ص ٥٩١ ، وما بعدها وكتابة : الوجيز - ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٢) نظرية العقد في قوانين العربية - جزء ٢ - الدكتور عبد المنعم فرج الصده طبعة ١٩٦٠ - ص ٢ وما بعدها.

(٣) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - ص ٢٠٧ وما بعدها.

وإذا طرح نزاع بشأن عقد من العقود، تعيين على القاضي ان يبحث اولا على انعقاد العقد أو عدم انعقاده، فإذا تبين له ان العقد ابرم صحيحا تعيين عليه ان ينتقل من بحثه الى نقطة اخرى، وهى هل سبق تنفيذ الالتزام التعاقدى من قبل، وهل كان التنفيذ كاملا ام جزئيا، وهل كان التنفيذ فى صورتيه متفق مع شروط العقد وحسن النية، فإذا انصب النزاع على بعض محتويات العقد وشروطه، كان على القاضي ان يستجلى هذا الغموض بالرجوع الى قواعد التفسير التى قررها المشرع، فالعبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى، على ان الأصل فى الكلام الحقيقة اما إذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز، ومعنى هذا انه يتحتم على القاضي ان يبحث عن نية المتعاقدين وان لا يقف عند حرفية النصوص التى اشتمل عليه العقد، غير ان الالفاظ لا ينبغي ان تهمل لانها قوالب يعبر بها عن المعانى، فإذا كانت الالفاظ المستعملة فى العقد تكفى لتحديد طبيعة العقد والالتزام وتعين مدهما، تعيين على القاضي الأخذ بها وعدم مجاوزتها، ولكن القاعدة المتقدمة لا تجعل القاضي مقيدا على الدوام بإحترام هذه الالفاظ الواضحة الصريحة، فإذا اعطى المتعاقدان العقد وصفا معينا بعبارات والفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالنقيد بهذا الوصف ويستطيع القاضي بان يعطى الوصف الحقيقى للعقد، غير ما كيفه به المتعاقدان^(١).

٥ - قد يكون هناك تعارض بين المعنى الظاهر للتعبير وبين الإدارة الحقيقة لصاحب هذا التعبير، مرده ان صاحب التعبير لم يتخين الكلمات التى تطابق مقصوده أو ان اللفظ المستعمل يحتمل اكثر من معنى، أو الى غير ذلك من الأسباب التى تجعل المخاطب يفهم التعبير فى ضوء كلماته وفى ضوء الظروف الملازمة، على معنى اخر غير المعنى الذى قصده صاحب التعبير.

ومذهب الإرادة يحتم اعمال الإرادة الباطنة دون التعبير الذى خالفها. وواضح ان هذه النتيجة تصطدم مع العدالة، لاضرارها بالمخاطب حسن النية الذى لا يستطيع التعرف على إرادة صاحب التعبير الا من خلال عبارات التعبير ومن الظروف الملازمة للتعاقد المعروفة لديه، وقد يكون صاحب التعبير مقصرا بعدم مراعاته الدقة فى تعبيره، وإن فمذهب الإرادة يؤدى الى اهدار مصلحة متعاقد حسن النية لم ينسب اليه اى تقصير ومحاباه متعاقد اخر مهمل، وفضلا عما فى هذه النتيجة من مجافاة للعدالة، فانها تؤدى الى زعزعة الثقة فى المعاملات واضطرابها^(٢).

يتفرع عن الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، ان القاضي يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة، فلا يتعداه الى البحث عما تتطوى عليه نية المتعاقدين، وهو بحث لا ريب فى عسره، وانما يكتفى بما هو ظاهر له وفى استطاعته تلمسه التثبت منه، وبهذا يصير التفسير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، مادام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين، بل هو تفسير نص العقد فى مظهره الخارجى، والشأن فى ذلك كتفسير القانون إذا اخطأ فيه قاضى الموضوع.

ويبين من نص المادة ١٥٠ - مدنى - فى فقرتيهما - ان المشرع قد اغفل فى القانون المدنى الجديد ما كانت تنص عليه المادة ١٣٨ من القانون المدنى القديم من

(١) القانون المدنى - الدكتور حسن الذنون - ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) أساس الالتزام المقدي - رسالة - الدكتور عبد الرحمن عباد - ص ٦١ وما بعدها.

الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ثم هو قد حرم على القاضى إستخلاص تلك النية الحقيقية أو محاولة إستخلاصها، ويحتم عليه الوقوف عند النية المشتركة، كما يحتم عليه الاستهداء فى تعرفها بطبيعة التعامل وبما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى وطبيعة المعاملات، وكل هذه وسائل مادية لا شأن لها بشخصية المتعاقدين.

وإذا كان هذا هو الذى ذهب اليه المشرع فى القانون المدنى الجديد تمشيا مع اعتناقه مبادئ نظرية الإرادة الظاهرة، فإنه من ناحية أخرى قد ابقى على مبادئ نظرية الإرادة الباطنة فى المواد ١٢٠ وما بعدها الخاصة بعيوب الرضا، فترك القاضى الموضوع للتقدير الكامل لوجود غلط أو تدليس أو اكراه^(١).

٦ - ان سلطة القاضى فى تفسير العقد لا تقل عن سلطته فى فسخة أو تعديله، فهو بسلطته التفسيرية يسعى الى صيانة، ازالة ما فيه من شك أو التباس.

وقد اقام المشرع سلطة القاضى فى التفسير على وجوب تحرى الإرادة الظاهرة للمتعاقدين اللذين إتفقت نيتهم وتطابقت ارادتهما على إبرام العقد، فإذا كانت عبارة العقد واضحة صريحة تكشف عن إرادة المتعاقدين وتدل على الغاية التى انشئ العقد من اجلها، فلا سبيل للتفسير لا يحل للقاضى ان ينحرف عنها.

غير ان عبارة العقد قد تكون واضحة، ولكن تدل الظروف على ان المتعاقدين اساء استعمال هذا التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ، بل يعدل عنه الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان - ولكن لا يجوز للقاضى ان يفعل ذلك الا بشرطين:

الشرط الأول- هو ان يفترض فى بادئ الأمر ان المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصده المتعاقدان، فلا ينحرف عنه الى غيره من المعانى الا إذا قام امانة من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

الشرط الثانى- هو انه إذا عدل القاضى عن المعنى الواضح الى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك، فعليه ان يبين فى حكمه هذه الأسباب...

اما إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فقد اصبح محلا للتفسير، وعندئذ يجب على القاضى ان يبحث فى الفاظة وجملته عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون ان يقف عند المعنى الحرفى للالفاظ ليستهدى فى الكشف عن هذه النية.

وقد اعد القانون للقاضى وسيلتين ليستهدى بهما:

الأولى- يستمدّها من طبيعة التعامل، وما ينبغى ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين.

الثانية- يستمدّها من العرف الجارى فى المعاملات...

ولقد اخذ القانون السورى الأحكام المتعلقة بتفسير العقود من القانون المصرى الجديد بالحرف الواحد، وقد اخذ القانون المصرى هذه الأحكام عن القانون المدنى المصرى القديم التى اقتبسها بدوره عن القانون المدنى الفرنسى. غير ان القانون المدنى الجديد تأثر بنظرية الإرادة الظاهرة، واتجه اليها أكثر من إتجاهه الى الإرادة

(١) القوة الملزمة للعقد - المستشار حسين عامر - طبعة ١ - ١٩٤٩ - ص ١٠٦ وما بعدها.

الباطنة، بان اوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء بطبيعة التعامل والعرف الجارى، وهذه العوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هي المصدر الذى يستخلص منه الإرادة الباطنة.

ومن اجل ذلك فإن سلطة القاضى فى القانون السورى والقانون المصرى واحدة لتتطابق أحكامهما.

كذلك فإن أحكام القانون المدنى اللبى فى تفسير العقود منقولة عن مثيلتها فى القانون المصرى، مما جعل سلطة القاضى موحدة فى القوانين العربية الثلاثة.

بينما اقتبس القانون اللباني الأحكام المتعلقة بتفسير العقود من القانون المدنى الفرنسى، وتأثر بنظرية الإرادة الباطنة فى التحرر عن نية الملتزم أو على قصد المتعاقدين، ومنح القاضى سلطة التفسير، بما لا يخرج عن الغرض المقصود فى العقد، ناظرا الى مجمله، ومستهديا ببوده التي يفسر بعضها بعضا، ومراعيًا أحكام العرف فإذا تعارض فى العقد نص يمكن تأويله إلي معنيين فعلية ان يأخذ منهما ما كان اشد انطباقا على روح العقد، ويفضل من المعنيين ما كان منهما ذا مفعول.

وقد استحدث القانون اللباني حكما جديدا لا نظير له فى القانون المدنى المصرى، وما نقل عنه أو اقتبس منه من قوانين، وذلك بمنحه القاضى سلطة اكمال العقد وما فى نصوصه من نقص باتباعه احدى وسيلتين، اما بالأحكام المدرجة فى القانون إذا كان العقد مسمى، واما بالرجوع فى غير هذه الحال الى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذى يراد تفسيره.

اما القانون المدنى العراقى فلم ينقل عن القانون المدنى المصرى أو اقتبس شيئا من أحكام تفسير العقد، كما فعل فى كثير من أحكامه، وانما اخذ الأحكام الخاصة بتفسير العقد من الشريعة الإسلامية مباشرة ونقلها بالحرف الواحد عن القواعد الكلية المدرجة فى مقدمة مجلة الأحكام العدلية التى كانت تطبق فى العراق قبل القانون المدنى ومن المؤكد ان هذه الأحكام هي افضل ما يستهدى به القاضى فى تفسير العقد والالتزام، وقد جمعت بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة واطلقت سلطان القاضى فى الكشف عن النية المشتركة فى التعاقد والالتزام فى تحرر الغاية المقصودة منهما، المعنى الذى تؤدى اليه هذه الغاية إذا كانت الالفاظ قاصرة عن اداء المعنى المقصود، كما خولته ان يستهدى بالعرف الجارى والعادة المألوفة، وإستعمال الناس للاستدلال على طبيعة التعامل غير ان هذه القواعد الفقهية انما تصلح للاستهداء، وليس فيها حكم القاعدة القانونية (١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لا يجوز للمحكمة وهى تعالج تفسير المحررات ان تعتد بما تقيده عبارة معينة من عبارات المحرر، بل يجب عليها ان تأخذ بما تقيده العبارات بأكملها وفى مجموعها، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد وقف عن الشق الأول من العبارة السورادة

(١) سلطة القاضى - فى تعديل العقود فى القانون المدنى السورى - وبالمقارنة مع قوانين البلاد العربية - مقال - للاستاذ عبد السلام الرمانيتي المحاماه السنة ٤١ - العدد ٦ ص ٨٩٩.

في مذكرة الطاعن، وفسرها بما فسر لها به دون إعتبار لما يكون من عبارات تفصح عن معناها، وحقيقة القصد منها، فإنه يكون قد خالف عهد التفسير، وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخاها.

٢ - لا يجوز الاعتماد على المعنى الذى تقيده العبارات المدونة فى بعض سطور الورقة على استقلال، الا إذا ثبت ان العبارات الاخرى التى كان يحويها المحرر قبل وقوع التزوير فيه لم يكن فيها ما يتعارض مع ذلك المعنى أو يؤثر عليه، اذ ان عبارات المحرز يكمل بعضها بعضا، وتفسيره انما يكون على مقتضى ما تقيده جميع عباراته مجتمعة لا بما تقيده عبارات معينة منها.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٦/٩ - المرجع السابق - ص ٣٥٠)

٣ - لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة فى تفسير عبارات العقد، ما دامت لم تتحرف بها عن المعنى الظاهر لها.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٥٠٨)

٤ - لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير الإتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أو فى الى نية عاقيدها، مستهدية فى ذلك بظروف الدعوى وملايساتها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك، ما دامت لا تخرج فى تفسيرها عن المعنى الذى تحتمله عبارات الإتفاق.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢١٥)

٥ - سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط مقيدة، مقيدة بان يبين فى حكمه لم عدل عنه الى خلافه، وكيف افادت تلك الصيغ المعنى الذى اخذ به ورجح انه هو مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا ان القاضى قد اعتمد فى تأويله لها على إعتبارات معقولة يصح معها إستخلاص ما إستخلصه منها.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ - المرجع السابق - ص ٤٦١)

٦ - إذا كان يبين مما اورده الحكم المطعون فيه انه اذ فسر عبارة العقد قد إلترزم فى تفسيره المعنى الظاهر لمدلولها، فإنه لا معقب عليه فى هذا التفسير.

(نقض - جلسة ١٩٧١/١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١١٨)

٧ - لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير العقود والشروط المختلف عليها، بما تراه أو فى بمقصود العاقدين، مستعينة فى ذلك بجمع ظروف الدعوى وملايساتها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ - المرجع السابق - ص ٤٠١)

٨ - لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هى أو فى بمقصود المتعاقدين، وفى إستخلاص ما يمكن إستخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها، ما دامت تلك الصيغ والشروط تحتل المعنى الذى حملته.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - ص ٧٦)

٩ - تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدین، من سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، ولا تنقيح المحكمة بما تقيده عبارة معينة منها، وانما بما تقيده في جملتها.

نقض - جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٠١.

١٠ - تفسير العقود واستظهار نية طرفيها هو امر تستقل به محكمة الموضوع، مادام قضاءها في ذلك يقوم على أسباب سائغة، وطالما انها لم تخرج في تفسيرها للعقد استظهار نية الطرفين عن المعنى الظاهر لعبارته.

نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ - المرجع السابق - ص ٧٨١.

١١ - لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل المعنى الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد، مستهدية بالظروف التي احاطت بها.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٦/١ - المرجع السابق - ص ١٠٦٢)

١٢ - لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود، استنباطها لنية عاقدتها، وتفهمها لمراميها.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٥ - المرجع السابق - ص ١٣١٧)

١٣ - يجب في تفسير العقد اعمال الظاهر الثابت به، ولا يجوز العدول عنه الا إذا ثبت ما يدعو الى هذا العدول.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/٦/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٩٥٣)

١٤ - المقرر ان النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ من القانون المدني علي انه " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علي إرادة المتعاقدين " يدل علي ان القاضي ملزم بان يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، ولئن كان المقصود بالوضوح الإرادة لا اللفظ إلا ان المفروض في الأصل ان اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة فمتي كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها فإنه لا يجوز الانحراف عن مؤداها الواضح إلي معني آخر وعلي القاضي إذا ما أراد حمل العبارة علي معني مغاير لظاهاها ان يبين في حكمة الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك.

(الطعن ٢٥٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٤/١٢/٢١ س ٤٥ ص ١٦٢٧)

١٥ - وحيث ان هذا النعي سديد لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من انه يتعين تفسير وثيقة التأمين بما لا يخرج عن عباراتها الظاهرة وان النص في المادة ١/١٥٠ من القانون المدني علي انه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علي إرادة المتعاقدين يدل علي ان القاضي ملزم بأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواسع إلي معني آخر باعتباره مقصود العاقدین.

(الطعن ٧٩٥١ لسنة ٦٣ ق - جلسة ١٩٩٥/٣/١٥)

١٦ - وحيث ان النعي في محله ، ذلك انه وان كانت قواعد التفسير وفق المادة ١/١٥٠ من القانون المدني تقضي بعدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة

للتعرف عن إرادة العاقدین ، إلا ان المقصود بالوضوح - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - وضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ فقد تتسم ذاتها كل عبارة من عبارات العقد بالوضوح في ذاتا ، ولكنها تتعارض بينها بحيث عبارات العقد بالوضوح في ذاتها ، ولكنها تتعارض بينها بحيث لا يفهم المعني المستخلص منها ، فلا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات ان تعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها ، بل يجب عليها ان تأخذ بما تقيد العبارات باكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة.

(الطعن رقم ٣٠٧٢ لسنة ٦١ ق - جلسة ٢٠٠٤/٦/٩ لم ينشر بعد)

١٧- إذ كان الشرط الجزائي الذي يتضمنه العقد متى تعلق بالالتزام معين وجب التنفيذ به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الإلتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه بما لازمه تفيد محكمة الموضوع في تفسير العقد بما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدین وعدم الخروج في تفسير العقد عما تتضمنه نصوصه وبندوده والانحراف عن تلك النية احتراماً لإرادتهما المشتركة.

(الطعن رقم ٥٢٣٠ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٧/٠٦)

١٨- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن النص في المادتين ١٤٧ و ١/١٥٠ من القانون المدني - الواجب التطبيق على واقعة الدعوى - يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدین والخطأ في تطبيق نصوصه خطأ في تطبيق القانون ويمتنع على أي من المتعاقدین نقض العقد أو تعديله كما يمتنع ذلك على القاضي وعليه أن يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها ولا يلتزم القاضي بإيراد أسباب لقضائه إذا ما التزم المعنى الواضح لعبارات العقد ومراعاة هذه القواعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وأن على القاضي أن يلتزم بأخذ عبارة المتعاقدین كما هي فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر، ولئن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعتبر بصدق عما تقصده الإرادة وعلى القاضي إذا ما أراد حمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك وأن الخروج عن القاعدة المنصوص عليها في المادة ١/١٥٠ مدني المشار إليها ينطوي على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف وفسخ وتشويه لعبارة العقد الواضحة وتخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٧١٨٢ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/١١/٢٠)

مادة (١٥١)

(١) يفسر الشك في مصلحة المدين.

(٢) ومع ذلك لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الأذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٥٠ و ١٥١ و ١٥٣ لبيي و ١٥٢ سوري و ١٦٧ عراقي و ١٦٠ و ١٦١ كويتي و ١٧٢ لبناني و ١٤١ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

إذا عرض ما يدعو الى تفسير العقد، وبقي الشك يكشف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم اعمال أحكام التفسير الذي تقدمت الإشارة اليها، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن، تلك قاعدة أساسية اخذ بها اغلب التقنيات، وهي ترد الى ان الأصل في الذمة البراءة وعلى الدائن ان يقيم الدليل على وجود دينه، بإعتبار انه يدعي ما يخالف هذا الأصل، فإذا بقي شك لم يوفق الدائن الى ازالته، فمن حق المدين ان يفيد منه.

الأصل ان يفسر الشك في مصلحة الدين، عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله، وقد استثنى المشرع من حكم هذا الأصل عقود الازعان، ففضى بان يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن، دائئا كان أو مدينا، فالمفروض ان العاقد الآخر هو اقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من ان يفرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينه، فإذا لم يفعل ذلك اخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعه، لانه يعتبر متسببا في هذا الغموض^(١).

راى الفقه:

١ - إذا قام شك في مدى إلتزام المدين بعقد، فسر هذا الشك في مصلحته واخذ بالتفسير الاضيق في تحديد هذا المدى، وذلك المبررات الاتية: (١) الأصل براءة الذمة والإلتزام هو الإستثناء، لا يتوسع فيه، هذا الى ان النية المعقولة عند الملتزم ان يلتزم الى اضيق مدى تتحملة عبارات العقد، فلا يمكن ان يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين الا في حدود هذا المدى الضيق (٢) ان الدائن هو المكلف بإثبات الإلتزام، فإذا كان هناك شك في الإلتزام من حيث مداه، اراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى الا الأخذ بالمدى الضيق، لانه هو وحده الذى قام عليه الدليل (٣) ويقال ايضا في تبرير القاعدة ان الإلتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا املاه مبهما يحوم حوله الشك، فالخطأ خطؤه، وواجب ان يفسر الإلتزام لمصلحة المدين، اذ كان في مقدور الدائن ان يجعل الإلتزام واضحا لا شك فيه.

ونطاق تطبيق هذه القاعدة ان يكون هناك شك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدین بان يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولا ترجيح لوجه على وجه، اما إذا استحال التفسير ولم يستطيع القاضي ان يبين أى وجه لتفسير العقد، فهذه قرينة على انه ليست هناك إرادة مشتركة للمتعاقدین، بل اراد كل منها شيئاً لم يردده الآخر، فلم ينعقد العقد، ولا بد من جهة أخرى ان يكون الشك مما يتعذر جلاؤه، فإذا امکن القاضي ان يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدین مهما كان هذا عسيراً، واستطاع ان يزيح عنها الشك وجب عليه تفسير العقد بموجب هذه الإرادة المشتركة، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين ويرد على القاعدة إستثناء هو ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان لمصلحة الطرف المذعن دائماً لو كان هو الدائن^(١).

٢ - تنص التقنيات العربية جميعاً على ان يفسر الشك في مصلحة المدين، وانها فيما عدا نقتين الموجبات والعقود البناني تستثنى عقود الازعان من هذه القاعدة، حيث تنص على انه لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، والواقع ان هذا الإستثناء يصدق ايضاً في القانون اللبناني، وقد كان القضاء في مصر يأخذ بحكم هذا الإستثناء في ظل النقتين القديم، كما يأخذ به القضاء الفرنسي، وقاعدة ان يفسر الشك في مصلحة المدين تنهض بها الاصول العامة في القانون، لان الأصل في الشخص براءة الذمة، فإذا قام شك حول مدى إلتزام المدين، فمر هذا الشك بالطريقة التي تجعل الإلتزام في اضييق الحدود، كما تبررها القواعد العامة في الإثبات، لان إثبات مدى الإلتزام يقع على عاتق الدائن، فإذا قام شك في حقيقة هذا المدى، كان معنى ذلك ان الدائن لم يستطيع إثباته على نحو واسع، فيؤخذ اذن بالمعنى الضيق للإلتزام.

فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، كان تفسير الشك لصالح هذا الجانب المدين، وإذا كان العقد ملزماً للجانبين، كان تفسير الشك في معنى العبارة الواردة في شرط معين لصالح الجانب المدين في هذا الشرط.

ويجب ان يلاحظ المعنى المقصود في لفظ المدين في هذه القاعدة ، فالرأي المجمع عليه بين الفقهاء ان المقصود هو المدين في الإلتزام ، غير ان هذا القول علي إطلاقه لا يصدق في جميع الحالات ، والصحيح ان المدين هنا يراد به المدين في الشرط ، أي الشخص الذي يضار من الشرط الذي يجري تفسيره ، فهو تارة يكون مديناً في الإلتزام الذي يقرره الشرط ، وهذا هو الغالب ، وتارة أخرى يكون مديناً في الشرط فحسب.

وتفصيل ذلك انه إذا كانت العبارة الغامضة تفرض إلتزاماً ، فإن الشك يفسر في مصلحة المدين في هذا الإلتزام ، والمدين في هذه الحالة يكون مديناً في الإلتزام والشرط معاً ، وهذا هي الصورة الغالبة.

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٦١٤ - وما بعدها ، وكتابة الوجيز - ص ٢٣٤ وما بعدها.

أما إذا كانت العبارة الغامضة تعفي الشخص من الإلتزام يقع عليه طبقاً للقواعد العامة ، فإن الشك يفسر حينئذ في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط ، وهو الدائن في هذا الإلتزام ، ولكنه في هذه الصورة يكون مديناً في الشرط. ويستثنى من هذه القاعدة ان تكون العبارة الغامضة التي يجري تفسيرها قد وردت في عقد الاذعان ، إذ يفسر الشك في هذه الحالة في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً ، وينص بهذا الإستثناء ان الطرف الآخر في هذا العقد ، وهو محتكر قانون أو فعل السلطة أو المرافق الذي يرفق العقد في شأنه ، يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد ، فهو صانع هذه الشروط وعليه يقع وزر ما فيها من غموض كان في وسعه ان يتحاشاه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن طبقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني غير مقبول ، ذلك انه يتضمن دفاعاً جديداً لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع.
(جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - مدني ص ١٣٠٥)

٢ - النص في العقد علي التصريح للمستأجر باستغلال المكان في الغرض الذي يتراءى له أو تأجييره من الباطن أو التنازل عنه للغير لا يدل علي ان الطرفين قد حددا مدة معينة للإجارة ، وإذ كان الاقرار المؤرخ ١٩٧٧/١/١ المنسوب صدوره إلي المالك السابق للعقار ، والذي ورد به ان العقد لا يخضع للتأقيت ويظل مستمرا بشروطه طالما ان المستأجر قائم بتنفيذ إلتزاماته ، لا تؤدي عبارته إلي معرفة التاريخ الذي قصد المتعاقدان ان يستمر العقد اليه ، بل ربط إنتهائه بأمر مستقبل غير محقق الوقوع ومن ثم فلا محل لا فتراض مدة للعقد طالما كانت عبارته أو عبارة الاقرار المشار اليه لا تدل عليها ولم يرد نص بشأنها ، وإذ خص الحكم المطعون فيه إلي هذه النتيجة الصحيحة مقرر ان ما تضمنه هذا الاقرار لا يغير من المراكز القانونية للطرفين فإنه لا يكون قد شاباه الفساد في الاستدلال أو القصور في التسبيب.

(الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٠/٨/١٦)

٣ - المقرر - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - انه إذا كان عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علي إرادة المتعاقدين أو حملها علي معني مغاير لظاهرها.
ما لم يبين القاضي في حكمة

الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك ويخضع في هذه لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ٣٠٩٣ ، لسنة ٥٧ ، ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/٦/١٠)

(الطعن رقم ١٥٧٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٩٠/١٢/٣١)

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الجزء ٢ - الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ١٢ وما بعدها.

٤ - التعرف علي مدى سعة الوكالة. وجوب الرجوع فيه اليه عبارة التوكيل وما جرت به نصوصه وملابسات صدوره وظروف الدعوى. إفراغ الوكالة في نموذج مطبوع وإضافة المتعاقدين شروطاً أو عبارات به تتعارض مع الشروط المطبوعة. وجوب تغليب الشروط المضافة. علة ذلك.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان المناطق في التعرف علي مدى سعة الوكالة من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للوكيل إجرائها أو من أموال تقع عليها هذه التصرفات يتحدد بالرجوع إلي عبارة التوكيل ذاته وما جرت به نصوصه وإلي الملابسات التي صدر فيها وظروف الدعوى ، فإذا إستعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً للعقد أو المحرر وأضافا اليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطاً أو عبارات تتعارض مع الشروط والعبارات المطبوعة وجوب تغليب الشروط والعبارات المضافة بإعتبارها تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين.

(الطعن ١٤٩٠ لسنة ٦١ ق- جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥ س ٤٣ ص ٨٨٧)

٥ - محكمة الموضوع. سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وفي تفسير العقود والاقارات وسائر المحررات متي كان تفسيرها لم يخرج عما تحتمله عبارات المحرر وكان إستخلاصها سائغاً.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم الواقع في الدعوى ، وفي تفسير العقود والاقارات والمستندات وسائر المحررات وإستخلاص ما تري انه الواقع الصحيح في الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت لم تخرج في تفسيرها عن المعني الذي تحتمله عبارات المحرر أو تجاوز المعني الواضح لها ، وما دام ما انتهت اليه سائغاً مقبولاً بمقتضي الأسباب التي بنته عليها.

(الطعون ٢١٥ ، ٦٢٢ ، ٧٠٢ لسنة ٥٩ ق- جلسة ١٩٩٢/٧/٣٠ س ٤٣ ص ١٠١٧)

٦ - محكمة الموضوع. سلطتها في تفسير المستندات وصيغ العقود بما تراه أوفى بمقصود العقادين.

المقرر - في قضاء هذه المحكمة - ان لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين وفي إستخلاص ما يمكن إستخلاصه منها ولا سلطان لمحكمة النقض عليها متي كانت عبارة الورقة تحتمل المعني حصلته محكمة الموضوع.

(الطعن ٩٧٩ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٩٢/١٢/٣١ س ٤٣ ص ١٤٧٣)

٧ - تفسير العقود للتعرف علي مقصود عقديها. من سلطة محكمة الموضوع. المقرر في قضاء هذه المحكمة ان تفسير العقود للتعرف علي مقصود عقديها من سلطة محكمة الموضوع.

(الطعان ٢٤٣٧ ، ٢٤٦٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٩٣/٥/٣ س ٤٤ ص ٣٣١)

٨ - عدول قاضي الموضوع عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات. شرطه. وجوب بيان سببه وكيفية إفادة المعني الذي أخذ به ورجح ان مقصود المتعاقدين. حواله الدين. جواز انعقادها باتفاق ضمني بين الدائن والمحال عليه.

لما كانت سلطة قاضي الموضوع في العدول عن المدلول الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات مقيدة بان يبين في حكمة لما عدل عنه إلى خلافة وكيف أفادت تلك الصيغ المعني الذي أخذ به ورجح أنه مقصود المتعاقدين بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن القاضي اعتمد في تأويله على إعتبرات معقولة يصح معها إستخلاص ما إستخلصه منها ، وكان البين من الطلب المؤرخ..... أنه تضمن طلب..... في أن يحل محل الطاعن في دينه قبل المطعون ضده وفي عدم مطالبة المدين الأصلي بهذا الدين ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على قوله "

..... ان هذا الإتفاق ليس إلا عقد كفالة " وكان الذي أورده الحكم المطعون فيه لا يبين منه الإعتبرات التي دعتة إلى عدم الأخذ بظاهر عبارات الطلب وكيف أفادت تلك العبارات المعني الذي إستخلصه منها واستلزم أن يتضمن الطلب إتفاق المحال عليه والمطعون ضده لتتم حوالة الدين في حين أن لا يلزم في الإتفاق المباشر بين الدائن والمحال عليه شكل خاص بل يكفي أي تعبير عن الإرادة ولو كان ضمناً يدل على تراضي الطرفين وإتجاه نيتهما إلى إتمام حوالة الدين.

(الطعن ١٢٨٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٢/٦/٢٢ س ٤٤ ص ٧٤٥)

٩ - تفسير العقود وإستخلاص قصد عاقيدها من سلطة محكمة الموضوع. شرطه. ألا تخرج عن المعني الذي تحتمله عباراتها أو تجاوز المعني الظاهر لها. المقرر أنه وان كان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدین دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بألا تخرج في تفسيرها عما تحتمله عبارات تلك العقود أو تجاوز المعني الظاهر لها.

(الطعن ٢٤١١ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٦/٩/١٨ س ٤٧ ص ١١٧٥)

* * *

مادة (١٥٢)

لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٥٤ ليبني و ١٥٣ سوري و ٢٢٥ لبناني و ١٢٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

الأصل في العقود أن تقتصر آثارها علي ما قننتها لا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة ، وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف نفعها إلا إلي المتعاقدين ومن ينوب عنهم. علي انه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير وهذا هو الإستثناء الحقيقي الذي يرد علي القاعدة^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - مؤدى نص المادة ١٥٢ من القانون المدني علي أن: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً" في ضوء ما جاء بالإعمال التحضيرية، وما نصت عليه المادة ٢٩ من قانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة لنص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن الإلتزامات الناشئة عن العقود عامة بما في ذلك عقد الإيجار لا تقع إلا علي عاتق طرفيه، وإن كان لهما بإتفاقهما أن يرتباً حقوق للغير، ومن طبيعة عقد إيجار المساكن أنه عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته أو غيرهم ممن يترأى له إسكانهم، إما علي سبيل التسامح المحض أو وفاء للإلتزامات مصدرها علاقة أخرى غير الإيجار كالإلتزام الزوج بسكنى زوجته والأب لصغاره، والمخدوم بسكنى خدمه، وأما حاجة الصغير الذي امتد له العقد أو المرأة للحماية والرعاية من أحد ذويها، فهؤلاء وغيرهم ليسوا مستأجرين أصليين، ولا يعد المستأجر نائباً عنهم، وإن كان لهم حق الإنتفاع بالعين تبعاً لقيام حق المستأجر، وتعتبر إقامتهم في العين من قبيل استعمال المستأجر فلا يستطيعون مزاحمتة فيها إستناداً لعقد الإيجار، ويستقل المستأجر وحده بوضع ضوابط علاقته بالمؤجر، ولا يستطيع المؤجر أن يقيم دعوى يطلب فيها إخلاء أحد هؤلاء أو طرده من العين المؤجرة ما لم تكن العلاقة الإيجارية الأصلية قد إنقضت، فإذا أقام المؤجر الدعوى علي أحد هؤلاء الشاغلين للعين بطلب إخلائها أو طرده منها تأسيساً علي أن العلاقة الإيجارية التي تربطه بالمستأجر الأصلي غير قائمة، كان للمدعي عليه أن يتمسك بأن عقد الإيجار سنده في شغل العين لا زال قائماً باعتبار أن عقد الإيجار وبقاؤه وإنتهاءه بالنسبة لشاغل العين رغم أنه ليس طرفاً فيه يعتبر واقعة قانونية، له أن يتمسك بقيامها طالما أن المدعي يحتج عليه بإنتهائه.

(الطعن رقم ٨٧٩٧ - لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٦ / ٢٠٠٣)

النصوص العربية المقابلة:

الأعمال التحضيرية:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٢ - ص ٢٠٦ وما بعدها.

راى الفقه:

١ - التعهد عن الغير يراد به ان يتعهد شخص بحمل الغير على القبول الإلتزام بأمر معين.

وتتحقق اهم صور لهذا التعهد فى الحياة العملية عندما يتعذر الحصول على رضا ذوى الشأن فى خصوص امر معين، فيلتزم شخص بالحصول على هذا الرضا، كان يتصرف شركاء فى المال الشائع ويكون احدهم قاصرا ويريدون تجنب إجراءات محكمة الولاية على المال، أو يكون احدهم غائبا ويخشون ضياع الصفقة فى حالة الانتظار، أو يقسمون المال الشائع ويكون احدهم قاصرا ويريدون تحاش إجراءات القسمة القضائية، وكان يجاوز الموكل حدود الوكالة فى حالة لم يستطيع الحصول على اذن من الموكل فى شأنها فى الوقت المناسب، فمن يصح تعاقد من هؤلاء يستطيع التعاقد عن نفسه ويتعهد عن غيره، فيلتزم بالحصول على رضا القاصر عند الرشد أو الغائب أو الموكل.

ويجب لقيام التعهد عن الغير ان تتوافر الشروط الآتية:

(١) ان يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعده، وان ينصرف الى المتعهد اثر العقد.

(٢) ان تنجته إرادة المتعهد الى إلتزام نفسه لا الى إلتزام الغير، فإذا اراد إلتزام الغير بالتعاقد فلا يلتزم الغير، لانه لا يمكن إلتزام شخص بعقد لم يكن طرفا فيه.

(٣) ان يلتزم المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد، فإلتزام المتعهد إلتزام بتحقيق غاية وليس إلتزاما ببذل عناية، فلا يكفي ان يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب ان يصل فعلا الى ان يجعل الغير يقبل التعهد، فإذا قبل الغير انتهى إلتزام المتعهد، ولا يكون على المتعهد بعد ذلك ان يكفل تنفيذ الغير للتعهد. يستطيع الغير ان يقبل التعهد أو يرفضه، لانه اجنبى عن التعهد، ولهذا كان التعهد عن الغير تطبيقا للقواعد العامة.

فإذا قبل الغير التعهد، قام عقد جديد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد، وهذا القبول قد يكون صريحا أو ضمنيا.

ويستطيع الغير ان يرفض التعهد ولا حرج عليه، انما يصبح المتعهد مسئولا قبل من تعاقد معه، لان إلتزامه إلتزام بتحقيق غاية، فلا يستطيع ان يدفع المسؤولية عن نفسه الا إذا ثبت ان عدم قيامه بإلتزامه يرجع الى سبب اجنبى ولا يعتبر رفض الغير للتعهد سببا اجنبيا يكفي لدفع المسؤولية عن المتعهد.

ويترتب على مسؤولية المتعهد بسبب رفض الغير ان يلتزم المتعهد بتعويض من تعاقد معه، ولا يجوز اجبار المتعهد على تنفيذ الإلتزام الذى رفضه الغير، لكن يجوز للمتعهد طبقا لنصوص النقتين المصرى والتقنين السورى والتقنين العراقى والنقتين الليبى، ان يتخلص من التعويض بان يقوم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به، مادام

ان التنفيذ يمكن ولا يتصل بشخص الغير، وعليه يكون إلتزام المتعهد في هذه الحالة إلتزام بدلى^(١).

٢ - التعهد عن الغير نظام يعرفه فقه القانون، واخذت به التشريعات العربية، وهو يتميز بالآتى:

- (أ) ان المتعهد يتعاقد باسمه لا باسم الغير.
- (ب) ان المتعهد يلزم نفسه ولا يلزم غيره، فإلتزامه شخصي، فهو يتعهد بان يحمل الغير على ان يتعاقد مع المتعهد له ولا يستطيع إلزام هذا الغير بالتعاقد.
- (د) يعتبر التعهد ايجابا معروضا على الغير، والغير حر في قبوله أو رفضه.
- (هـ) إذا قبل الغير التعاقد على نحو ما إلتزم المتعهد به، فعندئذ يلزم بتعاقد بناء على قبوله، ومن وقت هذا القبول، في الأصل، الا إذا تبين انه قصد صراحة أو ضمنا ان يستند اثر هذا القبول الى وقت صدور التعهد.
- (و) إذا قبل الغير التعاقد انتهى التعهد.

إذا رفض الغير التعاقد، فإن المتعهد يكون مسئولاً عن ذلك، وجاز لمن تعاقد مع هذا المتعهد ان يرجع المتعهد بالتعويض، ولهذا المتعهد ان يقوم بتنفيذ ما تعهد به بدلا من دفع التعويض، ام الغير فلا يضر من هذا التعهد بشئ.

وقد تعرض الفقه الإسلامى للصور الشائعة في العمل، ويمكن القول بان التعهد عن الغير بصورته المعروفة في التشريعات العربية سالفة الذكر - إتفاق صحيح، فإذا الغير التعهد، فلا اشكال، ويتعاقد الغير عندئذ مع من تعاقد مع المتعهد، اما إذا لم يقبله ضمنا قد يثبت خيار تقريقر الصفقة، كما قد يعتبر التعهد تقريراً يستوجب الضمان.

وإعتبر القانون التونسى التعهد عن الغير عقدا معلقا على شرط موافقة الغير، فإذا صدق الغير عليه خلال اهل مناسب غايته ١٥ يوما من تاريخ اعلامه بالعقد، نفذ العقد الأصلى في حقه بأثر رجعى منذ انعقاده، مالم يوجد إتفاق على غير ذلك، لكن هذا التصديق لا يحتج به على الغير الا من وقت صدوره، وإذا رفض الغير التصديق زال العقد الأصلى لعدم تحقق الشرط.

والتصوير في القانون التونسى يختلف عن التصوير المعروف في التشريعات العربية الاخرى، فالشركاء الذين يبيعون عقارا، يتم دون بان يوافق شريكهم الغائب على ذلك عند حضوره، يعتبر ببيعهم في القانون التونسى معلقا على شرط تصديق شريكهم الغائب، وفي التشريعات العربية الاخرى يعتبر بيعهم بانا نهائيا بالنسبة لانصبتهم، وكذلك الحال في الفقه الإسلامى، فإذا رفض الشريك الغائب البيع، ففي الفقه الإسلامى للمشتري خيار تقريقر الصفقة ولة طلب التعويض إذا كان هناك تقرير، وفي التشريعات العربية للمشتري طلب التعويض، ويجيز القانون التونسى فسخ العقد في هذه الحالة لعدم تحقيق الشرط.

ومن الملاحظ ان حكم الفقه الإسلامى هنا اعدل وارفق من غيره^(٢).

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الجزء ٣ - الدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - ص ١٩٧ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - متى كان الطاعن قد إتفق مع المطعون عليه على ان يحصل من ابنه على اجازة العقد الخاص بأشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن، كما إتفقا على انه إذا اخل الطاعن بهذا الإلتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معيناً بصفة تعويض، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي ان يكون على الطاعن الذى اخل بالإلتزامه - فحق عليه التعويض - عبئاً إثبات ان ابنه قد خسر فى الصفقة، وانه بذلك لا يكون قد اصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم اشتراكه فى العمل المذكور.

(جلسة ١٩٥٢/١٠/٣٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢ - مدني - ص ٤٣٧)

٢ - ان التعهد فى حق الغير جائز قانوناً، ويكون العقد تاماً إذا صادق عليه ذلك الغير، طبق الفصل ٤٠ من مجلة الإلتزامات^(١).

٣ - يتضح من أحكام الفصل ٤٠ من المجلة المدنية ان أركان التعاقد فى حق الغير التى يجب توافرها لتتكون الرابطة القانونية مع المعاهد فى حقه هى:

أولاً: ان يصرح للمعاهد فى حق الغير بان تعاقده انما هو لفائدة الغير لا فى ثانياً - حق نفسه، - ان يقع اشتراط مصادقه المعاهد فى حقه بصفة صريحة، ان يصادق المعاهد فى حقه فى ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلامه بالعقد - وبذلك يكون هناك فرق جوهري بين التعاقد فى حق الغير بدون إذن وتوكيل وبين التعاقد بمقتضى نيابة وتوكيل، اذ ان المعاهد فى حقه هو طرف اجنبى له كامل الحرية فى المصادقة على العقد أو يرفضها، ولا يكون ملزماً بشئ من نتائجها الا متى صادق عليها، وعندئذ تعتبر المصادقة الصادرة من طرفه كالتوكيل السابق بخلاف الإلتزامات التى يجريها الوكيل فى حق موكله فى نطاق حدود وكالته، فانها تمضى فى حق الموكل ولو لم يصادق عليها^(٢).

٤ - المقرر - فى قضاء محكمة النقض - ان النص فى المادة ١٥٢ من القانون المدني على انه " لا يترتب العقد إلتزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز ان يكسبه حقاً " يدل على ان مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما يقتضى ان أثر العقد انما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين فى الحدود التى بينها القانون ، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والإلتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقيه ولئن كان لعقد إيجار الأماكن طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن فيه بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ولم يترأى له الذين لا تترتب فى ذمتهم الإلتزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي فى السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد فى التعامل مع المؤجر ، ولا يسوغ القول بان المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً عن المبادئ العامة فى نسبية أثر العقد لان هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون

(١) محكمة التعقيب التونسية - جلسة ١٩٥٣/١١/١٠ - مجلة القضاء والتشريع السنة ١٩٦٠ - العدد ١٠٩ - ص ٥٨.

(٢) المحكمة الابتدائية التونسية بسوق - جلسة ١٩٦٠/١٢/٢٩ - المرجع السابق - ١٩٦١ العدد ٢ - ص ٥٦.

أطرافاً في عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده وانما تمتعهم بالإقامة في العين كان قياماً من المتسأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتعديل متعلقة به هو ولا شأن بالمؤجر.

(الطعن ٢٧٤٠ لسنة ٥٩ - جلسة ١٩٩٤/٥/١٢ س ٤٥ ص ٨٢٢)

٥ - آثار العقد. قاصرة علي طرفية والخلف العام أو الخاص المستأجر الأصلي لا ينوب عن المقيمين معه في التعاقد علي الإيجار. أثر ذلك. عدم إعتبارهم مستأجرين أصليين لا محل لإعمال أحكام النيابة الضمنية.

المقرر - في قضاء محكمة النقض - ان النص في المادة ١٥٢ من القانون المدني يدل علي ان مبدأ نسبية العقد يهيمن علي قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع بما يقتضي ان أثر العقد انما يقتصر علي طرفية والخلف العام أو الخاص أو الدائنين في الحدود التي بينها القانون ، فلا تنصرف الحقوق الناشئة عنه والإلتزامات. المتولدة عنه إلا إلي عاقدية ، ولئن كان لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي لا يتعاقد فيه المستأجر ليسكن بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ولمن يتراءى له إيواؤهم الذي لا تترتب في ذمتهم إلتزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم المستأجر الأصلي في السكن ، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصلي والوحيد في التعامل مع المؤجر ، ولا يسوغ القول بان المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً عن المبادئ العامة في نسبية أثر العقد ، لان هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً في عقد الإيجار ولا تربطهم بالمؤجر أية علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كان إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده وانما تمتعهم بالإقامة في العين كان قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير والتبديل متعلقة به هو ، لا شأن لها بالمؤجر ، وكيفية إستعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانوني علي أساس النيابة الضمنية.

(الطعن ٣٤١١ لسنة ٦٠ ق - جلسة ١٩٩٦/٩/١٨ س ٤٧ ص ١١٧٥)

٦ - حيث ان الطعن إستوفي أوضاعه الشكلية. حيث ان الوقائع علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن تتحصل في ان المطعون ضده الأول أقام الدعوى رقم.... لسنة ١٩٨٤ شمال القاهرة الابتدائية علي الطاعن والمطعون ضدهم من الثانية للأخير بطلب الحكم علي الأول في مواجهة الباقيين أصلياً بإصلاح العيوب الموجودة بجهاز الهيدروليك وإحتياطاً فسخ التعاقد واستردادها ما دفع من ثمن وقدره ٥٥١٦٠ جنيه وقال شرحاً لدعواه انه قام بشراء ماكينة حقن بلاستيك فول اتوماتيك ٢٥٠ جم مع ضمان صلاحيتها لمدة سنة من بداية التشغيل فيما عدا العيوب الفنية وذلك مقابل ثمن إجمالي قدره ٢٥٠ / ٥٥١٦٠ جنيه تم سداه بالكامل للطاعن وقد باع المطعون ضده الأول هذه الماكينة للمطعون ضدها الثانية بموجب عقد بيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بحق الملكية وسلمها لها الا انها منذ تركيبها وتشغيلها وهي في عطل مستمر فتم إخطار الطاعن بذلك ولم يفلح في إصلاحها مما حدا به إلي إقامة الدعوى بالطلبات سالفة الذكر، عدل المطعون ضده الأول طلباته إلي طلب فسخ العقد أصلياً وإحتياطياً

الأصلاح. تقدمت المطعون ضدها الثانية بطلب عارض لإلزام الطاعن والمطعون ضده الأول متضامين بان يؤديا لها مبلغ ١١٠٦٠٠ جنيه إذا لم يقض بفسخ العقد ومبلغ ١٥٥٧٦٠ جنيه إذا قضي بفسخه كما تقدم الطاعن بطلب عارض لإلزام المطعون ضدها الثانية والرابع متضامين بدفع مبلغ ٥١٦٠ جنيه وبتعويض قدره ٢٠٠٠٠٠ جنيه ، نذبت المحكمة خبيراً في الدعوى وإذ قدم تقريره أحالت الدعوى إلي التحقيق وبعد تنفيذه حكمت بتاريخ ١٩٩٣/٣/٢٢ في الدعوى الأصلية بفسخ التعاقد فيما بين الطاعن والمطعون ضده الأول وبإلزام الأول برد ثمن الماكينة وقدره أربعون ألف جنيه وفي الطلب العارض المقدم من الطاعن برفضه وفي الطلب العارض المقدم من المطعون ضدها الثانية بإلزام الطاعن والمطعون ضده الأول متضامين بان يؤديا لها مبلغ ١١٢٢٦٧,٧٨٨ جنيه. إستأنف المطعون ضده الأول هذا الحكم بالإستئناف رقم... لسنة ١١٠ ق القاهرة. كما إستأنفه الطاعن بالإستئناف رقم... لسنة ١١٠ ق أمام ذات المحكمة وبتاريخ ١٩٩٣/١١/٩ قضت المحكمة في الإستئناف الأول بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي به في الطلب العارض المقدم من المطعون ضدها الأولي بإلزام الطاعن والمطعون ضده الأول متضامين بدفع مبلغ ١١٢٢٦٧,٧٨٨ جنيه وقصر مبلغ التعويض علي الطاعن وبرفض الإستئناف الثاني طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض.

وأودعت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم ، وإذ عرض الطعن علي المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظرة وفيها التزمت النيابة رأيها. وحيث ان الطعن أقيم علي سببين ينعي الطاعن بالوجه الثاني من السبب الثاني علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الإستدلال وفي بيان ذلك يقول ان الحكم المطعون فيه أيد حكم محكمة أول درجة فيما قضي به من توافر شروط دعوى الضمان والمسئولية التعاقدية ورفض طلباته العارضة علي أساس عدم علم المطعون ضدهم بالعيب الخفي في الماكينة مستندا في ذلك إلي تقرير الخبيرة رغم ان الثابت من الأوراق علم المطعون ضدهم جميعا بهذا العيب وقت التعاقد بما يعيب الحكم بما سلف ويستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي غير مقبول ، وذلك ان المقرر في قضاء هذه المحكمة ان تحصيل فهم الواقع في الدعوى من شان قاضي الموضوع وحده فله السلطة التامة في تقدير أعمال أهل الخبرة والأخذ بتقرير الخبير إذا إقتنع بصحة أسبابه وهو لا يلتزم من بعد بالرد إستقلا علي ما وجه لتقرير الخبير الذي اطمأن اليه من طعون إذ هو غير مكلف بمتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم مادام ان قيام الحقيقة التي إقتنع بها وأورد دليلها فيه الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج ، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع في سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها قد حصلت إلي ان المطعون ضدهم لم يكونوا يعلمون بالعيب الخفي في الماكينة وعولت في ذلك علي ما اطمأنت اليه مما جاء بتقرير الخبير المنتدب في الدعوى ومن نفيها وجود دليل في أوراق الدعوى علي العلم المدعي به فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو ان يكون جدلا موضوعيا لا يجوز أثارته أمام محكمة النقض.

وحيث ان الطاعن ينعي بالسبب الأول والوجه الأول من السبب الثاني علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وفي بيان ذلك يقول ان علاقته بالمطعون ضده الأول انه باع له بعقد منجز ماكينة حقن بلاستيك وهي علاقة مستقلة عن علاقة الأخير بباقي المطعون ضدهم الذي باع لهم ذات الماكينة مع احتفاظه بحق ملكيتها فلا ينصرف أثر العقد الأخير اليه لانه لم يكن طرفا فيه ولا خلفا لأي من عاقدية ، إلا ان الحكم أيد حكم أول درجة الذي الزمه بهذا العقد بما يجعله معيبا بما سلف ويستوجب نقضة.

وحيث ان هذا النعي في محله ، لان القاعدة في نسبية أثر العقد وطبقا لما جري به نص المادة ١٤٥ من التقنين المدني انها لا تكون ملزمة الا لعاقديها وان الأصل في العقود طبقا لنص المادة ١٥٢ من القانون السالف ألا ينصرف أثرها إلي غير المتعاقدين أو الخلف العام أو الخاص إلا إذا كان من شأنها ان تكسب هذا الغير حقاً ، لما كان وكان الثابت بالأوراق ان الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بانتقاء علاقته بالمطعون ضدها الثانية وان عقد البيع المؤرخ ١٩٨٣/١٠/٣ بين الأخيرة والمطعون ضدها الأول فلا ينصرف أثره اليه وكان الحكم المطعون فيه قد حجب نفسه عن بحث هذا الدفاع مقتصرأ علي تأييد الحكم الابتدائي الذي قضى بإلزام الطاعن بأداء مبلغ ١١٢٢٦٧,٧٨٨ جنيه للمطعون ضدها الثانية علي مجرد القول بتحقيق أركان المسؤولية التعاقدية بين الطاعن والمطعون ضدها الثانية فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب بما يوجب نقضه في هذا الخصوص.

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٧/٤/١٤)

٧ - وحيث ان هذا النعي في غير محله ، ذلك ان مؤدي نص المادة ١٥٢ من القانون المدني علي ان " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز ان يكسبه حقوقاً " في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية ، وما نصت عليه المادة ٢٩ من قانون إيجار الأماكن ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المقابلة لنص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ان الإلتزامات الناشئة عن العقود عامة بما في ذلك عقد الإيجار لا تقع الا علي عاتق طرفيه ، وان كان لهما باتفاقهما ان يرتباً حقوقاً للغير .

(الطعن ٨٧٩٧ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٢ لم ينشر)

* * *

مادة (١٥٤)

(١) يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير. إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أدبية
(٢) ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه، مالم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد.
(٣) ويجوز كذلك للمشتراط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك.
الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقا - التعليق بالاعمال التحضيرية الوارد على المادة ١٥٦ مدنى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٥٦ لىبى و ١٥٥ سورى و ١٥٢ عراقى و ١٥٣ كويتى و ٢٢٧ لبنانى و ١٣٥ سودانى و ٣٨ تونسى.

راى الفقه:

١ - يختلف أساس الاشتراط لمصلحة الغير عن أساس التعهد عن الغير، ذلك ان الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير، بل هو لا يشتمل الا على عقد واحد تم المشتراط والمتعهد، اما المنتفع فإنه يكسب حقه من هذا العقد بالذات، اى من عقد لم يكن طرفا فيه.

ومن التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، ما يلى:

(١) اشتراط الواهب على الموهوب له ترتيب ايراد أو حق ما للغير - واشتراط البائع للعين الموهونة على المشتري ان يدفع اقساط للدين الى الدائن المرتهن خصما من ثمن البيع، فكل من الواهب والبائع مشتراط، والموهوب له والمشتري متعهد، والغير والدائن المرتهن منتفع.

(٢) اشتراط صاحب المتجر البائع له على المشتري الابقاء على العمال فى عملهم، وعدم انقاص اجورهم فهنا اشتراط البائع على المشتري لمصلحة العمال.

(٣) وفى عقود المقاولات كثيرا ما يفرض رب العمل شروط لمصلحة العمال ويثبت ذلك فى دفتر الشروط cahier hea chaige فيضع حدا ادنى للاجور، وحد اقصى لساعات العمل، وحقا فى التعويض من الاصابات، فيصبح للعمال قبل المفاوض حق مباشر استمدوه من عقد المقاوله الذى لم يكونوا طرفا فيه، طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

(٤) وفى عقود التأمين يؤمن المتعاقد لمصلحة ورثته ولو لم يوجدوا وقت العقد، ويؤمن رب العمل لمصلحة عماله عما يصيبهم من الضرر فى اثناء العمل، ويؤمن

عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة، ويؤمن المدين الراهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن.

وتتحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، بتوافر الشروط الثلاثة التالية:

(١) ان يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع - وهذا هو الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن الغائب (وكيلا أو وليا) اذ الاخير يتعاقد بأسم الاصيل، وكذلك عن الفضولى الذى يتعاقد نيابة عن رب العمل.

(٢) ان يشترط المشتري على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع - فاشتراط حق لمصلحة المشتري لا يعد اشتراطا لمصلحة الغير، ولو عاد هذا الحق بالفائدة على الغير - ويترتب على ذلك ان من يؤمن على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير لا يكون مشترطا لمصلحة المضرور، بل مشترطا لمصلحة نفسه، كذلك لو اشتراط المشتري حقا لنفسه ثم حوله لشخص اخر لم يكن هذا اشتراطا لمصلحة الغير، فلو باع شخص منزلا ثم حول الثمن الى دائن، كان هناك عقدان: عقد البيع بين البائع والمشتري، وعقد الحوالة بين البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له، اما الاشتراط لمصلحة الغير فعقد واحد.

(٣) ان يكون للمشتري من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية - فإذا لم تكن له مصلحة شخصية كان فضوليا، ولا يشترط فى المصلحة ان تكون مادية، بل يجوز ان تكون ادبية^(١).

٢ - لم يستحدث الشارع فى نصوص التقنيات العربية السالفة الذكر، أحكام فى شأن الاشتراط لمصلحة الغير، اذ ان ما قرره فى هذه النصوص ليس الا تقنيا لما كان يجرى عليه القضاء والفقه قبل ذلك فى مصر وفى فرنسا.

والاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين، احدهما المشتري والاخر المتعهد، ينشأ به لشخص ثالث - هو المنتفع حق مباشر يستطيع ان يطالب به المتعهد. ولقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة - منها فى عقود التزام المرافق العامة التى تبرم مع شركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك، تشتري الإدارة عادة شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور، كان تحدد مثلا الثمن الذى يتقاضاه الملتزم للسلعة أو الخدمة التى يقدمها للجمهور، فيكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الالتزام، ويستطيع بمقتضاه ان يطالب الملتزم بتنفيذ الشروط التى وضعت لمصلحته.

والأساس القانونى للحق الذى يكسبه الغير، يتجلى فى ان عقد الاشتراط هو مصدر الحق المباشر الذى ينشأ للمنتفع رغم كونه من الغير بالنسبة الى هذا العقد، تلك هى الفكرة التى قامت من اجلها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، وذلك هو الواقع الذى جعل الشارع يعول فى صياغته لقاعدة

نسب اثر العقد. وعلى ذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً على القاعدة القديمة التى كانت تقضى بان العقد لا ينشئ حقا للغير.

(١) الوسيط ١ - الدكتور السنهاوري - ط ١٩٥٢ - ص ٥٦٢ وما بعدها وكتابة الوجيز - ص ٢١٩ وما بعدها.

وليس في المنطق القانوني ما يحول دون ان يفيد الغير من عقد لم يكن طرفا فيه، ما دام ان المتعاقدين يريدان ذلك، ومادام ان الغير يرضى بذلك. وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان يجوز لدائى المنتفع ان يطعنوا فى رفضه قبول الاشتراط لمصلحته - بالدعوى البوليصة:

فيرى فريق (الدكتور السنهورى - الوسيط ١ - فقرة ٣٨١ والدكتور سليمان مرقص - الإلتزام - فقرة ٣٢٥) - ان هذا الطعن جائز، لان المنتفع يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط، فرفضه اياه بعد ذلك يعتبر انقاصا من حقوقه.

ويرى فريق اخر (الدكتور حشمت أبوستيت - الإلتزامات - فقرة ٣٢٦) - ان هذا الطعن لا يجوز لان الحق فى الرفض من الحقوق المتعلقة بالشخص، ولان حق المنتفع لم يدخل فى ذمته بصفة نهائية.

بينما يرى فريق ثالث (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية - ص ١١٠) - انه يجب التفرقة بين ما إذا كان الاشتراط تبرعا أو معاوضة، ففي الحالة الأولى لا يجوز الطعن، لان تقدير المنتفع للقبول أو الرفض يقوم على إعتبارات شخصية وادبية واضحة، اذ ان هناك نفوسا تعاف التبرع، اما فى الحالة الثانية فإن الطعن يجوز لعدم وجود مثل هذه الإعتبارات^(١).

٣ - إذا كان لا يجوز للمتعاقدان ان يلزما غيرهما بشئ فى العقد لما قد يترتب على ذلك من ضرر، فإنه قد يبدو انه يجوز لهما ان يكسبا غيرهما حقا من العقد، طالما ليس هناك ضرر فى ذلك، وهذا ما صرحت التشريعات العربية به عندما نصت على انه: "لا يترتب العقد إلتزاما فى ذمة الغير، ولكن يجوز ان يكسبه حقا..." (م ١٥٢ مدنى مصر و ١٥٣ سورى و ١٥٤ لىبي و ٢٢٥ لبنانى و ٢٧٠ و ٢٤٠ تونسى وهو حكم معمول به فى العراق بغير نص).

وعلى ذلك اجازت التشريعات العربية ان يشترط احد المتعاقدين على الاخر ان يكسب شخص ثالث غير المتعاقدين وخلفهما حقا من العقد.

ويبدو ان الفقه الإسلامى يجيز ان يكسب الغير حقا، ولكن بطرق فنية اخرى منها حوالة الحق، وحوالة الدين، والكفالة والوصية والوقف.. الخ، فالغير لا يكسب حقا مباشرا من العقد كما هو الحال فى الاشتراط لمصلحة الغير فى فقه القانون، انما يكسب غيره بطريق غير مباشر عن طريق الوسائل الفنية سالفة الذكر^(٢).

٤ - ان قاعدة نسبية العقود واقتصار اثارها على اطرافها ليست مطلقة، اذ ان الاشتراط لمصلحة الغير ينطوى على خروج حقيقى على هذه القاعدة، ففي الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة اشخاص: متعاقدان واجنبى يكتسب حقا مباشرا من العقد على الرغم من انه لم يكن طرفا فيه.

ويجوز للمشتراط ان ينقض المشاركة قبل اقرار المنتفع لها، الا ان يكون ذلك منافيا لروح التعاقد، وله عند نقض المشاركة ان يعين منتفعا اخر، أو ان يستأثر لنفسه

(١) نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية - ٣ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ص ٩١ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام - الدكتور عبد الناصر العطار - ص ٢٠٠ وما بعدها.

بمنفعتها، ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمنا الى ان الالغاء يترتب عليه ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط، ولما كان نقض المشاركة امرا يرجع الى تقدير المشتراط ذاته، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته، وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائيا، فكيون للمشتراط عين الحقوق التي تقدمت الاشارة اليها، والظاهر انه يجوز له فوق ذلك ان يطلب فسخ باعتبار ان المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنفع.

الغالب ان تعيين المنتفع يكون في عقد الاشتراط نفسه، على انه يصح ان يقع في عقد لاحق^(١).

٥ - إستقر الفقه والقضاء في العصر الحاضر على انه إذا كانت القاعدة انه يشترط لقيام الرابطة العقدية ان يكون للمتعاقد مصلحة مالية في تنفيذ العقد، فإن هذه القاعدة ليست قاعدة مطلقة بمعنى انه لا يتحتم ان تكون مصلحة المتعاقد مصلحة مادية دائما، بل يجوز ان تكون معنوية في بعض الصور، ويترتب على المساس بها في هذه الصور

ما يترتب على المساس بها في هذه الصور ما يترتب على المساس بالمصلحة المادية من نشوء الحق في طلب التنفيذ أو التعويض.

ولكن الفقه لم يستقر على تحديد هذه الصور، ويرجع عدم إستقراره الى صعوبة وضع معيار دقيق للمصلحة المعنوية يحدد شروطها ومداها.

ولهذا يرى بعض الفقهاء انه لا يجوز تعويض الضرر الادبي الا إذا كان هذا الضرر الادبي يجر الى ضرر مادي.

ويرى بعضهم انه لا يجوز تعويض الضرر الادبي الا إذا كان مترتبا على جريمة جنائية.

ويرى اخرون انه يجوز تعويض الضرر الادبي الذي يصيب الشرف والإعتبار، لا الضرر الذي يصيب العاطفة والشعور.

ويقول البعض يجوز التعويض عن الضرر الادبي لقاعدة عامة، على الا يكون هناك مغالاة في تقدير التعويض، والا يكون التعويض وسيلة للاستغلال أو لعقاب المدين، فهؤلاء الفقهاء يتركون للقضاء سلطة تحديد المصلحة المعنوية الواجب رعايتها.

ويذهب رأى الى ان المصلحة المعنوية الواجبة الرعاية هي المصلحة التي تتعلق بحق من الحقوق المعنوية للشخصية القانونية. ذلك ان وظيفة القانون هي حماية الحقوق المالية وغير المالية، فإذا تعاقد دائن على ان يقوم المدين بأداء مالي يحقق للدائن مصلحة لا تتصل بحقوقه المالية قبل العامة أو العائلية أو المعنوية، كان للدائن حق في تنفيذ الإلتزام^(٢).

(١) القانون المدني - الدكتور حسن الذنون - ص ٩٤ وما بعدها.

(٢) النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير - مقال الدكتور محمد سامي مذكور - مجلة القانون والافضاء - السنة ٢٣ - العدد ٢١ و ١٥١ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - ان مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني انه فى الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه شخصية فى تنفيذ المتعهد الإلتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون ان يدخل المنتفع طرفا فى العقد، وان المنتفع انما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بان تشترط الإلتزامات لمصلحه بإعتباره منتفعا فيه، ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت ان ينتج العقد اثره.

(جلسة ١٩٦٩/١/١٩ - مجموعة المكتب الفنى السنة ٢ - مدني ص ٦٩٣)

٢ - تعهد الملتزم فى عقد امتياز المرافق العامة باستخدام عمال الملتزم السابق بذات الشروط والاجور على ان يعتبر تعيينهم جديدا، هذا التعهد وان ورد فى عقد الإلتزام، الا انه ليس من الشروط التى وضعت لاداء خدمة عامة للجمهور بل هو تعاقد بين جهة الإدارة، وباسمها وبين الملتزم الجديد لصالح العمال المذكورين، ولجهة الإدارة فى هذا الاشتراط مصلحة ادبية هى استمرار هؤلاء العمال فى عملهم واستمرار حقوقهم مع حرص جهة الإدارة على عدم نقضى البطالة واذ كان المستفيد فى الاشتراط لصالح الغير يستفيد حقا شخصا مباشرا بمقتضى العقد يستطيع ان يطالب المتعهد بوفائه، وكانت هذه العلاقة العقدية من علاقات القانون الخاص لقيامها بين المستفيد والمتعهد، فإن مؤدى ذلك ان جهة القضاء العادى تكون هى المختصة بنظر النزاع بينهما.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٢ - محكمة التنازع) - المرجع السابق - ص ٥٢٩ وما بعدها)

٣- عقد التأمين الجماعي على الحياة. نوعان. تأمين مؤقت لحالة الوفاة وتأمين لحالة البقاء. العقد بنوعية أحد تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير. إلتزام رب العمل فيه بدفع أقساط التأمين ولعماله حق مباشرة قبل شركة التأمين دون ان يدخلوا طرفاً فى العقد. اثره. حق الشركة فى التمسك قبل المستفيدين بالدفع الذى تستطيع التمسك بها قبل طالب التأمين. مؤداه. لها إيقاف سريان التأمين قبل المستفيد إذا تأخر طالب التأمين فى دفع أقساطه. مادة ١٥٤ / ٢ مدني.

من المقرر ان عقد التأمين الجماعي على الحياة الذى يبرمه رب العمل لصالح العاملين لديه إما ان يكون تأميناً مؤقتاً لحالة الوفاة يكون معه لورثة المؤمن له الحق فى مبلغ معين إذا مات أثناء المدة التى يعمل فيها عند رب العمل وقبل ان يعتزل عمله أو تأميناً لحالة البقاء يتحصل بمقتضاه عند اعتزال العمل لبلوغ سن المعاش على راس مال دفعة واحدة أو بإيراد مرتب مدي الحياة فإن هذا العقد بصورتيه ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير يلتزم فيه رب العمل المستأمن بدفع أقساط التأمين إلى شركة التأمين ويكون لعماله أو ورثتهم حق مباشرة قبل الشركة المؤمنة دون ان يدخل العامل طرفاً فى عقد التأمين وبالتالي يكون لهذه الشركة ان تتمسك قبل المستفيدين بالدفع الذى تستطيع ان تتمسك بها قبل طالب التأمين إعمالاً لنص عجز الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني حيث يجري على ان : "... ويكون

لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد " فإذا تأخر طالب التأمين في دفع قسط التأمين جاز للمؤمن ان يقف سريان التأمين قبل المستفيد.

(الطعن رقم ٢٢٧٩ لسنة ٦٦ ق- جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ ص ٤٨ ص ١٢٢٩)

٤ - للشخص ان يتعاقد باسمه علي التزامات يشترطها لمصلحة الغير. أثره. اكتساب الغير المنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط. للأخير التمسك المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

من المقرر - عملاً بالمادة ١٥٤ من القانون المدني - انه يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه علي التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ، ويترتب علي هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق علي خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

(الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ ق- جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ لم ينشر بعد)

٥ - اشتراط مؤسسة مصر للطيران لصالح الركاب الطائر بموجب وثيقة تأمين جماعي إلترمت فيها شركة مصر للتأمين بأداء مبلغ التأمين لمن يفقد منهم رخصة الطيران بسبب فقد اللياقة الطبية نهائياً. حلول الطاعن محل الشركة بمقتضي إتفاق بينه وبين المؤسسة المذكورة. للطاعن التمسك بسقوط حق المنتفعين في الرجوع عليه بالتقادم الثلاثي عملاً بالمادة ١/٧٥٢ مدني قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام الطاعن بمبالغ التأمين بإعتباره محالاً عليه وانه ليس ذي صفة في التمسك بالدفع المشار اليه. خطأ.

إذ كان الثابت بالأوراق ان مؤسسة مصر للطيران قد اشترطت لصالح الركاب الطائر بموجب وثيقة تأمين جماعي إلترام فيه المؤمن الأصلي - شركة مصر للتأمين - بأداء مبلغ التأمين لمن يفقد منهم رخصة الطيران

بسبب فقد اللياقة الطبية نهائياً ، وان الطاعن - وهو صندوق تأمين خاص انشئ طبقاً لأحكام القانون ٥٤ لسنة ١٩٧٥ - قد حل محل الشركة سالفة البيان بمقتضي إتفاق بينه وبين المؤسسة المذكورة ، فإنتقل اليه ذات الدين ، وإذ طالبه المطعون ضدهم الأحد عشر الأوائل بمبالغ التأمين ، تمسك بسقوط حقهم - عدا الأول والتاسع - في الرجوع عليه لانقضاء ثلاث سنوات علي تحقق الواقعة المنشئة للحق في التأمين ، وهي فقد رخصة الطيران علي النحو السالف ، وكان الحكم المطعون فيه ألزمه بمبالغ التأمين بإعتباره محالاً عليه ، إلا انه إعتبره ليس بذئ صفة في التمسك بالدفع المشار اليه ، رغم ان الدين إنتقل اليه بدفوعه. فيكون له التمسك بتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى عملاً بالمادة ١/٧٥٢ من القانون المدني وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون - في هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٩٦ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ لم ينشر بعد)

٦ - من المقرر - عملاً بالمادة ١٥٤ من القانون المدني - انه يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ، ويترتب على هذا الاشتراط ان يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه ما لم يتفق علي خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

(الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٩٦ ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ لم ينشر بعد)

٧ - النص في المادة ١/١٥٤ من القانون المدني يدل على ان المشتراط وهو يبرم الاتفاق الذي يستفيد منه غيره انما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه فلا بد ان تكون له مصلحة شخصية في هذا الاشتراط مادية كانت هذه المصلحة او ادبية وله حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع.

(الطعن رقم ٤٧٣٣ - لسنة ٧١ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٤/٠٤/١٥)

٨-المقرر - في قضاء هذه المحكمة - من أن النص في المادة ٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ على أن "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقررها القانون.... وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها، في أي حالة تكون عليها الدعوى، بعدم القبول في حالة عدم توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين" والنص في المادة الثالثة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ على أن "يسري حكم هذا القانون على كافة الدعاوى والطعون المنظورة أمام جميع المحاكم على اختلاف جهاتها وولايتها واختصاصاتها ودرجاتها وأنواعها ما لم يكن قد صدر فيها حكم بات" يدل على أنه يشترط لقبول الدعوى أو الطعن أو أي طلب أو دفع أن يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة، أي يكون صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه، فإذا لم يتوافر هذا الشرط تقضي المحكمة من تلقاء نفسها - وفي أي حالة تكون عليها الدعوى - بعدم القبول. وأن مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجري تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره، ولما كان المشرع - فيما عدا ما وردت به أحكام خاصة - لم يقرر للمضروب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل المؤمن له فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسؤولية المؤمن له قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أو قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين، فإذا كان الحق الذي اشترطه المؤمن له إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط

لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير أما إذا تبين من وثيقة التأمين أن المتعاقدين قصدا تخويل المضرور الحق المباشر في منافع العقد، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق على واقعة الدعوى، ومن ثم يتعين للفصل في النزاع الحالي تفهم نصوص وثيقة التأمين لبيان ما كان يهدف إليه المتعاقدان من إبرامها.

(الطعن رقم ٣٧٣ - لسنة ٧٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٢ / ٢٠٠٨)

* * *

مادة (١٥٥)

(١) يجوز للمشتراط دون دائنية أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها، ولم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

(٢) ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، والمشتراط إعلان منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالإنتفاع عن المشاركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٥٧ لیبی و ١٥٣ عراقی و ١٥٦ سورى و ١٥٢ كويتى و ٢٣١ لیبانى و ١٣٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر -لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على المادة ١٥٦ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ - مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدنى أنه فى الاشتراط لمصلحة الغير بتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد للالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعا فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصا مستقبلا أو يكون مستطاعا تعيينه وقت أو ينتج العقد أثره.

(الطعن رقم ٥٢٣ - لسنة ٢٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٤ / ١٩٦٩ - مكتب فى ٢٠ - رقم الجزء ٢ -

رقم الصفحة ٦٩٣ - تم قبول هذا الطعن)

٢- مفاد نص المادتين ١٥٤، ١٥٥ من القانون المدنى، وكما ورد فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ومذكرة المشروع التمهيدي - أن الإشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة، بعد أن كان إستثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها، وهو ينطوي على خروج طبيعى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشتراط لمصلحة المنتفع، فيكسب الأخير بذلك حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا فى التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق. ولهذا أوجبت أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية، مادية أو أدبية فى تنفيذ الإلتزام المشتراط لمصلحة الغير. وأباحته له أن ينقض الإشتراط ما دام الغير لم يعلن رغبته فى الإستفادة منها إلا أن يكون ذلك منافيا لروح التعاقد. فإذا قبل المنتفع الإشتراط أو كان الشرط التزاما على المشتراط أصبح حقه لازما أو غير قابل للنقض، وهو حق مباشر مصدره العقد، فيجوز له أن يطالب بتنفيذ الإشتراط.

(الطعن رقم ٦٠٤ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠١ / ١٩٨٠)

٣- مفاد نص المادة ١٥٥ من القانون المدني أن للمشتراط لمصلحة الغير الحق في نقض المشاركة ما لم يعلن من حصل الشرط بمصلحته قبوله له ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل خاص بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً يستفاد من قول أو عمل أو إجراء يدل دلالة واضحة لا تحتل الشك على اتجاه إرادة المشتراط نحو إلغاء ما اشترطه لصالح الغير.

(الطعن رقم ١٧٨٩ - لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ٠٦ / ١٩٨٧)

٤ - مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره.

(الطعن رقم ١٢٨٩ - لسنة ٥٦ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٠٤ / ١٩٩٥)

* * *

مادة (١٥٦)

يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير ان يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية، كما يجوز ان يكون شخصا أو جهة لم يعينها وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت ان ينتج العقد اثره طبقا للمشارطة.

النصوص العربية المقابلة:

ليس لها مقابل فيها.

الأعمال التحضيرية:

ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصر منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم، فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع، فيكسب الاخير بذلك حقا مباشرا، ولو انه ليس طرفا في التعاقد، وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدرا لهذا الحق، ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الكشف عن وجه هذا النظام، وابرار شخصاته، من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة، وهو فضلا عن ذلك يقلل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتقصيل جزئياتها.

ومع ذلك فلم يكن من الهين ادراك فكرة إنصراف منفعة العقد الى غير عاقيه باعتبارها صورة من صور الاوضاع القانونية، مع ما هو ملحوظ من بساطتها، فالتقنين الفرنسى ذاته، وأغلب التقنيات اللاتينية من بعده قد جعلت منها جميعا مجرد إستثناء لا يطبق الا فى حالتين، ولم يسم هذا الإستثناء الى مرتبة الأصل، ويبسط نطاق على سائر الحالات، الا فى خلال القرن التاسع عشر، وعلى وجه الخصوص، على اثر ما اصاب عقد التأمين من نمو وزیوع. وقد بلغ التوسع فى تطبيق هذا الأصل بعيدا، وانتهى الأمر الى اباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصا مستقبلا، أو شخصا لم يعين وقت التعاقد، مادام تعيينه مستطاعا عندما ينتج هذا التعاقد اثره، كما هو الشأن فى التأمين لمصلحة من ولد ومن لم يولد من ذرية المؤمن، وقد نقل المشرع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير فى صورتها الى انتهت اليها فى اخر مرحلة من مراحل تطورها.

وللمشترط ان ينقض المشارطة قبل اقرار المنتفع لها، الا ان يكون ذلك منافيا لروح التعاقد، وله عند نقض المشاركة ان يعين منتفعا اخر أو ان يستأثر لنفسه بمنفعتها، ما لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمنا الى ان الالغاء يترتب عليه ان تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، ولما كان نقض المشارطة امرا يرجع الى تقدير المشترط ذاته، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائئيه أو وراثته، وإذا رفض المشارطة نهائيا فيكون لمشترط عين الحقوق التى تقدمت الاشارة اليها فى الغرض السابق والظاهر انه يجوز له فوق ذلك ان طلب فسخ العقد بإعتبار ان المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع.

وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط، فيجوز له ان يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره، ويراعى ان هذا الاقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة مفردة، ولا

يشترط فيه استيفاء شكل ما و يحدد المشروع اجلا معيناً لصدوره، ولكن يجوز انذار المنتفع بالافصاح عما في فترة معقولة، ويصبح حق المنتفع لازماً أو غير قابل بمجرد إعلان الاقرار وهو حتى مباشر مصدره العقد، ويترتب على ذلك نتيجتان:

الأولى - انه يجوز للمنتفع ان يطالب بتنفيذ الاشتراط، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان للمشتراط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ وهو يفترق عن الفضولي من هذا الوجه، فيجوز له ايضا ان يتولى المطالبة بنفسه، الا إذا قضى العقد بغير ذلك.

والثانية - انه يجوز للمتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفع على العقد^(١).

من أحكام القضاء الحديثة :

١- مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير بتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أو ينتج العقد أثره.

(الطعن رقم ٥٣٣ - لسنة ٣٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٤ / ١٩٦٩)

٢- مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير بتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أو ينتج العقد أثره.

(الطعن رقم ٥٣٣ - لسنة ٣٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٤ / ١٩٦٩)

٣- مفاد نص المادة ١/١٥٤ من القانون المدني أنه في الاشتراط لمصلحة الغير بتعاقد المشتراط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد الالتزامات المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكتسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشتراط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجرى تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره.

(الطعن رقم ١٢٨٩ - لسنة ٥٦ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٠٤ / ١٩٩٥)

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٢٠ - ص ٣١٦ و ٣١٧.

٣ - انحلال العقد**مادة (١٥٧)**

(١) فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز المتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى.

(٢) ويجوز القاضى أن يمنح الدائن إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٥٩ لىبى و ١٧٧ عراقى و ١٥٩ سورى و ١٧٢ كويتى و ٢٣٩ و ٣٤١ لبنانى و ١٤٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية على المادة ١٦ مدنى.

راى الفقه:

١ - يجب أن يعذر الدائن المدين قبل المطالبة بالفسخ، على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد اعدارا. ولكن اعدار الدائن للمدين قبل رفع دعوى الفسخ له أهمية عملية تظهر فى امرين:

- ١ - يجعله القاضى اسرع استجابة لطلب الفسخ.
- ٢ - يجعله اقرب الى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ.

ولابد من رفع دعوى وصودر حكم بالفسخ.

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفاسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق، ففى الفسخ بحكم الانفاق وكذلك الفسخ بحكم القانون، يكون الحكم كاشفا عن الفسخ لا منشأ له، اما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ، والمطالبة بالفسخ من اعمال التصرف، فإذا رفع الموصى دعوى بالفسخ دون اذن محكمة الولاية على المال المختصة كانت الدعوى غير مقبولة.

وليس محتما على القاضى أن يحكم بالفسخ، بل أن له فى ذلك سلطة تقديرية، فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك، وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه، ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو اهماله فى ذلك اهمالا واضحا رغما من اعدار الدائن له قبل رفع الدعوى، ومما يحمله على استيفاء العقد أن يكون مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته.

ودعوى لفسخ ليست له مدة خاصة تتقادم بها، فتقادمها ان يكون بخمس عشر سنة من وقت ثبوت الحق فى الفسخ، ويكون ذلك عادة عند الاعذار، طبقا للقواعد

العامة في التقادم المسقط، وذلك بخلاف دعوى الإبطال التي تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال^(١).

٢ - لم يعرف الفقه الإسلامي الفسخ الا على سبيل الإستثناء، وذلك بوجه خاص في عقد البيع وعقد الإيجار.

والفسخ - في القانون - هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه في ان يطلب حل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزامه، فهو يدخل - الى جانب المسؤولية العقدية - في نطاق الجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للمعقد.

فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وامتنع عنه المدين، كان للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني وطلب الفسخ.

وليس صحيحا ان أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني، اذ لو صح هذا لكان مقتضاه ان عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يترتب عليه ان يتحقق الشرط، فيقع الفسخ من تلقاء نفسه، مع ان الفسخ، لا يقع الا بحكم أو إتفاق، وللقاضي فيه سلطة تقديرية، ولكل من المتعاقدين ان يغير موقفه

في الدعوى، ومن هذا فإن عبارة الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني التي كثيرا ما تتردد في أحكام القضاء عبارة غير دقيقة.

فأساس الفسخ هو نظرية السبب، اذ ان سبب الإلتزام في العقد الملزم للجانبين هو الإلتزام الذي سيقابله، من ثم فإن فكرة السبب هي التي تربط بين الإلتزامين المتقابلين في هذا العقد، بحيث إذا لم يقيم احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، حق المتعاقد الآخر ان يتحلل من إلتزامه بالفسخ.

وشروط المطالبة بالفسخ، ثلاثة هي:

- ١ - ان يكون العقد ملزما للجانبين
 - ٢ - ان يكون احد المتعاقدين قد قعد عن تنفيذ إلتزامه
 - ٣ - ان يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعد لتنفيذه، وقادرا على اعادة الحال الى ما كانت عليه.
- والأصل ان يقع الفسخ بمقتضى حكم من القضاء، ولا يجوز ان يتفق المتعاقدان على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، وفي هذه الحالة يقع لفسخ بمقتضى الانفاق، ومن هذا يكون الفسخ من حيث طريقة وقوعه اما قضائيا أو إتفاقيا.

ويقع الفسخ بحكم القضاء مادام ان ليس هناك إتفاق في هذا الشأن. غير ان رفع الدعوى ليس مقتضاه ان يحكم حتما بالفسخ وان توفرت شروطه، وانما تظل مع ذلك فرصة من الخيار بين الفسخ والتنفيذ امام كل من الدائن والمدين والقاضي، فللدائن الذي رفع دعوى الفسخ ان يعدل قبل الحكم عن طلب الفسخ الى طلب التنفيذ، عينيا كان أو بطريق التعويض، واذا كان قد رفع الدعوى بطلب التنفيذ، فله ان يعدل عنه

(١) الوسيط - جزء ١ - ط ١٩٥٢ - الدكتور السنهاوري - ص ٦٩٦ وما بعدها، وكتابة الوجيز - ص ٢٧٠ وما بعدها.

ان طلب الفسخ وهذا وذاك ما لم يكن قد نزل عن احدهما، وللمدين قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى ان يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ إلتزامه، ولا يبقى امام القاضى فى هذه الحالة الا ان يقدر ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير فى الوفاء من عدمه، وللقاضى سلطة تقديرية، فله ان يحكم بالفسخ إذا قدر الظروف تبرر اجابة طلب الدائن، كان يتبين ان المدين تعمد عدم التنفيذ، أو اهمل بدرجة خطيرة بالرغم من اعداره، وله الا يحكم بالفسخ إذا وجد ان الجزء الهام من الإلتزام قد تم تنفيذه، فيكتفى بألا يحكم بتنفيذ الجزء الباقي أو بالتعويض عنه، وله ان يمنح المدين اجلا، وهو ما يقال له نظرة الميسرة إذا اتضح له ان ظروف المدين تستدعى ذلك، كان يكون له عذر مقبول فى التأخير فى الوفاء، أو يكون الدائن لم يصبه ضرر يذكر من هذا التأخير، وفى هذه الحالة يجب على المدين ان ينفذه إلتزامه خلال هذه المهلة، ولا يستطيع القاضى ان يعطيه مهلة اخرى، وإذا لم يقم بالتنفيذ اثناء هذه المهلة، إعتبر العقد بعد فواتها مفسوخا من تلقاء نفسه حتى لو لم يذكر ذلك فى الحكم^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - الاعذار قد شرع لمصلحة المدين وله ان يتنازل عنه، فإذا لم يتمسك المدين امام محكمة الاستئناف بان الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد، فإنه لا يقبل منه آثاره هذا الدفاع لأول مرة امام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٤/١٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - مدني ص ٦٩٢)

٢ - متى كان العقد لا يحوى شرطا صريحا فاسخا، فإن الدائن إذا إستعمل خياره فى طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى لعدم وفاء المدين بالتزامه، فإن المحكمة لا تلتزم فى هذه الحالة بالحكم بالفسخ، بل ان الأمر فى ذلك يرجع الى تقديرها، وهى فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ وعدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض، متى استندت فى ذلك الى أسباب سائغة، كما ان للمدين ان يتوقى الفسخ بالوفاء بإلتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٤١٣)

٣ - الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين وفقا للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى، لا يشترط لاعمال حكم هذه المادة ان يتضمن العقد شرطا يجيز الفسخ فى حالة تخلف احد طرفيه عن تنفيذ إلتزامه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ٧٠٨)

٤ - الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن كان من حق المشتري قانونا ان يحبس الثمن عن البائع، فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١/١٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٤٣)

٥ - يلزم فى الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ ان تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء

(١) نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية - الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ١١٣ وما بعدها.

نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبه له، والنص في عقد الصلح على انه إذا تأخر المدين عن الوفاء بقسط من اقساط الدين، حلت باقى الاقساط فوراً، دون حاجة الى تنبيه أو انذار رسمى أو غير رسمى، فضلاً عن إعتبار الصلح كان لم يكن واستعادة الدائن حقه فى التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله، هذا النص لا يفيد إتفاق الطرفين على إعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه فى حالة التأخر فى دفع احد الاقساط، وانما كل ما يفيد هو سقوط اجل الوفاء بالاقساط بغير حاجة الى تنبيه أو انذار عند التأخر فى دفع قسط منها، اما للنص على إعتبار الصلح كان لم يكن فى هذه الحالة، فليس الا تردداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ومتى كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمناً، فإن للمدين ان يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملاً قبل ان يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ - المرجع السابق - ص ٨٦٠)

٦ - متى كانت المحكمة قد انتهت الى وجود شرط فاسخ صريح فانها تكون - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة النقض - قد سلّبت نفسها كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى لها الحكم بإعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً الا ان تتحقق من حصول المخالفة الموجبة لها - واذ تحققت المحكمة - فى ضوء الوقائع السابقة على رفع الدعوى - من ان المدين لم ينفذ إلتزامه، وحكمت بالفسخ دون ان تعطى المشتري مهلة اثناء نظر الدعوى للوفاء بإلتزاماته أو تمنح اجلاً للطرفين لتتبين مدى استعداد كل منهما للوفاء بإلتزاماته، فانها تكون قد إلتزمت صحيح القانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٢/١٢ - المرجع السابق - ص ٢٠ - ٣٢٥)

٧ - ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تحويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف المتعاقد الآخر بإلتزامه هو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين، وهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منها بنص القانون، ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٧/٣ - المرجع السابق - ص ١١١٨)

٨ - إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر اعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى، لا استناد الى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد، فإن هذا القضاء يكون منشأً للفسخ لا مقررًا له، ولا يعيب الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه عدم نصه فى منطوقه على الفسخ، مادام قد نص عليه فى أسبابه بصيغة صريحة.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ - المرجع السابق - ص ٣٢٥)

٩ - منح المشتري مهلة للوفاء بثمن البيع إبقاءً للفسخ أو رفض طلبها، مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية، لانه من الرخص التى اطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى ان يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٥٠٤)

١٠ - يتعين لاجابة طلب الفسخ ان يظل الطرف الاخر متخلفا عن الوفاء بالالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، وله ان يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ إلتزامه الى ما قبل صدوره، ويسرى فى ذلك ان يكون حسن النية أو سئ النية، اذ محل ذلك لا يكون الا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٣/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢١ ص ٤٢٥)

١١ - اذ كان الحكم قد اقام قضاءه بفسخ عقد الايجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمنى، وكان الفسخ المبني على هذا الشرط من شأنه - وعلى ما جرى به قضاء النقض، ان يخول المدين الحق فى ان يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الاجل المحدد فى العقد، بل ويعد رفع الدعوى بطلب الفسخ، والى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها - ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائيا امام محكمة الاستئناف، وهو ما يقوم مانعا من اجابة طلب الفسخ، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، وكان الحكم المطعون فيه - الذى ايد الحكم الابتدائى بفسخ العقد - لم يبين وجه الضرر المبرم لعدم إعتبار وفاء الطاعن بالمتبقى من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائيا ما نعامن الفسخ، وكان ما قرره من اسناد المماطلة والاغنيات الى الطاعن لا يعديبانا للضرر فى هذا الخصوص، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال، بما يستوجب نقضة فيما قضى به من فسخ العقد.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ - المرجع السابق - ص ٩٠٨)

١٢ - إذا لم يشترط للفسخ بنص العقد، فإنه يكون خاضعا لتقدير قاضى الموضوع يحكم به أو يمنح المدين اجلا الموفاء بالإلتزام، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعا من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتما الا بنص فى القانون، ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى، كما ان المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى الذى كان يوجب الفسخ دون انذار المشتري الى اجل اخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الاجل وهو النص المقابل للمادة ٢٣٣مدنى قديم تاركا ذلك لحكم القواعد العامة فى فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد ان الاجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الإستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى فى طلب الفسخ، ولا ينطوى منح الاجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخ من تلقاء نفسه، وانما يبقى العقد قائما، والوفاء بالإلتزام لا يزال ممكنا بعد انقضاء الاجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء، ولا يتعين عليه ان يحكم بالفسخ، ويجوز ان يحكم برفضه إذا هو تبين ان الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ - المرجع السابق - ص ١٢٢٠)

١٣ - لما كان الإقرار إخبار بأمر وليس انشاء لحق، فلا ترد عليه أحكام الفسخ، فإن الحكم المطعون فيه، وقد ورد على دفاع الطاعنين المؤسس على ان عقد الصلح قد فسخ لعدم تنفيذ ما ابرم من اجله، بان ذلك العقد ينطوى على اقرار بملكية المطعون

عليه بوصفه شريكا في العقار، وان هذا الاقرار لا يسقط بعدم تنفيذ عقد الصلح، فإن هذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون (٢).

١٤ - الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحقيقه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع انه: (إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا)، فإن هذا الشرط لا يعدو ان يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما

كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية لا تقضى بالفسخ استنادا الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينه من ان الباقي من الثمن بعد استئزال قيمة العجز فى المبيع قليل الاهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملة، فانها لا تكون قد خالفت القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٥ - المرجع السابق - ص ١٣١٧)

١٥ - من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمنى طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول للمدين الحق فى ان يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائى مالم يتبين لمحكمة الموضوع ان هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به من إلتزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى.

(الطنن ٣٧٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٩)

١٦ - حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار. تقييد المشرع الأثر الفورى لهذا الشرط فى حالة إستعمال العين المؤجرة بطريقة ضارة بسلامة المبني بإشتراط إثبات حصول الضرر بحكم نهائى. المادتان ١٦ ، ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١. (مثال فى إيجار بشأن إستعمال العين المؤجرة مستشفى أو عيادة).

النص فى المادتان ١٦ ، ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - يدل على ان المشرع لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار إلا انه أورد عليه قيودا منها ما يتعلق بعد أعمال أثره الفورى بما أوجبه على المؤجر إذا كان فعل الإساءة فى إستعمال العين المؤجرة من شأنه الإضرار بسلامة المبني ان يثبت المؤجر هذا الفعل بحكم قضائى نهائى ، فإن خلت منه الدعوى فإن الشرط لا يحقق آثاره ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند فى قضائه بالإخلاء الى ما خلص اليه من تقرير الخبير فى الدعويين رقمي ٣٧٦٨ لسنة ١٩٨٤ مدني شمال القاهرة الابتدائية ، ١٥١ لسنة ١٩٨٤ من توافر موجب أعمال الشرط الصريح الفاسخ الوارد بعقد الإيجار حال ان الأوراق قد خلت مما يدل على صدور حكم قضائى نهائى بثبوت إساءة إستعمال العين محل النزاع على وجه ضار بسلامة المبني ولم يتحدى المطعون عليهن بذلك ، فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطنن ٤٤٤٩ ، ٤٥١٥ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٨ س ٤٣ ص ١٦١)

١٧ - فسخ العقد بقوة الشرط الصريح الفاسخ. شرطه. وجوب قيامه وعدم العدول عن إعماله.

المقرر - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - انه إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فإنه يلزم حتي بفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الواجب لسريانه. فإذا كان الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد باقي الثمن في الموعد المحدد له وتبين ان البائع أسقط حقه في إستعمال الشروط الفاسخ المقرر لمصلحته عند التأخير في سداد باقي الثمن في موعده بقبوله السداد بعد هذا الموعد منبئاً بذلك عن تناوله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولاً.

(الطعن ٢١٦٢ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٣/٤/١٤ س ٤٤ ص ١١٧)

١٨ - إستخلاص نية التفاسخ أو العدول عنه واقع إستخلاص محكمة الموضوع بتقديره متي أقامت قضاءها علي ما يؤدي إلي النتيجة التي انتهت اليها.

(الطعن ٧٧٦ لسنة ٥١ - جلسة ١٩٨٦/١/٢)

(الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/٤/١٢)

١٩ - فسخ العقد. أثره. إنحلاله بالنسبة للغير بأثر رجعي.

(الطعن رقم ٢٧٥٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٩٢/٢/٧ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ ع ١ ص ٤٩١)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٠ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ ص ٧٠٨)

٢٠ - عدم جواز انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر من العقد. جواز ان يكون صراحة أو ضمناً. لمحكمة الموضوع سلطة رفض أو قبول دعوى الفسخ متي أقامت قضاءها علي أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٤ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٤ ع ١٦ ص ١١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٧ ع ١ ص ٥٤٦)

فسخ العقد بقوة الشرط الصريح الفاسخ. شرطه. وجوب قيامه وعدم العدول عن إعماله.

(الطعن ٢١٦٢ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٣/٤/١٤)

٢١ - الإتفاق علي ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه أثره. وقوع الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى به وجوب ان تكون صيغة الإتفاق صريحة في وقوع الفسخ وتطبيقه علي عقود الإيجار الخاضعة للقانون المدني دون قوانين الإيجار الإستثنائية.

المقرر - في قضاء محكمة النقض - ان الإتفاق علي ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ ، إذ يقع هذا الفسخ الإتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلي رفع دعوي

بالفسخ أو صدور حكم به فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمة يكون مقررًا للفسخ ولا يملك معه القاضي إهمال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتقاضي الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوي الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة علي وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو انذار ، لما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة في المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من القانون المدني غير أمرة تسري علي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإجراءات الاستثنائية.

(الطعن ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١٣ س ٤٤ ص ٣٩٥)

٢٢ - عرض باقي الثمن بعد تحقق الشرط الفاسخ الصريح ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه.

الفسخ متي وقع بمنقضي شرط العقد فإن عرض باقي الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه.

(الطعن ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٤/٥/١١ س ٤٥ ص ٨١٨)

٢٣ - الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح في العقد عند التأخير في سداد باقي الثمن. قبول البائع للوفاء المتأخر أثره. إعتباره متنازلاً عن أعمال الشرط الفاسخ الصريح لا يبغي له عند تحقق ذلك سوي التمسك بالفسخ القضائي. خضوع امر الفسخ لتقدير محكمة الموضوع. القضاء به. شرطه. أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء حتي صدور الحكم.

المقرر في قضاء هذه المحكمة انه إذ تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً فإنه يلزم حتي يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه في إستعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبأً بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك يكون مقبولا ، ولا يبيق له - عند التأخير في سداد ما تبقي من أقساط الثمن - سوي التمسك بالفسخ القضائي طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني ، وفي هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء حتي صدور الحكم في الدعوى.

(الطعن ٢٣١١ لسنة ٩٥ ق - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ س ٤٥ ص ١٠٩٢)

٢٤ - حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين في طلب فسخ العقد أو انفساخه إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً. المادتان ١٥٧ ، ١٦٠ مدني. إعتبار العقد متضمناً له ولو خلا من إشتراطه. عدم جواز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه إلا باتفاق صريح. سريان ذلك علي عقد القسمة بإعتباره من العقود التبادلية.

إذا كان الأصل في العقود - وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة ان تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر ، إلا انه ليس ثمة ما يمنع من الإتفاق بينهما صراحة أو ضمناً علي رفع العقد والتقابل منه وليس هناك ما يحول بين أحدهما وبين طلب فسخه أو انفساخه إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا أصبح تنفيذ هذا الإلتزام مستحيلاً طبقاً لنصوص المواد ١٥٧ إلي ١٦٠ من القانون المدني مما مؤداه ان الحق في طلب حل الرابطة العقدية وفقاً لهذه النصوص بإعتبارها مكملة لإرادة المتعاقدين ثابت لكل متعاقد بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمانه منه أو الحد من نطاقه إلا بإتفاق صريح ، وعقد القسمة شأنه في ذلك شأن العقود التبادلية.

(الطعنان ٢٣٨٤ ، لسنة ٦٠ جلسة ١٩٩٥/٤/٥ س ٤٦ ص ٥٨١)

٢٥ - تقدير كفاية أسباب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه، من أمور الواقع. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوي.

من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه هو من أمور الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة اليها والموازنة بينهما وترجيح ما تطئن اليه منها.

(الطعن ١٣٥٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣١ س ٤٧ ص ٦٠٥)

٢٦ - حيث ان الوقائع علي ما تبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق نتحصل في ان المطعون ضدها أقامت الدعوي رقم.... لسنة ١٩٩٣ مدني كلي شمال القاهرة ضد الطاعن بطلب الحكم بفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٩٣/١/٥ وبتسليم الشقة المباعة وقالت بيانا لذلك انها بموجب ذلك العقد باعت للطاعن الشقة المبينة به وبصحيفة الدعوي بثمن قدره ٢٨٠٠٠ جنيها دفع منها التعاقد مبلغ ٢٠٠٠٠ جنيها وإتفق في البند الخامس منه علي سداد الباقي علي دفعتين بموجب إيصال أمانه يستحق الأول في ١٩٩٣/٧/١ ويستحق الثاني في ١٩٩٤/١/١ ونص في البند السادس علي انه إذا تخلف الطاعن علي السداد في الميعاد المتفق عليه بإيصال الأمانة يفسخ العقد تلقائياً وإذا حل ميعاد استحقاق القسط الأول ولم يقم الطاعن بسداده رغم إعداره فقد أقامت الدعوي بطلباتها وبتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٨ قضت محكمة أول درجة بالطلبات. استأنف الطاعن هذا الحكم بالإستئناف رقم.... لسنة... ق القاهرة وبتاريخ ١٩٩٥/٥/١٧ قضت المحكمة بتأييد الحكم النيابة مذكرة أبدت فيه الرأي بنقض الحكم، وإذا عرض الطعن علي المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث ان الطعن أقيم علي سببين ينعي الطاعن بالوجهين الأول والثاني من السبب الأول علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وفي بيان ذلك يقول انه دفع أمام محكمة الإستئناف بعدم قبول الدعوى لان المطعون ضدها لم تقم بإعداره وان عقد البيع وان تضمن شرطاً يقضي بفسخ العقد تلقائياً عند عدم الوفاء بباقي الثمن إلا انه خلا من إتفاق علي وقع الفسخ ومن إعداره وإذا رفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع

تأسيساً على أن المطعون ضدها انذرت الطاعن قبل رفع الدعوى طبقاً للثابت بحافظة مستنداتها في حين أن هذا الإنذار المقدم أول مرة أمام محكمة الاستئناف لا يصح الدعوى التي رفعت ابتداء بدونه فضلاً عن أنه خاص بسداد مبلغ على سبيل الأمانة ولا يتعلق بسداد باقي ثمن الشقة المباعة فإنه الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير سديد ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الفسخ هو حل للرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالالتزام ناشئ عنه والأصل فيه ألا يقع إلا بحكم القاضي - علي نحو ما نصت عليه المادة ١٥٧ من القانون المدني - وهو ما يستلزم إعدار المدين بوضعه قانوناً موضوع المتأخر في تنفيذ التزامه وكان الشارع لم يصرح بأن يجعل من الإخلال بالالتزام أو توجيه الإعدار من شروط قبول دعوى الفسخ بل يكفي تحققها أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي فيها باعتبار أن الإخلال بالالتزام هو مناط الحكم بالفسخ وأن الإعدار هو شرط إيقاعه. لما كان ذلك وكان الثابت بحافظة مستندات المطعون ضدها المقدمه منها أمام محكمة الاستئناف بجلسة ١١/١٠/١٩٩٤ أنها انطوت على إنذار الطاعن في ٢٤/٨/١٩٩٣ - وقبل رفع الدعوى - تنبه عليه فيه بسداد مبلغ ٤٠٠٠ جنيهاً قيمة إيصال الأمانة الذي يمثل قيمة القسط الأول من باقي الثمن الذي حل ميعاد استحقاقه في ١/٧/١٩٩٣ وفقاً للبند الخامس من عقد البيع ومن ثم فإن هذا الإنذار يعتبر إعدار للطاعن بالمعنى الذي حددته المادة ٢١٩ من القانون المدني وتكون الدعوى بالتالي قد اكتملت لها مقومات قبولها ولا يغير من ذلك أن يكون هذا الإنذار قد قدم أمام محكمة الاستئناف. وإذ

الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى إلي رفض الدفع بعدم قبول الدعوى فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويضحي النعي عليه في هذا الصدد على غير أساس. وحيث أن الطاعن ينعي بالوجه الثالث من السبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة المادتين ١٦٠ ، ٢٦٩ من القانون المدني اللتين تقضيان بأنه إذا فسخ العقد أو تحقق شرطه الفاسخ أعيد المتعاقدان إلي ما كان عليه قبل العقد.

وحيث أن هذا النعي غير مقبول ذلك أن المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات أوجبت أن تشتمل صحيفة الطعن على بيان الأسباب التي بني عليها والمقصود بهذا البيان - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - أن تحدد أسباب الطعن وتعرف تعريفاً واضحاً كاشفاً عن المقصود منها كشافاً وافياً نافياً عنها الغموض والجهالة وبحيث يبين منها العيب الذي يعززه الطاعن في الحكم وموضعه منه وأثره في قضائه. لما كان ذلك وكان الطاعن إذ إقتصر في بيان النعي على ما نسبته إلي الحكم من مخالفته نص المادتين ١٦٠ ، ٢٦٩ من القانون المدني دون بيان أثر ذلك في قضائه فإنه يكون مجهولاً ومن ثم غير مقبول.

وحيث أن الطاعن ينعي بالوجه الأول من السبب الثاني على الحكم المطعون فيه الفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب وفي بيان ذلك يقول أن الحكم أورد بمدونات أن الطاعن قدم مذكرة طلب فيها منحه أجلاً للسداد فقضت باستجوابه بخصوص سداد له باقي الثمن وهذا أورده الحكم يناقض ما تم بجلسة الإستجواب حيث

حضر وكيل الطاعن وطلب أجلاً للسداد إلا أن المحكمة رفضت وطلبت منه سداد باقي الثمن بذات الجلسة وهو ما يعيب حكمها ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير صحيح ذلك أن الثابت من محضر جلسة ١٩٩٥/٤/٩ المحددة للإستجواب بشأن ما أورده في صحيفة استئنافه من أنه قام بعرض باقي الثمن علي المطعون ضدها أن محامي الطاعن حضر بتلك الجلسة وصمم علي الدفع بعد قبول الدعوى وقرر وأنه ليس لديه استعداد لعرض باقي المبلغ وإذ خلص الحكم من ذلك إلي أن الطاعن إمتنع عند سداد باقي الثمن فإن النعي عليه بهذا الوجه يكون غير صحيح.

وحيث أن الطاعن ينعي بالوجه الثاني من الشق الثاني علي الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب وفي بيان ذلك يقول أن محكمة الإستئناف لم تتخذ الشق الثاني من الإستجواب الخاص بعقد الإيجار الذي قدم الطاعن صورة ضوئية منه والذي بموجبه أصبح الطاعن بعد فسخ عقد بيع الشقة مستأجراً لها من المطعون ضدها بما كان عليه رفض التسليم وهو ما يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء المحكمة أن الصورة الفوتوغرافية للمحرر العرفي لا يعتد بها في الإثبات إذ هي لا تحمل توقيعاً لمن صدرت منه ولا تثريب علي المحكمة إذا أطرحتها والتفت عنها دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي دعته لذلك. لما كان ذلك وكان الطاعن لم يقدم للدليل علي صحة ما تمسك به من استئجار شقة النزاع من المطعون ضدها سوي صورة فوتوغرافية من عقد إيجار لا حجية لها في الإثبات فإنه لا علي حكم المطعون فيه أن التفت عن تحقيق هذا الدفاع العاري من الدليل ويضحي النعي عليه بهذا الوجه علي غير أساس.

(الطعن ٦٢٤٤ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/١١/٢٧)

٢٧ - وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متي أقيم علي أسباب سائغة ، وكان تقدير عمل الخبير هو ما تستقل به تلك المحكمة أيضاً دون معقب عليها في ذلك من محكمة النقض فإذا رأت في حدود سلطتها التقديرية بتقرير الخبير لإقتناعها بصحة أسبابه فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك بالرد إستقلالاً علي الطعون التي وجهها الطاعن إلي ذلك التقرير لأن في أخذها به محمولاً علي أسبابه السائغة.

(الطعن ٢٣٨٢ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٧/٤/١٢)

٢٨ - تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته من سلطة محكمة الموضوع متي أقيم علي أسباب سائغة. مثال بشأن عدم قبول نعي علي حكم بفسخ عقد بيع.

من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ، ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متي أقيم علي أسباب سائغة ، لما كان ذلك ، وكانت محكمة

الموضوع قد اعتبرت ان التقصير من جانب المشتري دون البائعة إذ إتفق في عقد البيع موضوع النزاع علي سداد باقي الثمن علي دفعتين الأولي بعد شهرين من تاريخ العقد والباقي بعد التسجيل ولم يقدم الطاعن ما يفيد الوفاء بشئ من باقي الثمن فلا يكون ثمة تقصير من جانب المطعون ضدها (البائعة) ، وكان هذا الذي ذكره الحكم سائغا وله اصله الثابت بالأوراق وكافيا لحمل قضائه ، فإن النعي بالسببين يكون جدلاً فيما تستقل بتقديره محكمة الموضوع وتتحصر عن رقابة محكمة النقض ويكون غير مقبول.

(الطعن ٥٠٣ ، ٥١٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٧/٧/٨ س ٤٨ ص ١٠٧٥)

٢٩ - وحيث ان الطاعنين ينعون علي الحكم المطعون فيه بالسبب الأول من أسباب الطعن الخطأ في تطبيق القانون وبياناً لذلك يقولون انم قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه علي وكيل المطعون ضده الذي قبل العرض بما يمتنع معه الحكم بالفسخ تضمن العقد الشرط الصريح الفاسخ وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر علي سند من وقوع الفسخ منذ تاريخ التخلف عن السداد فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي شديد ، ذلك انه يبين من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال وإلي أسبابه ان أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع الدعوي علي أساس الشرط الفاسخ الضمني ، ولما كان الفسخ المبني علي هذا الشرط - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - يخول المدين الحق في ان يتوفي الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد بل ولو بعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلي ما قبل صدور الحكم النهائي فيها ، وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وباقي أوراق الدعوي ان الطاعنين قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه علي وكيل المطعون ضده بجلسة ١٩٩٢/٤/١٥ وقبوله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروض وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة بفسخ العقد علي سند من ان وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وان الحكم ليس منشأً للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

(الطعن ٧٩٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ لم ينشر بعد)

٣٠ - الشرط الصريح الفاسخ. خلو عقد البيع منه وثبوت وفاء الطاعنين بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه علي وكيل المطعون ضده بالجلسة وقبوله العرض واستلامه المبلغ.

أثره. امتناع إجابة طلب الفسخ. إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالفسخ علي أساس الشرط الفاسخ الضمني وعلي ان الفسخ وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وان الحكم ليس منشأً للفسخ بل مقرر له. خطأ.

(الطعن ٧٩٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢٨٥٩ لسنة ٩٦ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤ لم ينشر بعد)

٣١ - الممارسة. ما هيتهها. المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها حق لأي من الطرفين طبقاً للمادة ١٥٧ مدني. قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها لإخلال الطاعنة بالتزاماتها فيها صحيح.

(الطعن ١٦١٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠ لم ينشر بعد)

٣٢ - ان المقرر في قضاء هذه المحكمة ان مخالفة الثابت في الأوراق التي تبطل الحكم هي تحريف محكمة الموضوع للثابت مادياً ببعض المستندات ، أو ابتداء الحكم علي فهم حصلته المحكمة مخالفا لما هو ثابت بأوراق الدعوى من وقائع لم تكن محل منازلة من الخصوم لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع النزاع ورد ما دفعه المشتري علي ما أورده من ان الطاعن " لم ينفذ إلتزاماته الواردة في العقد المؤرخ ١٩٩٨/٣/٧ وانه إعمالاً للبند العاشر من بنود هذا العقد يضحي العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه " .

(الطعن ١١٩٦ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٥ لم ينشر بعد)

٣٣ - ان تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - وان كان من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه إلا ان ذلك مشروط بان تقيم قضاءها علي أسباب سائغة فإذا هي أخذت بتقرير الخبير المقدم في الدعوي وأحالية مدونات حكمها اليه وكانت أسبابه لا تؤدي إلي النتيجة التي انتهي اليها ولا تصلح ردا علي دفاع جوهرى تمسك به الخصم فإن حكمها يكون معيباً بالقصور .

(الطعن ١١٩٧ ، ٢٢٢١ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤ لم ينشر بعد)

٣٤ - وحيث ان هذا النعي شديد ، ذلك انه وان كان المحكمة الموضوع - عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني - سلطة الحكم برفض الدعوي بفسخ عقد البيع للتأخير في سداد باقي الثمن وملحقاته علي سند من انه قليل الأهمية بالنسبة إلي الإلتزام في جملته. إلا ان ذلك مشروط بان يكون حكمها مبيناً علي أسباب واضحة جلية تتم علي تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى بما له سند من الأوراق والبيانات المقدمة لها ، وان الحقيقة التي إستخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذي يتطلبه القانون ، ومن شأنه ان يؤدي إلي النتيجة التي انتهي اليها قضاؤها. وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق علي المشتري وملحقاته ان وجدت ، وما سدد منه ، وما بقي في ذمته ونسبته إلي الإلتزام في جملته وفقاً لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة ، وبيان الدليل الذي أقامت عليه قضاءها في كل ذلك من واقع مستندات الدعوى نحو مفصل ، وان تفصل في كل نزاع بين الخصوم تلك الأمور بحكم يحسم كل خصومة بينهم علي كلمة سواء وقول محكم حتي يمكن مراقبة صحة تطبيقه للقانون في هذا الشأن.

(الطعن ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥ لم ينشر بعد)

٣٥ - فسخ العقد الملزم للجانبين. من صور المسؤولية العقدية. المقصود به حل الرابطة العقدية جزاء إحلال أحد طرفيه بالإلتزام ناشئ عن العقد.

(الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٢ ق - جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٣)

٣٦ - الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقاً للغاية التي إستهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في إستعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وفي الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام في جملة". وهو ما هو لازم أنه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في إستعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وأنها بحثت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٧١ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٥)

٣٧ - النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من التقنين المدني على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه.... والنص في المادة ١٥٩ من ذات القانون على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وبفسخ العقد من تلقاء نفسه" يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح كما أن انفساخ العقد يقع عند انقضاء الإلتزام على أثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الإلتزام يستتبع انقضاء الإلتزام المقابل له. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعن أقام الدعوى بطلب إلزام المطعمون ضدهما بتنفيذ التزامهما بتسليمه السيارة المبيعة له وفي حالة استحالة التنفيذ فسخ عقد البيع وإلزامهما برد الثمن وتمسك بأنه سدد كامل الثمن إلى المطعمون ضده الأول فنقل له المطعمون ضده الثاني ملكية السيارة بالشهر العقاري بما ينبئ عن قبضه كامل الثمن وإجازته لعقد البيع الصادر من المطعمون ضده الأول، إلا أنهما لم ينفذا التزامهما بالتسليم فيحق له طلب الفسخ، ثم أعاد المطعمون ضده الثاني بيع السيارة للغير فانفسخ عقد البيع المؤرخ ١٨/٣/١٩٩٤ لاستحالة تنفيذه، إلا أن الحكم المطعمون فيه خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على سند من أنه لم يوف بالتزامه بسداد باقي الثمن فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ٥٤٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٢ / ٢٠١٠)

مادة (١٥٨)

يجوز الإتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لا يعفى من الاعذار، إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٦٠ لىبى و ١٥٩ سورى و ١٧٨ عراقى و ١٧٣ كويتى و ٤/٢٤١ لبنانى و ١٤٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقا - التعليق بالاعمال التحضيرية الورد على المادة ١٦٠ مدنى

راى الفقه:

١ - يحدث ان يتفق المتعاقدين مقدما وقت صدور العقد على الفسخ إذا لم يقر احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، وقد اظهر العلم ان المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ على هذا النحو، فإدنى مراتب هذا الشرط هو الإتفاق على ان يكون العقد مفسوخا إذا لم يقر احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته، وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط، بان يتفقا على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم، ويصلان الى الذروة إذا إتفقا على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو انذار، أو دون حاجة الى انذار.

(١) فى حالة الإتفاق على ان يكون العقد مفسوخا، يتوقف الحكم على نية المتعاقدين، فقد يكونان اردا تحتيم الفسخ إذا اخل المدين بإلتزامه، فيتحتم على القاضى فى هذه الحالة ان يحكم بالفسخ، ولكن هذا لا يغى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الاعذار، والغالب ان المتعاقدين لا يريدان بهذا الشرط الا القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، وعلى ذلك لا يغنى الشرط عن الاعذار، ولا على الإلتجاء الى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله ان يعطى المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه، بل هو لا يسلب المدين حقه فى توقي الفسخ بتنفيذ الإلتزام الى ان يصدر الحكم النهائى بالفسخ.

(٢) وفى الإتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم، فإن هذا الشرط لا يعفى من الاعذار، ويفسر فى الغالب على انه يسلب القاضى سلطته التقديرية، فلا يستطيع اعطاء المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه، ويتعين عليه الحكم بالفسخ.

(٣) أما فى حالة الإتفاق على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو انذار، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى انذار، يكون العقد مفسوخا بمجرد اعطائه مهلة للتنفيذ، ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق

شرط الفسخ ووجوب اعماله، ولكن هذا الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه، والا كان تحت رحمة المدين^(١).

٢ - يتبين من نص المادة ١٥٨ مدني ان الفسخ قد يقع بمقتضى الاتفاق، وذلك حتى يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام، ويختلف الحل في هذه الحالة بحسب المدعى الذى يصل اليه الطرفان فى إتفاقيهما، فهناك درجات متفاوتة للشرط الذى ينفق عليه فى هذا الخصوص، ومن ثم فإن الاثر الذى يترتب عليه يختلف من حالة الى اخرى.

فقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا إذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وهذه اضعف الصيغ التى يتفق عليها فى هذا الشأن، والشرط على هذا النحو ليس الا ترديدا للقاعدة العامة فى الفسخ، ولذلك فإنه يؤخذ على ان المتعاقدين به تقرير القاعدة العامة، ومن ثم

فهو لا يغنى عن الاعذار ولا عن رفع لحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية، ولا يحرم المدين من حقه فى توقي الفسخ بتنفيذ الإلتزام قبل صدور الحكم النهائى بالفسخ.

ويلاحظ انه ايا كان المدى الذى يصل اليه المتعاقدان فى اشتراط وقوع فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، فإن الدائن يظل له دائما الخيار بين طلب تنفيذ وطلب الفسخ مهما بلغ من قوة لا يسلب الدائن حقه فى

طلب التنفيذ، والا اصبح تحت رحمة المدين، فإن شاء هذا امتنع عن التنفيذ وجعل العقد مفسوخا، فالفسخ مقرر لمصلحة الدائن، ولذلك فهو لا يقع من تلقاء نفسه الا إذا اراد الدائن ذلك^(٢).

٣ - قد لا يطمئن المتعاقد الى الحكم الذى تقرره المادة ١٧٧ من القانون المدنى العراقى الذى يجيز فسخ العقد عند اخلال احد الطرفين بتنفيذ إلتزاماته، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى رفع دعوى به بمجرد اخلال احدهما بالتنفيذ.

ويذهب بعض الفقهاء الى ان مثل هذا الشرط يؤثر على طبيعة حق الفسخ، وعلى سلطة القاضى التقديرية، فإذا ادرج المتعاقدان مثل هذا الشرط فى العقد ثم اخل احدهما بتنفيذ إلتزاماته، فإن العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى رفع دعوى بمجرد اخلال احدهما بالتنفيذ.

ويذهب معظم الفقهاء الى ان الشرط المتقدم لا يغير من طبيعته الفسخ ولا يغنى عن رفع الدعوى واستصدار حكم به ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية.

ونحن (د. حسن الذنون) لا ننضم الى رأى من الرأيين السالفين، ونرى (د. الذنون) ان الحل يجب ان يستلهم أولا وقبل كل شئ من نية الطرفين، فإذا ما تبين للقاضى ان نيتهما قد انصرفت الى ان مجرد الامتناع عن التنفيذ أو الإخلال به يجعل العقد مفسوخا، وجب عليه الحكم بالفسخ، على انه قد يصعب فى معظم الاحوال ان

(١) الوسيط - جزء ١ - الدكتور السنهاوري ط ١٩٥٢ - ص ٧١٤ وما بعدها، وكتابة الوجيز - ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٢٤ وما بعدها.

يستخلص القاضى مثل هذه النية من مجرد تضمين العقد إتفاقا فاسخا، ولهذا فإنه إذا لم يستطع القاضى الكشف

عن هذه النية أو اتضح له ان نيتهما لم تنصرف الا الى تأكيد القاعدة العامة التى تقررها المادة ١٧٧ فإنه يسترد سلطته التقديرية، وفى هذه الحالة عليه ان يعمل جهده على انقاذ العقد والابقاء على الرابطة التعاقدية.

وقد يتفق المتعاقدان على ان اخلال احدهما بتنفيذ إلتزاماته يجعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه اى بقوة القانون.

هذه العبارة تفسر فى اغلب الاحوال على انها تسلب القاضى سلطته التقديرية فلا يستطيع معها ان يمنح المدين مهلة للتنفيذ، ولكن مثل هذا الانفاق لا يغنى عن رفع الدعوى ولا عن اصدار المدين.

وقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة الى حكم، ويفسر مثل هذا الإتفاق على ان فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه وبمجرد اخلال احد الطرفين بتنفيذ إلتزاماته ومن غير حاجة الى رفع الدعوى، وانما ترفع الدعوى إذا نازع المدين فى اعمال الشرط وادعى انه قام بتنفيذ إلتزاماته، فيقتصر فى هذه الحالة على التحقق من ان المدين لم ينفذ إلتزاما، فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ، ولكن حكمه يكون مقرر للفسخ لا منشأ له. ولا يعفى الشرط من اصدار المدين، فإذا اراد الدائن اعمال الشرط وجب عليه تكليف المدين بالوفاء، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه بعد هذا الاعذار انفسخ العقد من تلقاء نفسه الا إذا اراد الدائن ذلك، ويبقى هذا بالحياد بين الفسخ والتنفيذ.

وقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اصدار ومثل هذا الإتفاق يجعل العقد مفسوخا بمجرد اخلال احد الطرفين بإلتزاماته، من غير حاجة الى اصدار أو الى حكم قضائى والحكم الذى يصدر بالفسخ، فى حالة النزاع على توافر شروط الفسخ يكون كاشفا أو مقرر للفسخ لا منشأ له. وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان هذا الشرط يعتبر تنازلا من الدائن عن حقه فى الخيار بين الابقاء على العقد وفسخه إذا ما اخل الطرف الثانى بإلتزاماته، فلا يكون له فى هذه الحالة الا ان يقبل فسخ العقد، ونحن (دكتور الزنون) نرفض الأخذ بهذا الرأى، ونرى مع فريق اخر ان مثل هذا الشرط لا يحرم الدائن من طلب التنفيذ العينى، والا كان تحت رحمة المدين الذين يستطيع فى كل وقت ان يتخلص من الرابطة التعاقدية بان يخل بتنفيذ إلتزامه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لا يشترط القانون الفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح، وعلى ذلك فإن النص فى الانفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه أو اصدار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد إستخلصت من عبارات العقد ان نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره الى إعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند احلال الطاعنين (البائعين) بإلتزامهما، وبنيت هذا

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الزنون - ص ١٩٣ - وما بعدها.

الإستخلاص على ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بانها تفيد الإتفاق على انه فى حالة تخلفها عن الوفاء بالتزاماتها يصبحان ملزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسليمه، وذلك بدون اى منازعة وبلا حاجة الى تنمية أو انذار، وهو اثر لا يترتب الا على إعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وكان لا سبيل لمحكمة النقص على محكمة الموضوع فى هذا التفسير بانه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطته فى تقدير كفاية أسباب الفسخ، هذا التكيف لا مخالفة فيه للقانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ مدني - ص ٩٤٣)

٢ - التفاوض (التقاييل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون ايضا بإيجاب وقبول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالتفاوض الضمنى، ان تورد من الوقائع والظروف ما إعتبرته كاشفا عن ارادتي طرفي التعاقد، وان تبين كيف تلافت هاتان الارادتان على حل العقد.

(جلسة ١٩٦٧/٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ١٨)

نقض جلسة ١٩٦٧/١/١٩ المرجع السابق - ص ١٣٤)

٣ - إذا كان مؤدى ما اورده الحكم المطعون فيه هو ان عدم تمسك المؤجرة بإعتبار العقد مفسوخا طبقا للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية وان قبولها الاجرة متأجرة عن موعد استحقاقها مرة عقب صدور قانون الاسناد ليس من شأنه ان يعد تنازلا من جانبها عن التمسك بالشرط سالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر فى السداد بعد ذلك، فإن هذا من الحكم يعد إستخلاصا سائغا يؤدى الى ما انتهى اليه، ويكون النعى عليه بالفساد فى الاستدلال فى هذا الخصوص على غير أساس.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٢/٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ ص ٢٨٩)

٤ - متى إستخلص الحكم أسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع املاك الميرى، فإن مجادلة الطاعنة فى ذلك لا تعدو ان تكون جديلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع، واذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما امامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع فى تقدير حصول الفسخ من عدمه، وكان المطعون عليه (المشتري) قد اوفى بالتزامه قبل الفصل نهائيا فى الدعوى، فإن النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبب يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧١/١٢/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٠٣٤)

٥ - لئن كان مؤدى نص المادة ١٥٨ من القانوني المدني ان الإتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه من شأنه ان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية فى حدود الفسخ إلا ان ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الإتفاقي ووجوب إعماله ، ذلك ان للقاضي الرقابة التامة للثبوت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما ان له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله.

(الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠)

٦ - الشرط الفاسخ لا يعتبر صريحاً في حكم المادة ١٥٨ من القانون المدني إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام.

(الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

٧ - الإتفاق علي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه. جائز في العقود الملزمة للجانبين ومنها الإيجار. مادة ١٥٨ مدني. تدخل المشرع بتعيين أسباب الإخلاء بأحكام أمرة ومتعلقة بالنظام العام ومحددة علي سبيل الحصر بالتشريعات الإستثنائية لقوانين إيجار الأماكن المتعاقبة. أثره. تقييد حرية المؤجر في أعمال الأثر الفوري للشرط الصريح الفاسخ في حالة تأخر المستأجر في سداد الأجرة. مادة ١٨/ب ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - المقابلة للمادتين ٣١/أ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ٢٣ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩.

لئن كان الأحكام العامة في القانون المدني إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وما نصت عليه المادة ١٥٨ منه تجيز في العقود الملزمة للجانبين الإتفاق علي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء ذاته دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن بما يؤدي إلي وقوع الفسخ في هذه الحالة نفاذاً لذلك الإتفاق بقوة الإتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقدين بذلك من ضمانين إذ يقع الفسخ حتماً دون ان يكون للقاضي خيار في أمره بل ويتحقق ذلك دون حاجة إلي التقاضي ما لم ينازع المدين في وقوع موجب الفسخ وان كانت مهمة القاضي تقف في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً بعده. إلا انه تحقيقاً للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التي تسري عليها أحكام القوانين الإستثنائية المنظمة للإيجار ، رأي المشرع تعيين أسباب الإخلاء بأحكام أمرة ومتعلقة بالنظام العام أوردها علي سبيل الحصر في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - الواجب التطبيق - الذي رأي التدخل بحكم أمر في حرية المؤجر في النص في العقد علي الشرط الفاسخ الصريح في حالة التأخر في سداد الأجرة ، فنص في المادة ١٨/ب المقابلة للمادتين ٣١/أ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ٢٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩.

- علي انه " لا يجوز للمؤجر ان يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

(أ)

(ب) إذا لم تقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكلفة ذلك..... ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية..... " فلذلك علي انه وان لم يصادر حق المتعاقدين في الإتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح في عقد الإيجار إلا انه أورد عليه قيوداً منهما يتصل بعد أعمال الأثر الفوري لهذا الإتفاق وذلك بما أوجبه علي المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة ومنها ما يتعلق بتقاضي الأثر المترتب علي الإتفاق وذلك بما أجازة للمستأجر من توقي الإخلاء بأداء الأجرة والمصاريف الرسمية التي

يوجب المشرع علي المحكمة ان تحكم بها عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها - ولا تمثل المصاريف الفعلية التي يتكبدها المحكوم له بها من الخصوم عملاً بنص المادة ١/١٨٤ من قانون المرافعات - وكذا النفقات الفعلية قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى ، فإذا كان عقد الإيجار قد تضمن شرطاً صريحاً فاسخاً تعين ان يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص التشريع الاستثنائي سالف الذكر من ضوابط.

(الطعن ٢٢٢٦ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٩/١٧ س ٤٣ ص ١٠٨٣)

٨ - المقرر في قضاء محكمة النقض - ان الإتفاق علي ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط دون الحاجة لرفع دعوى بالفسخ إذ يقع هذا الفسخ الإتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به ، فإذا ما لجأ الدائن إلي القضاء فإن حكمة يكون مقرراً للفسخ ولا يملك معه القاضي إهمال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين ان يتقاضي الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد ان يعيده بعد انفساخه إلا انه يتعين ان تكون صيغة هذا الإتفاق صريحة الدلالة علي وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلي تنبيه أو انذار ولما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة في المادتين ١٥٧ ، ١٥٨ من القانون المدني غير أمرة تسري علي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الإستثنائية.

(الطعن ٢٢٩٤ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ س ٤٤ ص ٣٩٥)

٩ - المقرر في قضاء هذه المحكمة انه متي كان المتعاقدين قد إتفقا في عقد البيع علي ان يكون مفسوخاً في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو انذار أو حكم من القضاء فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بنص المادة ١٥٨ من القانون المدني ولا يلزم ان يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من أعمال أثره ان يكون لصاحبة الخيار بينة وبين التنفيذ العيني إذ يبقى له دائماً الخيار بين أعمال أثره وبين المطالبة بهذا التنفيذ.

(الطعن ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٤/٥/١١ س ٤٥ ص ٨١٨)

١٠ - تنص المادة ١٥٨ من القانون المدني علي انه " يجوز الإتفاق علي ان يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الإتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة علي الإعفاء منه. وكانت عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨ تنص علي انه " إذا تأخر الطرف الثاني في سداد أي قسط استحق عليه حل موعد سداد باقي الثمن علي المشتري فوراً دون حاجة إلي إعدار أو تنبيه. كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائي ويكون له أيضاً الحق في استرداد المحل موضوع التعامل.... فإن البين من هذه العبارة ان الطرفين وان إتفقا علي انه إذا تأخر المشتري عن سداد أي قسط مستحق عليه يحل موعد سداد باقي الأقساط دون حاجة إلي انذار أو تنبيه. إلا انهما لم يتفقا صراحة علي اعفاء البائعة من إعدار المشتري بسداد المستحق عليه من الثمن قبل

رفع دعوى الفسخ ولا يغير من ذلك إتفقاهما في البند المشار اليه علي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائي ذلك ان الشرط علي هذا النحو لا يعفي من الاعذار قبل رفع الدعوى الفسخ إعمالاً للمادة ١٥٨ من القانون المدني السالف ذكرها وليس هناك تعارض في هذه الحالة بين إذار الدائن للمدين وتكلفة بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لان الأعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به ، وبالتالي يتعين حصول الإذار في هذه الحالة - كشرط لإيقاع الفسخ الإتفاقي - وذلك بقصد وضع المدين قانوناً في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه ، ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من ان مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إذاراً للمدين ، إذ ان شرط ذلك ان تشتمل صحتها علي تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه.

(الطعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ لم ينشر بعد)

١١ - وحيث ان هذا النعي شديد ، ذلك انه من المقرر في قضاء هذه المحكمة انه إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً فإنه يلزم حتي يفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقع الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين ان البائع أسقط حقه في إستعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريق تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئاً بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولاً.

(الطعن رقم ٩٩٨ لسنة ٧٢ ق - جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٦ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ١١٩٧ ، ٢٢٢١ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤ لم ينشر بعد)

١٢ - وحيث ان هذا النعي غير مقبول ذلك ان من المقرر - في قضاء هذه المحاكم - انه إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً فإنه يلزم حتي يفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه ، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطاً بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين ان البائع أسقط حقه في إستعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئاً بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولاً.

(الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥ لم ينشر بعد).

١٣ - التناقص أو التقابل من العقد. ماهيته. إتفاق طرفيه بعد إبرامه وقبل إنقضائه على إلغائه.

(الطعن رقم ٥٠٢٣ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧)

١٤ - ولئن كان مؤدى نص المادة ١٥٨ من القانون المدني أن الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقية ووجوب إعماله. ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للثبوت من انطباق الشروط على عبارة العقد. كما أنه له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله. (الطعن رقم ٥٢٢٦ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ٤ / ٢٠١٠)

* * *

مادة (١٥٩)

فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى إلتزام بسبب استحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٦١ لىبى و ١٦٠ سورى و ١٧٩ عراقى و ١٧٤ كويتى و ٢٤٣ لبنانى و ١٤٤ سودانى ٣٤٥ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية على المادة ١٦٠ مدنى.

راى الفقه:

١ - لا ينقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه طبقاً للمادة ٣٧٣ مدنى، الا إذا أثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبى لا يد له فيه، فإذا استحال على المدين فى العقد الملزم للجانبين تنفيذ إلتزامه ولم يستطيع ان يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبى لا يدلّه فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه (م ٢١٥ مدنى)، وهذه هى المسئولية العقدية، فالعقد اذن لا ينفسخ، ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائى بدلاً من قواعد المسئولية العقدية، فيطلب الدائن فسخ العقد، وفى هذه الحالة لا يسع القاضى الا ان يجيبه طلبه، اذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ إلتزامه بعد ان اصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، فيحكم بفسخ العقد، والحكم هنا منشى للفسخ لا كاشف والعقد لم ينفسخ بحكم القانون، بل فسخ بحكم القاضى، اما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع الى سبب اجنبى، فإن الإلتزام ينقضى، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون طبقاً للمادة ١٥٩ مدنى.

مبدأ تحمل التبعة:

فإذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة فى انقضاء الإلتزام الذى إستحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الإلتزام، فهو لا يدلّه فى استحالة التنفيذ، لان الاستحالة راجعة الى سبب اجنبى، ومع ذلك لا يستطيع ان يطلب الدائن بتنفيذ الإلتزام المقابل، فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه هو الذى يتحملها، وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين، يرجع هذا الى فكرة الارتباط ما بين الإلتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد^(١) ولو ان العقد كان ملزماً الجانب واحد كالوديعة غير المأجورة، وهلك الشئ فى يد المودع عنده بسبب اجنبى فاستحال عليه رده الى المودع فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن المدين.

(١) نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه - الدكتور محمد زكى عبد النبى فرة ٢٦ وما بعدها.

فيمكن القول اذن بوجه عام ان المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد^(١).

٢ - يتضح من نصوص التقنيات المدنية العربية انها تتفق فى الأحكام الخاصة بانفساخ العقد بحكم القانون، وذلك فيما عدا التقنين المدنى العراقى اذ يقضى فى المادة ١٧٩ بان هلاك المعقود عليه فى المعاوضات وهو فى يد صاحبه، اى استحالة التنفيذ فى هذه الحالة، يؤدى الى انفساخ العقد بحكم القانون، سواء اكان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة، اذ انه فى التقنيات الاخرى لا يفسخ العقد بحكم القانون إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى فعل المدين، ويرجع هذا الخلاف الى ان الشارح العراقى أراد ان يوفق فى هذا النص بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه العربى الذى تأخذ به التقنيات العربية الاخرى.

ويتبين من تلك النصوص انه إذا استحال على المدين ان ينفذ إلتزامه لسبب اجنبى انقضى هذا الإلتزام، فينقضى تبعا لذلك الإلتزام الذى يقابله، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون.

فإذا استحال على المدين ان ينفذ إلتزامه، ولم يستطع إثبات ان هذه الاستحالة ترجع الى سبب اجنبى لا يد له فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه طبقا للمادة ٢١٥ مدنى مصرى والنصوص العربية المقابلة لها، وهذه هى المسئولية العقدية، ويستطيع الدائن فى هذه الحالة ان يطلب الفسخ بدلا من التعويض، وحينئذ يجب على القاضى ان يجيب الطلب، لان التنفيذ اصبح مستحيلا ويكون الحكم منشأ للفسخ، اذ العقد لم يفسخ بحكم القانون، وانما فسخ بحكم القاضى.

اما إذا كانت استحالة تنفيذ الإلتزام ترجع الى سبب اجنبى، فإن الإلتزام ينقضى طبقا للمادة ٣٧٣ مدنى مصرى والنصوص العربية المقابلة لها، ويترتب على ذلك ان يفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون طبقا للمادة ١٥٩ مدنى مصرى والنصوص العربية المقابلة لها، وذلك لانه فى العقد الملزم للجانبين إذا انقضى إلتزام سقط الإلتزام الذى يقابله لتخلف سببه، اذ ان هناك ارتباط بين الإلتزامين فى نشوئها وفى تنفيذها وفى العقد الملزم لجانب واحد إذا انقضى إلتزام المدين لم يعد للدائن ما يطالب به.

وفى هذه الحالة لا تكون هناك ضرورة للاعذار، لانه عبارة عن تكليف المدين بالوفاء، ومن ثم لا يلزم الا إذا كان التنفيذ ممكنا، ولا ضرورة كذلك لحكم قضائى بالفسخ، اذ يفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون واذا قام نزاع حول ما إذا كان هناك سبب اجنبى ادى الى استحالة التنفيذ وبالتالي الى انفساخ العقد، واقتضى الأمر الرجوع الى القضاء ليقول كلمته فى شأن توافر السبب الاجنبى، فإن عمل القاضى يقتصر حينئذ عند توافر هذا السبب على تقرير ان العقد قد انفسخ، فلا يكون الحكم منشأ للفسخ.

ويترتب على انفساخ العقد ما يترتب على الفسخ من اثر، فيزول كل اثر للعقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير، انما لا يحق للدائن ان يطالب بالتعويض وذلك خلافا لحالة الفسخ، لان استحالة تنفيذ المدين لإلتزامه، ترجع الى سبب اجنبى.

(١) الوسيط - ١ - للدكتور السنهاورى - ص ٧٢٢ وما بعدها، وكتابة : الوجيز - ص ٢٧٩ وما بعدها.

أما بالنسبة لمبدأ يشمل التبعة فإنه في العقد الملزم للجانبين، إذا انقضى الإلتزام لاستحالة تنفيذه بسبب اجنبى، فإن تبعة هذه الاستحالة تقع على عاتق المدين بهذا الإلتزام، وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب الدائن بالإلتزام المقابل، فتقع الخسارة عليه فى النهاية، فلو أن المبيع هلك بسبب اجنبى فى يد البائع قبل تسليمه الى المشتري، فإن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل تبعة هذا الهلاك. وأساس هذا هو الحل فكرة الارتباط بين الإلتزامات المتقابلة، تلك الفكرة التى املتتها نظرية السبب والتى يقوم عليها الفسخ ايضا.

وفى العقد الملزم لجانب واحد إذا استحال تنفيذ الإلتزام بسبب اجنبى، فإن الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة هو الدائن، وذلك لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بشئ، وليس فى ذمته إلتزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين من إلتزامه، فيتحمل الخسارة فى النهاية، فإذا كانت هناك وديعة بغير اجر، ثم هلكت عند المودع لديه بسبب اجنبى فاستحال عليه ردها، تحمل المودع - وهو الدائن - تبعة هذا الهلاك.

فالخلاصة إذا أنه فى العقد الملزم للجانبين تقع تبعة الاستحالة على المدين بالإلتزام الذى استحال تنفيذه، أما فى العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحملها هو الدائن^(١).

٣ - يفسخ العقد الملزم للجانبين بحكم القانون، أى بغير حاجة الى حكم قضائى أو إتفاق، وذلك إذا استحال تنفيذ إلتزاماته، فتتقضى الإلتزامات المقابلة لهذا الإلتزام، واستحالة التنفيذ هنا تكون بعد انعقاد العقد، وهى استحالة يستحيل معها التنفيذ العيى، فمثلا إذا هلك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه وكان معيناً بالذات كحصان مثلا، فإنه يستحيل على البائع أن يجد مثله ليوافى به إلتزامه، فلا يجب عليه تسليم المبيع ولا يجب على المشتري الوفاء بالثمن، وينفسخ البيع بحكم القانون.

فإذا استحال تنفيذ العقد لهلال محله مثلا، فإن المدين - فى العقد المزم للجانبين - هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، ففى عقد البيع إذا هلك المبيع المعين بذاته قبل تسليمه سقط إلتزام البائع بتسليمه، وسقط إلتزام المشتري بأداء ثمنه، وبالتالي تقع تبعة الهلاك على البائع وهو المدين بتسليم المبيع، بينما الدائن - فى العقود الملزمة لجانب واحد - هو الذى يتحمل تبعة الهلاك، فلو هلك الشئ الموهوب سقط إلتزام الواهب، ويتحمل الموهوب له تبعة الهلاك وهو الدائن بتسليم الهبة، وهذه نظرية تحمل التبعة^(٢).

٤ - يرى بعض الفقهاء أن الفسخ لا يكون الا بالتقاضى أو بالتراضى، أى أنه ينحصر فى الفسخ القضائى والفسخ الإتفاقي، ومن هؤلاء فى مصر الدكتور احمد حشمت أبو سنتيت (نظرية الإلتزام - فقرة ٢٧١) فهو يقرر أن الفسخ أما أن يتقرر قضاء أو بالإتفاق، ويقرر أنه لما كان هناك ما يسمى بانفساخ العقد الذى يعتبره البعض نوعان من الفسخ (بما يثيره من بحث فى تحمل تبعة العقد)، وكان هناك الدفع بعدم التنفيذ الذى قد يمتد للتنفيذ أو للفسخ، فالانفساخ وتحمل التبعة والدفع بعدم التنفيذ، هذه المسائل الثلاث تقوم كلها على فكرة السبب التى تربط بين مصر الإلتزامين فى العقد الملزم للجانبين، فلا يعتبر منها جزءا الا الفسخ، أما الانفساخ (وتحمل التبعة) فلا شأن له

(١) نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٣٠ وما بعدها.

(٢) نظرية الإلتزام فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية - الدكتور عبد الناصر العطار - ص ٢٤٠.

اصلاً بالجزاء ونحن (دكتور الذنون) تخالف هذا الرأي وتذهب الى ان الانفساخ وما يترتب عليه من تحمل التبعة لا يعدو ان يكون جزءاً إذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين أو ضمناً إذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب اجنبي.

ويفهم ما تقدم اننا (دكتور الذنون) نذهب إلى ان فيصل التفرقة بين الفسخ القضائي والفسخ القانوني (الانفساخ) انه في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه وكان التنفيذ العيني لازال ممكناً ، فاننا نكون في صدد فسخ للعقد لابد في من صدور حكم به ، فإذا استحال علي المدين تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، فاننا نكون في صدد فسخ قانون أو انفساخ ، ويستوي بعد هذا ان يكون مرد هذه الاستحالة خطأ المدين أو السبب الأجنبي^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - استحالة تنفيذ البائع لإلتزامه بنقل متى كان الشاحن لم يدع ان خطأ مصلحة الجمارك قد ترتب عليه استحالة تنفيذ إلتزاماته المترتبة على عقد النقل بينه وبين هيئة السكك الحديدية، فإنه لا يمنع من المسؤولية عن تنفيذ العقد قبل الهيئة المذكورة ما تمسك به من دفاع استند فيه الى المادة ١٥٦ من القانون المدني تأسيساً على ان الخطأ قد وقع بفعل الغير وهو مصلحة الجمارك.

(جلسة ١٩٦٦/١١/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - مدني ص ١١٢٩)

٢ - يترتب على نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة انفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب اجنبي.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١١٢٩).

٣ - ينفسخ عقد البيع حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ إلتزام احد المتعاقدين اسبب اجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالإلتزام الذي استحال تنفيذه، عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، فإذا اثبت الحكم المطعون فيه ان إلتزام البائعين بنقل ملكية المطحن المبيع قد صار مستحيلاً بسبب التأميم، فإنه يكون قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الإلتزام ترجع الى سبب اجنبي لا يد للبائع فيه واذا كان وقوع الاستحالة بهذا السبب الاجنبي لا يعفى البائع من رد الثمن الذي قبضه، بل ان هذه الثمن واجب رده في جميع الاحوال التي يفسخ فيها العقد أو ينفسخ محكم القانون، وذلك بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني، ويقع الغرم على البائع نتيجة تحمله تبعة لقضاء إلتزامه الذي استحال عليه تنفيذه، ومن ثم يكون غير منتج دفاع البائع بعدم وقوع خطأ منه.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١٥٦٧)

٤ - ينفسخ عقد البيع حتماً من تلقاء نفسه طبقاً لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ إلتزام احد المتعاقدين بسبب اجنبي، ويترتب على انفساخه ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيلزم

(١) القانون المدني العراقي - الدكتور حسن الذنون - ص ١٢٦.

البائع برد الثمن، إذ المدين بالإلتزام الذي استحاله تنفيذه هو الذي يتحمل تبعه هذه الاستحالة عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين وإذا كان الثابت أن الإلتزام البائع بنقل ملكية القدر المبيع إلى المشتري قد أصبح مستحيلاً بسبب الاستيلاء عليه لدى البائع تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢، فإن مقتضى هذه الاستحالة أن يفسخ العقد وأن يلزم البائع وورثته من بعده برد الثمن بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني، إذ الغرم يقع على البائع نتيجة تحميه تبعه انقضاء إلتزامه.

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ص ٤٣٢)

٥- المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن في العقود الملزمة للجانبين يفسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لسبب أجنبي، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعه الاستحالة في هذه الحالة المدين بالإلتزام الذي استحاله تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين، ولما كان الحكم المطعون فيه انتهى إلى أن عقد بيع الأسمت قد انفسخ بعد أن أصبح تنفيذه مستحيلاً بسبب أجنبي بسبب استيلاء سلطات الجمارك وأمن المواني عليه وإعدامه لأنه غير صالح للاستخدام في مصر فإنه يكون قد أثبت استحالة تنفيذ هذا الإلتزام يرجع لسبب أجنبي وينقضي تبعاً لذلك الإلتزام المشتري بسداد الثمن.

(الطعن رقم ٨٩٤ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٧/٠١)

٦- النص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ من النقنين المدني على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه.... والنص في المادة ١٥٩ من ذات القانون على أن "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه" يدل على أن حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح كما أن انفساخ العقد يقع عند انقضاء الإلتزام على أثر استحالة تنفيذه فانقضاء هذا الإلتزام يستتبع انقضاء الإلتزام المقابل له. لما كان ذلك، وكان البين من الأوراق أن الطاعن أقام الدعوى بطلب إلزام المطعون ضدهما بتنفيذ التزامهما بتسليمه السيارة المبيعة له وفي حالة استحالة التنفيذ فسخ عقد البيع وإلزامهما برد الثمن وتمسك بأنه سدد كامل الثمن إلى المطعون ضده الأول فنقل له المطعون ضده الثاني ملكية السيارة بالشهر العقاري بما ينبئ عن قبضه كامل الثمن وإجازته لعقد البيع الصادر من المطعون ضده الأول، إلا أنهما لم ينفذا التزامهما بالتسليم فيحق له طلب الفسخ، ثم أعاد المطعون ضده الثاني بيع السيارة للغير فانفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٩٤/٣/١٨ لاستحالة تنفيذه، إلا أن الحكم المطعون فيه خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على سند من أنه لم يوف بالإلتزامه بسداد باقي الثمن فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ٥٤٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٢/٢٢)

مادة (١٦٠)

إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان إلى الخالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٦٢ لیبی و ١٦١ سورى و ١٨٠ عراقى و ١٧٥ كويتى و ٢٤٢ لبنانى و ١٤٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه احد العاقدین عن الوفاء بالتزامه، فيطلب الآخر فسخه، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به، ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضى العاقدین، أو بحكم القانون وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو إنفاقياً أو قانوناً على حسب الاحوال.

ففى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد العاقدین عن الوفاء بالتزامه، رغم ان الوفاء لا يزال ممكناً، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد، وبين طلب الفسخ، على ان يكون قد اعذر المدين من قبل، فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه، وهو يدخل فى حدود الامكان، كما هو حكم الفرض، تعين ان يستجيب القاضى لهذا الطلب، وجاز له ان يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك، اما إذا اختار الفسخ فلا يجيز القاضى على اجابته اليه، بل يجوز له ان يقضى بذلك من تلقاء نفسه، وله كذلك ولو كان التنفيذ جزئياً، ان يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الاهم فى الإلتزام. على ان للقاضى ان يجيب للدائن إلى طلبه، ويقضى بفسخ العقد، مع إلزام المدين بالتعويض دائماً ان كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته فى حالة الفسخ أساساً للإلزام بالتعويض، اذ هو يعدم انعداماً يستند اثره بفعل الفسخ، وانما يكون مصدر الإلزام فى هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره. على ان القاضى لا يحكم بالفسخ الا بتوافر

شروط ثلاثة: اولهما - ان يظل تنفيذ العقد ممكناً، والثانى - ان يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه، والثالث - ان يبقى المدين على تخلفه، فيكون من ذلك مبرر للقضاء بالفسخ، فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب الى المدين من خطأ أو تقصير.

اما الفسخ الإنفاقى فيفترض إتفاق المتعاقدین على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة الى حكم قضائى عند التخلف عن الوفاء، ويقضى مثل هذا

الإتفاق الى حرمان العاقد من ضمانتين: (أ) فالعقد يفسخ حتماً دون ان يكون لهذا العاقد بل ولا للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ، وانما يبقى الخيار للدائن بداهة، فيكون له ان يرغب عن الفسخ ويصر على التنفيذ (ب) ويقع الفسخ بحكم الإتفاق دون حاجة للقاضى على ان ذلك لا يقبل الدائن من ضرورة الترافع الى القضاء عند منازعة المدين فى واقعة تنفيذ العقد. بيد ان مهمة القاضى تقتصر فى هذه الحالة على التثبت من هذه الواقعة، فإذا تحققت لديه صحتها ابقى على العقد، والا قضى بالفسخ على ان

حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنه ضمانه اخرى، تتمثل في ضرورة الاعذار مالم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء ايضا. يبقى بعد ذلك امر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الإلتزام على اثر استحالة تنفيذه، فانقضاء هذا الإلتزام يستتبع انقضاء الإلتزام المقابل له لتخلف سببه، ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون، بغير حاجة الى التقاضى، بل وبغير اذار، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحا كافيا، على ان الترافع الى القضاء قد يكون ضروريا عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ بحكم القانون، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به، تبعا لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة الى خطأ المدين أو تقصيره أو الى أسباب اجنبى لا يد له فيه.

ويترتب على الفسخ، قضائيا كان أو إتفاقيا أو قانونيا، انعدام العقد انعداماً يستتد اثره، فيعتبر كان لم يكن، وبهذا يعود المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد، بعد ان تم فسخه. وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض على الملمزم، وفقا للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق، ومع ذلك فقد استثنى المشرع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض في فسخ العقود الناقلة الملكية للعقارات، فنص

على ان هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية، حقا على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ، ومؤدى هذا ان يظل حق الغير قائما، ويرد العقار متقلا به، رغم فسخ العقد الناقل للملكية. وغنى عن البيان ان هذا الإستثناء يكفل قسطا معقولا من الحماية للغير حسن النية، ويهيئ بذلك التعامل ما يخلق به من أسباب الإستقرار^(١).

راى الفقه:

١ - إذا انفسخ العقد بحكم القانون، ترتب على انفساخه من الاثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الإتفاق، فيعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ولا محل للتعويض، لان المدين قد انقضى إلتزامه بسبب اجنبى لا يد له فيه. وينطبق ما سبق ان تقرر فى هذا الصدد - فيما عدا التعويض - من إنحلال العقد بأثر رجعى، ومن اثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير، ومن انعدام الاثر الرجعى بالنسبة الى العقود الزمنية، ينطبق هنا^(٢).

٢ - يترتب على الفسخ ان تعود الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا كان العقد الذى تقرر فسخه لم ينفذ شئ منه، فلا يلتزم اى من المتعاقدين بشئ نحو الآخر، وإذا كان العقد قد نفذ جزئ منه، وجب ان يرد كل من المتعاقدين الى الطرف الاخر الاداء الذى قبضه منه، فإذا كان العقد بيعا تعين على المشتري ان يرد المبيع الذى تسلمه الى البائع، وتعين على البائع ان يرد الثمن الذى قبضه الى المشتري، وهذا وذاك فضلا عن الفوائد والثمار.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - الجزء ٢ - ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٢) الوسيط - جزء ١ - الدكتور السنهاوي - ط ١٩٥٢ - ص ٢٢٦، وكتابة الوجيز - ص ٢٨١

وعقد المدة - رسالة دكتورا - الدكتور عبد الحي حجازي ص ١٦٠ وما بعدها.

وإذا أصبح الرد مستحيلا حكم القاضي عليه بتعويض يعادل قيمة المبيع وقت الهلاك، مع ملاحظة ما سبق ان قلناه في البطلان من ان الإلتزام بالرد ليس أساسه دفع غير المستحق كما يرى فريق من الفقهاء، بل يجب ان ينفذ هذا الإلتزام كما كل كان ناشئا عن عقد، وذلك نظرا الى ما قام من علاقة بين الطرفين، فلا يستطيع اى من الطرفين ان يطالب الاخر برد ما اخذه الا بقدر ما يرد هو ايضا مما اخذه.

وللدائن الذى طلب الفسخ، زيادة على استرداد ما اداه، ان يطلب التعويض من المدين عن الضرر الذى اصابه من الفسخ، وفى هذه الحالة يكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وإذا طلب الدائن التنفيذ جاز له ان يطلب التعويض على أساس المسؤولية العقدية، فيصبح ان يحكم للدائن بالتعويض سواء اكان ما طلبه هو التنفيذ أو الفسخ.

انما يلاحظ انه فى عقود المدة، كالإيجار، لا يكون للفسخ اثر رجعى لان طبيعة هذه العقود تأبى ان يكون للفسخ فيها مثل هذا الاثر فالزمن معقود عليه، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، وعليه فإن ما تم من العقد قبل الفسخ يظل قائما محتفظا بآثاره، فلا يفسخ العقد الا بالنسبة الى ما بقى منه بعد وقوع الفسخ، ومن ثم تكون الاجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الاجرة لا التعويض، فيضمنها امتياز المؤجر، وذلك على خلاف ما جاء بالنسبة لحالة ابطال عقد المدة حيث يزول كل اثر للعقد، فيكون المستحق عن المدة السابقة على الإبطال تعويضا لا اجرة، فلا يضمنه امتياز المؤجر، والواقع ان الفسخ فى هذه العقود هو فى حقيقته انها للعقد^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدنى تنص على انه إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة الى الغير بأثر رجعى، فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المباعة الى البائع، ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى ترتبت عليها، كما يكون للمشتري ان يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده اليه، وذلك كأثر من آثار فسخ العقد.

(جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٧٠٨)

٢ - متى كان الطرفان قد تراضيا على الغاء العقد، فإن هذا التفاسخ (التقابل) لا يكون له اثر رجعى الا إذا إتفق على ترتيب هذا الاثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والإلتزامات المترتبة على العقد الذى تفاسخا عنه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٤/٢ - المرجع السابق - ص ٨٢٥)

٣ - إذا اثبت الحكم المطعون فيه ان إلتزام الطاعن بنقل ملكية العين المباعة قد صار مستحيلا بسبب الاستيلاء عليها لديه تنفيذا للقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١م بتعديل

(١) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية - الدكتور عبد المنعم فرج الصده - ٣ - ص ١٢٧.

قانون الأصلاح الزراعى، فإنه يكون بذلك قد اثبت ان استحالة تنفيذ هذا الإلتزام ترجع الى سبب اجنبى: واذ كان وقوع الاستحالة لهذا السبب الاجنبى لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذى قبضه، بل ان هذا الثمن واجب رده فى جميع الاحوال التى يفسخ فيها العقد أو يفسخ بحكم القانون، وذلك بالطريق لحكم المادة ١٦٠ من القانون المدنى، ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة فى انقضاء الإلتزام الذى استحال عليه تنفيذه، وكان لا ينفى هذه الاستحالة ان المطعون عليه استمر يضع اليد على القدر المبيع، ذلك ان واضع اليد على الاراضى المستولى عليها يستمر، بحكم القانون - فى وضع يده عليها، ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل دفع سبعة امثال الضريبة سنويا الى الهيئة العامة للأصلاح الزراعى، حتى تقوم هذه الهيئة باستلامها فعلا، فإن الحكم المطعون فيه اذ قضى بإلزام الطاعن برد الثمن تأسيسا على انفساخ العقد لاستحالة تنفيذ الطاعن الإلتزام بنقل الملكية يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا، ويكون غير منتج دفاع الطاعن بان المطعون عليه هو الذى اهمل فى تسجيل عقده أو فى التقدم الى اللجنة القضائية للأصلاح الزراعى للاعتداد بهذا العقد.

(جلسة ١٩٧١/٢/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - مدني - ص ٢٤٤)

٤ - إستحالة تنفيذ أحد المتعاقدين الإلتزام لسبب أجنبي. أثره انفساخ العقد من تلقاء نفسه. تحمل المدين بالإلتزام تبعة الإستحالة. المادتان ١٥٩ ، ١٦٠ من القانون المدنى انتهاء الحكم سائغا إلى إستحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة وفسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وإلزامه برد الثمن إلى المطعون ضدهما. النعي عليه علي غير أساس.

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - ان عقد البيع يفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدنى بسبب إستحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبي ، ويترتب علي الانفساخ ما يترتب علي الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعة الإستحالة فى هذه الحالة المدين بالإلتزام الذى إستحالة تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين. إذ كان ذلك وكان الحكم الابتدائي الذى أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه قد انتهى إلى هذه النتيجة حين ذهب إلى ان إستحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة يقتضي عقد البيع الصادر ضدهما بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدنى ، وكان ما إستخلصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق ومؤديا إلى ما انتهى اليه ولا مخالفة فيه للقانون ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه يكون علي غير أساس.

(الطعن ٥٧٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٠/٦/٢١ س ٤١ ص ٣٣٧)

٥ - يترتب علي فسخ العقد إنحلاله بأثر رجعي ويعتبر كان لم يكن ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه.

(الطعن رقم ٢٤٥٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩١/٦/٥ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٢٤٥٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٠)

(رقم ١٣٥٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٥)

٦ - إلزام كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برد عين ما أعطي لا ما يقابله. شرطه ان يكون ذلك غير مستحيل.

المقرر ان ما يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برده إلى الآخر في هذه الحالة انما هو عين ما أعطي لا ما يقابله ما دام ذلك غير مستحيل.

(الطعن ٤٤٥٦ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ ص ٤٣ ص ٩٨٢)

٧ - القضاء بفسخ عقد البيع أثره. إنحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه. إلزام المشتري برد العين المبيعة للبائع وإلزام الأخير برد ما قبضة من ثمن.

يدل نص المادة ١٦٠ من القانون المدني - وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة - على انه يترتب علي فسخ عقد البيع إنحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة إلى البائع وان يرد إلى المشتري ما دفعه من الثمن.

(الطعن ٤٤٥٦ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٢/٧/١٩ ص ٤٣ ص ٩٨٢)

٨ - تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وتسليمه أرض المطعون ضدهم خالية كأثر من آثار فسخ العقد تأسيساً على ان البناء محل التداعي أقيم على هذه الأرض وأخري ضمت إليها وانه لا يتصور تسليم أي جزء من الأرض خالية إلا إذا هدم العقار بأكمله. دفاع جوهرى. التفات الحكم المطعون فيه عنه دون بحثه والرد عليه قصور.

إذا كان الثابت بالأوراق ان الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وتسليمه أرض المطعون ضدهم خالية كأثر من آثار الفسخ وذلك تأسيساً على ان البناء أقيم على هذه الأرض وأرض أخرى ضمت إليها وبلغت مساحتها جميعها ١٠٢٩ م^٢ لا يتجاوز أرض المطعون ضدهم فيها نسبة ٦٠% فقط وانه لا يتصور تسليم أي جزء من الأرض خالية إلا إذا هدم العقار بأكمله وفي ذلك ضياع للمال وإهداراً. وإذا لم يعن الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهرية إذ من شأنه لو تحقق ان يغير وجه الرأي في شأن قضائه بالإزالة والتسليم فإن الحكم يكون معيباً بالقصور.

(الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ ق - جلسة ٢٠٠٠/٧/١)

٩ - الأصل أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١٦٠ من القانون المدني ومن ثم كان الفسخ له أثر رجعي سواء كان بحكم القاضي أو بحكم القانون إلا أنه إذا كان العقد زمنياً كالإيجار وفسخ لم يكن لفسخه أثر رجعي لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته إذ أنه محل العقد وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه، ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار تبقى محتفظة بآثارها ويبقى عقد الإيجار قائماً طوال هذه المدة وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم البات بفسخه لا قبل ذلك أو من اليوم التالي لنشر حكم المحكمة الدستورية العليا في الجريدة الرسمية ويترتب على ذلك أنه إذا نشأ العقد المفروش وتم تنفيذه وانتهى في ظل الرخصة التي كانت تخولها المادة ٤٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للمستأجر وقبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ففي هذه الحالة لا تقصير من المستأجر الأصلي ولا خطأ من

جانبه لأنه لم يكن يعلم وقت التأجير المفروش بأن نص المادة ٤٠ سאלفة البيان غير دستوري.

(الطعن رقم ١٠١٦٧ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١ / ٠٢ / ٠٨)

١٠ - المقرر بقضاء هذه المحكمة أن مفاد نص الماد ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر.

(الطعن رقم ٢٥٢ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٠٤ / ١٤)

١١- إذا كان الثابت من الأوراق أن الحراسة فرضت على أموال وممتلكات مورث الطاعنين (.....) وعائلته بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٦ بتاريخ ١٩٦٥/١/٢٥ استناداً إلى المادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة لما نسب إليه في الشكوى رقم (.....) إدارة شئون مالية القاهرة من تهمة تهريب أمواله خارج البلاد وكان من بين هذه الممتلكات العقار الكائن به الوحدات السكنية محل النزاع ولعدم ثبوت الاتهام قررت النيابة العامة حفظ التحقيق في الشكوى إدارياً بتاريخ // وتسلمت الحراسة العامة للعقار بتاريخ // بما فيه من منقولات بموجب محضر استلام وثبت من الكشف المرفق به أن الطابق الأرضي والطابقين الثالث والرابع من العقار سكن خاص لمورث الطاعنين وعائلته وبه منقولات والطابق الثاني كان يستأجره (.....) وامتد عقد الإيجار إلى زوجته (.....) وأن (.....) اشترت العقار من الحراسة العامة وتسلمته بتاريخ // استناداً إلى نص المادة الثانية من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ الخاص بوضع نظام إدارة أموال المعتقلين والمراقبين وغيرهم من الأشخاص والهيئات، وكان الثابت أن كلا من المطعون ضدهما الأول والثاني يشغل منصباً وزارياً وان كلا منهما تقدم في // بطلب إلى رئيس..... لتخصيص شقة له في هذا العقار لسكنه به معاينتهما للعقار ومعرفتهما لما به من منقولات تخص مورث الطاعنين - الخاضع للحراسة - وأن رئيس..... استجاب لطلبهما وأمر بتاريخ // بتخصيص الطابق الثالث من العقار المطعون ضده الأول والطابق الرابع للمطعون ضده الثاني وتم إخطار الشركة المصرية لإعادة التأمين - إحدى شركات القطاع العام - المشتريّة للعقار بذلك، كما قام المستشار القانوني لرئيس..... بإخطار وكيل..... بذلك لتخصيص بتاريخ // ، كما تضمن الكتاب المؤرخ // / المرسل إلى الشركة المشتريّة للعقار بناء على إخطار المستشار القانوني لرئيس..... سالف الذكر التنبيه بفصل الدورين الثالث والرابع من العقار واستقلال كل منهما عن الآخر إكمان تأجيرهما كشقتين منفصلتين ثم قامت الشركة المشتريّة للعقار بتحرير عقد الإيجار المؤرخ // / للمطعون ضده الأول عن الطابق الثالث وعقد الإيجار المؤرخ // / للمطعون ضده الثاني عن الطابق الرابع على أن يبدأ سريان كل منهما بتاريخ // وقامت الحراسة العامة بإخلاء الطابقين من منقولات وأمتعة مورث الطاعنين وتم نقلها إلى مخازن الحراسة العامة

بتاريخ / / ثم التصرف فيها بالبيع، كما كان الطابق الثاني من العقار مشغولاً بسكني المستأجر (.....) ثم زوجته (.....) من بعده والتي ظلت تنتفع بالعين المؤجرة بعد فرض الحراسة. وفي (.....) أبدت رغبتها في التنازل عن الإيجار إلى (.....) فأصدرت..... لأمالك الحكومة بوزارة..... موافقتها على هذا التنازل ولكن إلى المطعون ضده الثالث بتاريخ / / وأخطرت الشركة المشترية بذلك فحررت للمطعون ضده الثالث عقد الإيجار المؤرخ / / عن الطابق الثاني من العقار رغم أن رغبة المستأجرة في التنازل عن عقد الإيجار كان معلقاً على شرط تأجير العين لمن ارتأت هي التنازل له متجاوزة بذلك رغبة المستأجر، ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٦٦ لسنة ١٩٦٥ بتشكيل الوزارة في ١٠/١/١٩٦٦ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٦٥ وجاء به تعيين كل من المطعون ضده الأول وزيراً..... والمطعون ضده الثاني وزيراً..... وكان مفاد ذلك أن قيام الشركة (.....) مشترية العقار بتحرير عقدي الإيجار للمطعون ضده الأول والثاني قد تم نفاذاً لأمر التخصيص الصادر من رئيس مجلس الوزراء بعد تعيين كل منهما وزيراً، وبتاريخ / / صدر قرار رئيس الجمهورية برفع الحراسة عن أموال وممتلكات مورث الطاعنين بناء على كتاب رئيس مجلس الوزراء رقم (.....) بتاريخ / / كما صدر قرار رئيس الجمهورية بتاريخ / / بفسخ عقد بيع العقار محل النزاع إلى الشركة المصرية لإعادة التأمين ثم أمر رئيس الجمهورية بإعادة الطاعنين إلى مسكنهم بعد استلام العقار والمنقولات ورغم إخطار جهاز الحراسة العامة بذلك بكتاب المستشار القانوني لرئيس مجلس الوزراء رقم ٣٧٩٨ بتاريخ / / وامتنع المطعون ضدهم الثلاثة الأول عن تنفيذه بإخلاء الوحدات المؤجرة لهم رغم استلام الطاعنين للعقار حكماً بتاريخ / / فأعاد الرئيس محمد أنور السادات إصدار أمره سنة ١٩٧٠ بتنفيذ قرار الرئيس الراحل جمال عبد الناصر ولم يتم التنفيذ. لما كان ذلك، وكانت الظروف التي لا يست تأجير أعيان النزاع للمطعون ضدهم الثلاثة الأول على النحو المبسوط آنفاً تكشف بجلاء علمهم والشركة المطعون ضدها الرابعة المشترية للعقار أن الحراسة فرضت على العقار الكائن به الوحدات محل النزاع استناداً إلى المادة الثالثة من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة لما نسب لمورث الطاعنين بأنه أتى أفعالاً تتعارض مع المصالح القومية للدولة بسبب اتهامه بتهريب أمواله للخارج وأن النيابة العامة قررت حفظ التحقيق إدارياً بتاريخ / / قبل صدور أمر رئي مجلس الوزراء بتخصيص الوحدات إليهم وتحرير عقود الإيجار عنها وكان مقتضى قرار حفظ الشكوى إدارياً لصالح مورث الطاعنين هو أن الحراسة الأمنية المؤقتة على أملاكه مصيرها الحتمي إلى زوال بعد أن زال موجب فرضها وبالتالي إعادة العقار إلى مالكه ليمارس عليه حق الملكية المصون بنصوص القانون والدستور ورغم ذلك وبعد صدور قرار الحفظ من النيابة العامة اتخذت إجراءات شراء (.....) للعقار محل النزاع بتاريخ / / ثم حررت عقود الإيجار

للمطعون ضدهم الثلاثة الأول المؤرخة // و // و // بناء على أوامر صريحة ملزمة لها تتقدم إدارة الشركة حيالها صادرة من رئيس مجلس الوزراء بتخصيصها إليهم وهو إجراء لم يتغى مصلحة عامة بل تم مجاملة للمطعون ضدهم الثلاثة الأول لمناصبهم الوزارية وعلى خلاف ما تقضي به مواد الدستور من حظر على الوزير أثناء توليه منصبه الوزاري أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة أو أن يوجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو أن يقاضيها عليه، كما صدر أمر تخصيص الطابق الثاني للمطعون ضده الثالث رغم أن المستأجرة له كانت قد أبدت رغبتها في عام ١٩٦٦ بالتنازل عن عقد الإيجار لمن ارتأت التنازل له وإلا كان حقها أن يستمر عقد الإيجار لصالحها وألا تسلب حيازتها للعين المؤجرة إلا أن الإدارة العامة لأموال الحكومة ورغم عدم انتهاء عقد الإيجار أخطرت (.....) بالموافقة على التنازل للمطعون ضده الثالث ثم صدر أمر التخصيص وحرر عقد الإيجار للمطعون ضده الثالث الذي كان يشغل منصب محافظ الجيزة إضراراً بالمستأجرة لهذا الطابق والطاعنين الذين عاد إليهم ملكية العقار على السواء، ولما كان الثابت من جماع ما تقدم من قرائن أن إجراءات تخصيص رئيس مجلس الوزراء للوحدات السكنية محل النزاع للمطعون ضدهم الثلاثة الأول وأمره للشركة المشترية — وهي إحدى شركات القطاع العام — بتحرير عقود إيجار لهم عن وحدات النزاع التي كانت مسكناً لمورث الطاعنين ومستأجرة أخرى رغم حفظ التحقيق في البلاغ المقدم ضد المورث — المالك الأصلي للعقار — والذي كان سبباً في وضعه تحت الحراسة الأمنية بما ينبئ عن أن رفع الحراسة عنه بات وشيكاً لانتفاء سببه بحفظ التحقيق ثم الإسراع في اتخاذ إجراءات التعاقد وفصل وحدات العقار وتسليمها بعد إخلائها من المنقولات إنما ينبئ عن التواطؤ بين مصدر أمر التخصيص والشركة المشترية للعقار وبين المطعون ضدهم الثلاثة الأول لدى إبرام هذه العقود لحرمان الطاعنين من حقهم الأصلي في الانتفاع بملكهم الذي يحميه القانون والدستور وهو ما يؤكد عدم استجابة المطعون ضدهم المذكورين لأمر رئيس الجمهورية الصادر عام ١٩٦٩ بإخلاء الوحدات السكنية محل النزاع وإصرارهم على عدم تسليمها إلى الطاعنين وكذلك أمر رئيس الجمهورية الصادر عام ١٩٧٠ بضرورة تنفيذ أمر رئيس الجمهورية السابق رغم إعداد مساكن أخرى لهم. لما كن ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بإلغاء الحكم الصادر من محكمة القيم وبرفض دعوى الطاعنين على سند من القول بحصة عقود الإيجار الصادرة من محكمة القيم وبرفض دعوى الطاعنين على سند من القول بصحة عقود الإيجار الصادرة للمطعون ضدهم الثلاثة الأول لخلو الأوراق من دليل على الغش والتواطؤ رغم توافر القرائن المشار إليها آنفاً والتي تتساند في جملتها لتكون دليلاً قائماً بالأوراق يشهد على حصول الغش والتواطؤ الذي لازم إبرام العقود الثلاثة لاغتياح حقوق الطاعنين وحرمانهم من ملكهم للتصرف فيه على نحو ما يقرره لهم الدستور والقانون الذي تعلق أحكامه فوق المناصب والمصالح الخاصة وبالتالي لا تكون هذه العقود نافذة في حق الطاعنين بعد أن زال سند ملكية الشركة المؤجرة

وعادت الملكية إليهم كاملة غير منقوصة فإنه يكون قد عابه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وأغفل الثابت بالأوراق.

فسخ العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. م ١٦٠ مدني. الاستثناء. العقود الزمنية كالإيجار. علة ذلك اعتبار عقد الإيجار مفسوخاً من وقت الحكم البات بفسخه أو من اليوم التالي لتاريخ نشر حكم الدستورية. (الطعن رقم ١٣٤٦ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٦/٠١/٠٥)

١٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن نص المادة ٤٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أصبح لا يجوز تطبيقه اعتباراً من ١٩٩٧/١١/٢٨ وهو اليوم التالي لنشر حكم المحكمة الدستورية بالجريدة الرسمية عملاً بالمادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا مثله في ذلك كأى تشريع جديد ألغى قانوناً بأثر رجعي سابقاً على صدوره ويترتب عليه فسخ عقد الإيجار المفروش بحكم القانون نظراً لإلغاء المادة ٤٠ سالفه البيان والأصل أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١٦٠ من القانون المدني ومن ثم كان الفسخ له أثر رجعي سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون إلا أنه إذا كان العقد زمنياً كالإيجار وفسخ لم يكن لفسخه أثر رجعي لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته فالزمن معقود عليه وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه.

(الطعن رقم ٦٧٢ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٥/١٩)

* * *

مادة (١٦١)

فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٦٣ لىبى و ١٦٢ سورى و ١٤٦ سودانى و ٢٨٠ عراقى و ٢٧١ لبنانى و ٢٤٧ تونسى.

الأعمال التحضيرية:

تتضمن... تطبيقاً من تطبيقات حق الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين، سواء بالنسبة لما يعرض بصدد تنفيذ هذه العقود ام بالنسبة لاحوال إنحلالها، وإذا كانت حدود اعمال هذا الحق من السعة والرحابة بحيث تجاوز بكثير خصوصيات ذلك التطبيق، فليس شك فى انه يشغل فيها مكانا خليفاً بالذكر والتتويه.

فمن الاصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الإلتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص، فإذا استحق الوفاء بهذه الإلتزامات فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم ان يجبر احد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الإلتزام المقابل، وعلى هذا الأساس يتعين ان تنفيذ الإلتزامات المتقابلة فى وقت واحد، ويجوز الاستعانة بإجراءات الغرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين، فلكل من المتعاقدين ازاء ذلك ان يحتبس ما يجب ان يوفى به حتى يؤدى اليه ما هو مستحق له وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع انما يوقف أحكام العقد لا اكثر، فالعقد لا يفسخ فى هذه الصورة، ولا تنقضى الإلتزامات الناشئة على وجه الاطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد.

ومهما يكن من شئ فليس يباح للعاقد ان يسئ إستعمال هذا الدفع، فلا يجوز له ان يتسمك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا كان الإلتزام المقابل كاد ان يكمل نفاذه واصبح بذلك ما لم ينفذ منه ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ مثل هذا الإجراء.

وقد فرض فى الصورة التى تقدمت الاشارة اليها ان الإلتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين قد حل ميعاد الوفاء بها من الطرفين معاً. اما إذا كان العقد يوجب على احد المتعاقدين ان يبدأ تنفيذ التزامه قبل الآخر، فلا يحق له ان ينتفع من هذا الدفع، اذ يتعين عليه ان يفى ما التزم به دون ان ينتظر وفاء المتعاقد الآخر، ومع ذلك فقد اجيز له إستثناء ان يمنح عن تنفيذ التزامه حتى يقوم العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء إذا اصاب هذا العقد بعد إبرام العقد نقص فى ماله من شأنه ان يؤثر فى يساره أو طراً عليه من الضيق ما قد يقصد به عن تنفيذ ما التزم به، وينبغى التحرر من اعتبارها هذا الإستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع، وهى التى تناولت سرد مسقطات الاجل وحصرتها فى الاعسار أو الافلاس وضعف التأمينات

والخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها، فالحالة التي يسرى عليها حكم الإستثناء أقل جسامة من ذلك، فهي تفترض نقصا بليغا في مال العاقد، ولكنه نقض لا يستتبع الافلاس أو الاعسار، ومن ثم انزلت هذه الحالة منزلة الإستثناء، فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لا تنتهي امرها الى اسقاط الاجل، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعا وينبغي تنفيذها في ان واحد نزولا على أحكام القواعد العامة.

فإذا لم يقم المتعاقد الذي استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما إلتزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة، كان للمتعاقد معه الا يقتصر على ايقاف العقد، بل له ان يجاوز ذلك الى طلب الفسخ، يعتبر هذا الحكم إستثناء من القواعد العامة في الفسخ ايضا، لان الإلتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الاداء.

وكذلك تنطبق الأحكام الخاصة بحق الحبس في احوال إنحلال العقود الملزمة للجانبين بسبب ان أسباب البطلان ان الفسخ أو الالغاء أو الاقالة، ذلك ان إنحلال العقد يوجب على كل من المتعاقدين رد ما ادى اليه، فيجوز لكل منهما ان يحبس ما استوفاه مادام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه عنه أو لم يقدم تأمينا لضمان ذلك، فلا يجوز مثلا للبائع وفاء إذا إستعمال حقه في الاسترداد وانفسخ البيع بذلك ان يسترد الشيء المبيع الا بعد ان يؤدي للمشتري ما هو مستحق له

راى الفقه:

١ - تقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الإعتبار الاتي: إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين ان يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من إلتزام، فله من باب اولى بدلا من ان يتحلل من تنفيذ إلتزامه ان يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين إلتزامه، والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد: الارتباط فيما بين الإلتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة اخرى... وسار النقيض المصري الجديد على نهج التقنيات الحديثة فصاغ المبدأ في نص عام هو المادة ١٦١ مدنى.

والدفع بعدم التنفيذ كالفسخ محصور في العقود الملزمة للجانبين، وفقا لصريح المادة ١٦١ مدنى، ومن ثم كان الحق في الحبس اوسع نطاقا من الدفع بعدم تنفيذ العقد، اذ لحق في الحبس يفترض شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له، وإلتزام كل منهما مترتب على إلتزام الآخر ومرتبط به دون ان يتولدا حتما من عقد ملزم للجانبين، فيكون هذا الارتباط أساسا للحق في الحبس، والحق في الحبس بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد، فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن فمن حقه ان يحبس العين حتى يستوفى الثمن، ومن حق المشتري حبس الثمن حتى يتسلم العين دون معارضة، وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد، ومن ثم يكون الدفع بعدم تنفيذ العقد فرعا عن الحق في الحبس، ولا يجوز الدفع بعدم تنفيذ إلتزام غير حال.

ولا يحتاج التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد الى اعدار المتعاقد الآخر قبل ان يتمسك بالدفع، بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الاغدار واجب قبلها، ذلك لان التمسك بالدفع

معناه امتناع التمسك عن تنفيذ إلتزامه وفي هذا اعدار كاف للمتعاقد الاخر بوجوب تنفيذ الإلتزام الذى فى ذمته.

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الرمنية، فيجوز للمستأجر ان يمنع عن دفع الاجرة عن المدة التى حرم فيها من الإنتفاع بالعين المؤجرة^(١).

٢ - الدفع بعدم التنفيذ - ويقال له ايضا الامتناع المشروع عن الوفاء - هو حق يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما إلتزم به، فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب احد المتعاقدين حتى يقوم الاخر بالتنفيذ، وهو بذلك يمهد اما الى التنفيذ واما الى الفسخ، ومن ثم يتصل الجزاء الذى يترتب على القوة الملزمة للعقد.

ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا للقاعدة العامة فى الحق فى الحبس، ولهذا يجعله التقنين المدنى العراقى والنقنين المدنى اللبنانى فرعاً عن الحق فى الحبس، ويوردان النص المتعلق به فى المكان المخصص لهذا الحق.

ولم يعرف القانون الرومانى هذا الدفع، وانما عرفه القانون الكنسي، كما عرفه الفقه الإسلامى.

وأساس هذا الدفع نظرية السبب التى تقيم ارتباط بين الإلتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين، وهو نفس الأساس الذى يقوم عليه الفسخ، فإذا كان كل من الإلتزامين المتقابلين مستحق الاداء كان مقتضى فكرة الارتباط بينهما يتعاصر تنفيذهما.

ويترتب على الدفع ان يقف تنفيذ الإلتزام، ويقتصر اثر الدفع على هذا الوقف، فلا يزول الإلتزام كما فى الفسخ، يبقى كل هو دون نقص فى مقداره^(٢).

٣ - فى العقود الملزمة للجانبين، اى التى ترتب إلتزامات على كل من طرفيها، كالبيع أو الإيجار، إذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ إلتزامه، جاز للمتعاقد الاخر ان يمتنع عن تنفيذ إلتزامه المقابل له، فمثلا لو امتنع المشتري عن دفع الثمن جاز للبائع ان يمتنع عن تسليم المبيع، والعكس صحيح، وهذا ما يقال له الدفع بعدم التنفيذ. ويشترط التمسك بهذا الدفع:

أ - ان يكون العقد ملزماً لطرفيه، لان الدافع يفترض وجود إلتزامات متقابلة على كل من طرفى العقد، فإذا امتنع احدهما عن تنفيذ إلتزامه، امتنع الاخر عن تنفيذ إلتزامه المقابل له.

ب - ان يمتنع احد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد كلها أو بعضها.

(١) الوسيط - جزء ١ - السهنوري - ط ١٩٥٢ - ص ٧٢٧ وما بعدها، وكتابة : الوجيز : ص ٢٨٢ - وما بعدها، وعقد المدة - رسالة - الدكتور - عبدالحى حجازي - ص ١٦٦ وما بعدها.

(٢) نظرية العقد فى قوانين - البلاد العربية - ٣ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٣٤ وما بعدها.

ج - ان تكون الإلتزامات مستحقة الوفاء، فلو كان ثمن المبيع مؤجلاً، لم يكن مستحق التنفيذ في الحال، وبالتالي لا يجوز للبائع ان يحبس المبيع لان المتعاقد الاخر لم يمتنع عن تنفيذ إلتزامه المقابل له.

وعلى من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الا يتعسف في إستعمال حقه، فمثلا لا يحق التمسك بهذا الدفع إذا كان ما بقى من إلتزام المتعاقد الاخر قليلا بالنسبة الى ما تم تنفيذه.

ويترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ العقد، ولهذا الدفع فوائد فهو يحمل المتعاقد الاخر على تنفيذ العقد، كما انه يؤمن من يتمسك به ضد خطر عدم تنفيذ المتعاقد الاخر للعقد، وهو كذلك يحقق العدالة بين طرفي العقد^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - خولت المادة ١٦١ من القانون المدني للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في ان يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يتم المتعاقد الاخر بتنفيذ ما إلتزم به، وهذا الحق - وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ، ان هو الا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين، ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الاخر للترخيص له بإستعمال هذا الحق، بل له ان يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الاخر بمطالبته تنفيذ ما توقف عن تنفيذه من إلتزاماته فيتمسك فيها حينئذ بحقه في عدم التنفيذ، الا انه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الاخر بالاستناد الى حقه هذا ما انكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حسبه من إلتزاماته، واراد هو من ناحية اخرى ان يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى، ذلك انه لكل حق دعوى تحمية من الاعتداء عليه وتعززه عند المنازعة فيه.

(جلسة ١٩٦٥/١١/٤١ مجموعة المكتب الفني - السنة ١٦ مدني - ص ١٠٢٩)

٢ - لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الإلتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا، بل يجب الى جانب ذلك الا يساء إستعمال هذا الدفع، فلا يباح للعاقد ان يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا مالم ينفذ من الإلتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية، وانما يكفيه في هذه الحالة انقاص إلتزاماته في الحدود العادلة تتناسب مع مالم ينفذ من الإلتزام المقابل، ولئن كانت المادة ١٦١ من القانون المدني الحالي التي سنت القاعدة المصطلح على تسميتها: (الدفع بعدم التنفيذ) ليس لها مقابل في القانون المدني السابق، الا انه كان معمولاً بها وقت سريان أحكامه وليسست قاعدة مستحدثة.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٠٤)

(١) نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية - والتشريعات العربية - للدكتور عبد الناصر العطار - ص ٢١٥.

٣ - لا يجوز للمتعاقد المكلف بالبداء في التنفيذ ان يتمسك بعدم تنفيذ المتعاقد الاخر لإلتزامه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ - المرجع السابق - ص ١٢٧٩)

٤ - يشترط لإستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني ان يكون الإلتزام الذى يدفع يقدم تنفيذه مستحق الوفاء اى واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على احد العاقدين ان يبدأ بتنفيذ إلتزامه قبل المتعاقد الاخر، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ اولا ان ينتفع الدفع.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٧/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ص ١١١٨)

حيث ان الوقائع علي ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في ان المطعون ضدهما الأولي والثاني أقاما الدعوى رقم... لسنة ١٩٨٧ مدني كلي الفيوم علي الطاعن بطلب الحكم بفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٨٠/٨/٣٠ المتضمن بيعها وشقيقتها.... أرضاً زراعية مساحتها ٨ س ، ٢٠ ط ، ٢ ف مشاعاً في ٨ س ، ٨ ط ، ٣ ف مبينة بالصحيفة والعقد وتسليمها لهما خالية من وضع يد الغير ، وقالاً بياناً لها انه بموجب ذلك العقد باعاً وشقيقتها المذكور إلي الطاعن تلك الأرض لقاء ثمن إجمالي مقداره ٣٤٢٥٠ جنيه دفع منه مبلغ ٢٤٢٠٠ جنيه علي دفعات وتبقي لهما مبلغ ١٠٠٥٠ جنيه ، وإذ لم يقم بسداد المتبقي من الثمن رغم تعهده في البند الثالث من العقد بأدائه في موعد غايته شهر ديسمبر سنة ١٩٨١ وإنذاره بالفسخ فقد أقاما الدعوي. أدخل الطاعن المطعون ضده الثالث علي انه مالك المساحة ٢٣ س ، ٢٢ ط مشاعاً في مسطح ٨ س ، ٨ ط ، ٣ ف ولان المطعون ضدهما الأولي والثانية يختصان فقط بمساحة ٩ س ، ٩ ط ٢ ف من هذا القدر إلا انها باعاً له مساحة ١٢ س ، ٢٠ ط ، ٢ ف بما يميز عن نصبيهما بحوالي ٣ س ، ١١ ط ثم دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة ولعدم سبقها بانذار من جميع البائعين. وبتاريخ ١٩٨٩/٥/٢٠ قضت محكمة أول درجة برفض هذين الدفيعين ورفض الدعوى. استأنف المطعون ضدهما الأولي والثاني هذا الحكم بالإستئناف رقم ٤٦٩ لسنة ٢٥ ق بني سويف " مأمورية الفيوم " وبتاريخ ١٩٩١/٥/٧ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وفسخ عقد البيع المؤرخ ١٩٨٠/٨/٣٠ ، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن ، وإذ عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظرة وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث ان الطعن أقيم علي ثلاثة أسباب ينعي الطاعن بالأول منها علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ، وفي بيانه يقول انه قد وجه اليه الانذار بفسخ عقد البيع من المطعون ضدها الأولي دون البائعين الآخرين - المطعون ضده الثاني وشقيقه.... المالكين لأربعة أخماس القدر المبيع مما يدل علي تمسكها بالعقد ، وإذ أعمل الحكم المطعون فيه آثار ذلك الانذار بانسبة لجميع البائعين وقضي بفسخ العقد كله ، فإنه معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث ان هذا النعي في غير محله - انه إذا تولى أحد الشركاء - وعلي ماجري به قضاء هذه المحكمة - انه إذا تولى أحد الشركاء المشتاعين إدارة المال الشائع دون

إعتراض الباقيين عد وكيلا عنهم ، وكان الثابت من عقد البيع سند الدعوى ان الطاعن قد إشتري أطيان النزاع من المطعون ضدهما الأولين وشقيقهما.... المالكين لها علي الشيوخ ، فإن انفراد المطعون ضدهما الأولي بتوجيه انذار للطاعن بالفسخ ثم رفع الدعوى بطلبه لعدم سداد باقي الثمن دون إعتراض من المطعون ضده الثاني وشقيقه المذكور ، فانها تعد وكيله عنهما في إتخاذ هذين الإجراءين بإعتبارهما من أعمال الإدارة ، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأعمل أثرهما في قضائه فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب علي غير أساس.

وحيث ان الطاعن ينعي بالسببين الثاني والثالث علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الإستدلال في بيانهما يقول انه تمسك في دفاعه بان قيامه بحبس باقي الثمن لم يكن بغرض المماطلة أو بسبب إستحقاق المبيع وانما كان لعدم إستقرار المراكز القانونية للبائعين حتي تبين له أحقية كل منهم في الثمن المتفق عليه فيؤدية اليه ، ودلل علي ذلك بقيام المطعون ضده الثالث برفع الدعويين رقمي لسنة ، لسنة م ك الفيوم علي المطعون ضدهما الأولين طلب في الأولي منهما تثبيت ملكيته لمساحة ٣٣ س ٢٢ ط وفي الثانية ببيع هذه المساحة ، إلا ان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع سند الدعوى علي انه قد إشتري المبيع ساقط الخيار بما يسقط معه ضمان البائع عملا بنص المادة ٢/٤٤٦ من القانون المدني مع ان البائع يعتبر مسئولا عن إستحقاق المبيع متي كان ناشئا عن فعله وان كل إتفاق يقضي بغير ذلك يقع باطلا مما يعيبه ويستوجب نقضه.

٥ - وحيث ان هذا النعي غير سديد ذلك انه لما كان المقرر - و علي ما جري به قضاء هذه المحكمة - انه لئن كانت المادة ١٦١ من القانون المدني تقضي بانه إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين ان يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزام به ، وتطبيقا لهذا النص أجازت المادة ٤٥٧ من هذا القانون للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد ان يحبس الثمن إذا خيف علي المبيع ان ينزع من تحت يده ، مما مقتضاه ان قيام هذا السبب لدي المشتري يخوله الحق في ان يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتي يزول الخطر الذي يهدده ، إلا ان ذلك مشروط بألا يكون قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من ذلك كشرائه للمبيع ساقط الخيار أي عالماً بان البيع إحتمالي وانه أقدم عليه متحماً لمخاطره ، ففي هاتين الحالتين يمتنع عليه أعمال حقه في حبس الثمن لانه لا يجوز له الرجوع علي البائع بضمان الإستحقاق الناشئ من قبل الغير وفقا لما تقضي به المادة ٢/٤٤٦ من القانون المدني ، إذ هو في الحالة الأولي يكون قد أسقط حقه بتنازله عنه بعد ثبوته له والساقط لا يعود وفي الحالة الثانية فإن شراء المبيع ساقط الخيار يفترض حتما شرط إسقاط الضمان ، لما كان ذلك وكان البين من نصوص عقد البيع سند الدعوى انه جاء خلوا من نص يسقط إلتزام البائعين بضمان الإستحقاق الذي قد ينشأ منهما وانما نص في البند ثالثا منه انه تم البيع والشراء ساقط الخيار بثمن إجمالي مقداره ٣٤٢٥٠ جنيه ، ومن ثم فلا يكون للطاعن وقد أقدم علي الشراء ساقط الخيار الحق في حبس باقي الثمن ، وإذ إلتزم

الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاؤه بفسخ عقد البيع سند الدعوى علي ان الطاعن لم يوف بباقي الثمن إلي المطعون ضدهما الأولين رغم انذاره بعد ان أسقط حقه في الضمان بشرائه المبيع ساقط الخيار فامتنع عليه استعمال حقه في الحبس عملاً بالمادتين ٤٥٧ ، ٢/٤٤٦ من القانون المدني ، فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون ويكون النعي عليه بهذين السببين علي غير أساس . ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ٢٢٦٠ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤)

٦ - الدفع بعدم التنفيذ وفقاً للمادة ١٦١ من القانون المدني. ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين. تمسك المشتري بان عدم وفائها بباقي الثمن بسبب عدم تنفيذ البائعة إلتزامها بإصلاح عيوب المبنى. هو في حقيقته دفع بعدم التنفيذ. القضاء بفسخ العقد دون بحث هذا الدفاع الجوهرى. قصور .

إذ كان الثابت في الأوراق ان الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الإستئناف بدفاع حاصلة ان عدم وفائها بالمتبقي من الثمن كان بسبب تخلف المطعون ضدها البائعة عن تنفيذ إلتزامها بإصلاح عيوب المبنى المبيع والمبينة في التقارير الهندسية المقدمة منها ، وعدم تسليمها نصيبها في قطعة الأرض الملحقة به.... وكان من شأن هذا الدفاع - ولو فطنت اليه المحكمة - تغيير وجهة الرأي في الدعوى إذ ان يكون للطاعنة المشتري ان توقف إلتزامها بما بالوفاء بالمتبقي يكون معه الامتناع عن الوفاء به في هذه الحالة بحق يمنع من فسخ العقد بسبب لما هو مقرر طبقاً للمادة ١٦١ من القانون المدني انه إذا كانت الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه كان للأخر ألا يوفي بإلتزامه ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف إلي كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الإلتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح علي تسمية بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين. وإذا كانت محكمة الاستئناف قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهرى بما يقتضيه من البحث ودون ان تقول كلمتها فيه مما أدى بها إلي إستخلاص خطأ الطاعنة من مجرد تخلفها عن الوفاء بباقي الثمن ورتبت علي ذلك القضاء بفسخ العقد فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بقصور مبطل .

(الطعن ٤٤٥٠ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٦/١٣ س ٤٧ ص ٩٦٤)

٧ - تمسك شركة التأمين أمام محكمة الموضوع بان عدم وفائها بإلتزامها الناشئ من عقد التأمين الجماعي سببه تخلف الشركة طالبة التأمين عن سداد أقساطه وثبوت ذلك بتقرير الخبير ولم تتكره الأخيرة. قضاء الحكم المطعون فيه بإلزامها بأداء مبلغ التأمين للمستفيد لعدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد الأقساط. خطأ ومخالفة للقانون. علة ذلك .

لما كان الثابت ان الشركة الطاعنة تمسكت في مرحلتي التقاضي بدفاع حاصلة ان عدم وفائها بإلتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعي محل التداعي كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولي طالبة التأمين عن سداد أقساطه وهو ما ثبت في الأوراق من تقرير الخبير ولم تتكره المطعون ضدها الأولي. فإن مؤدي ذلك ان يكون

للطاعة ان توقف إلتزامها بتنفيذ عقد التأمين بما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه إلي المطعون ضده الثاني بحق لما هو مقرر طبقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدني انه إذا كان الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ الإلتزامه جاز للآخر الا يوفي ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي هو ذو طابع وقائي يهدف إلي كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الإلتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح علي تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي قد خالف هذا النظر وقضي بإلزام الطاعنة بتنفيذ عقد التأمين وإلزامها بأداء مبلغه إلي المطعون ضده الثاني علي سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ ق (جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ س ٤٨ ص ١٢٣٩)

٨ - من المقرر ان إلتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابلة إلتزام البائع بنقل الملكية إلي المشتري فإذا وجدت أسباب جدية يخشي معها ألا يقوم البائع بتنفيذ إلتزامه كان يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشتري ان يوقف إلتزامه بدفع الثمن حتي يقوم البائع من جهته بتنفيذ إلتزامه. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان المطعون ضده إذ لم يسجل عقد مشتراه للأرض من البائع له الذي لم يسجل بدوره عقد شرائه للأرض المبيعة وقد تمسك الطاعن بحقة في حبس الثمن حتي يسجل المطعون ضده عقد شرائه للعين المبيعة اليه خشية نزاعها من تحت يده.

(الطعن رقم ٦٤٢ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٣/١/١٢ لم ينشر بعد)

* * *