

هو الذى أضحى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل .  
فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً - مميزاً أو غير مميز - كما يجوز أن يطلب من  
النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى - استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ - مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته

هو لاعتراض إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى  
الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة  
ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى  
تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت  
لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته .  
مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين  
ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل  
عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد  
النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى  
هذا السند (١).

(١) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يحول للغير أن يطلب من النائب صورة من  
سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانيته من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «ولمن يتعاقد  
مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بمقد مكتوب فله أن يحصل منه  
على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه» . وبقي هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع  
الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه  
اللجنة حذفه ، «إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ،  
فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما  
أن هذه المادة مقابلة فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ مدنى - وكانت المادتان ١٨/٥١٨ و ٦٣٤  
من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند  
التوكيل - ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع  
نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحسنة فى معاملته ، فقد اكتفى بسند عرفى ،  
وقد يصير على طلب سند رسمى ، وقد بصرف النظر عن هذا وذلك ، فالمرجع فى هذا الخصوص  
إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير» . وجاء فى تقرير اللجنة : «حذفت الفقرة الثانية من  
هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، فى القواعد العامة مابقى عن النص عليها» . ووافق =

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه مجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه (١)» . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . و(النص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتي : « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق

= مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥-٩٧) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للنس المحذوف ما يأتي : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته في هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويتولى في هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعي في تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل في عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذي تعاقد معه النائب مجهول هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . و لما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة « ينصرف إلى الأصيل » بعبارة « يضاف إلى الأصيل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذي استقرت عليه في القانون حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بمجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ م ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - هذا ، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قد تنقض النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان مجهول موت الأصيل أو إلغاء التوكيل ، فإذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقد ملزماً للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينشئ التعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٤) .

على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (١) .

٨٩ - إقرار الأصيل لهزمه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة . فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (٢).

### الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ - الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكتفى أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل : وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

(١) وملاحظ أنه في الفرضين الأولين - النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب - ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصيل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون تقاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الآخرين - جهل النائب والغير لاقضاء النيابة والظروف التي يظلم معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل - فتقاذ عمل النائب في حق الأصيل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

(٢) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة . على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي ملقنة على شرط مؤقت هو أن يصدر إقرار من الموكل .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » (١) .

٩١ - **التعاقد باسم الأصيل** : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل والحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها . أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده . وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل . ولكن الغير يتعامل معه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، ولا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصيل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ - ص ١٠١) .

واظفر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٣٢ من قانون الأوامر السويسري . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع بانقياس هذا النص من تقنين الأوامر السويسري حكماً هاماً يتوافق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو النسخير ، وهي التي تفتى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجمل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفصول ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر يصرّف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه : ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

## ب - آثار النيابة

٩٢ - **المعرفة فيما بين النائب والغير**: النائب يعمل باسم الأصيل كما كما قدمنا ، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبراهيم . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنتين معاً .

٩٣ - **المعرفة فيما بين النائب والأصيل** : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - **المعرفة فيما بين الأصيل والغير** . تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة . انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل . فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

١٥ - إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٣ - ولئن تعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة =

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

### ج - تعاقد الشخص مع نفسه \*

٩٥ - نظرة عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص

للأصل تحمل توقيعه . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها ١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٧) .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى التقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقم على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأمر المباشر أمم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

\* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ - فقرة ٧٤ - ديموج ١ فقرة

٤ - فقرة ٨٨ - جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٤٠ - موريل في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ - فالبيارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٢ - فيغورونو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ - ص ٥٢٤ - نظرية العقد للوثلف ص ٢٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت بك ص ٩٧ وما بعدها .

وقد حلت محل إرادتين (١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحتها في فروض معينة ، والشرائع التي أباحتها حرمتها في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين : خصوصاً لمتنصيات الحياة العملية . أن تقرب الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

### ٩٦ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون

القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدها وأصيلاً عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فينقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيق توافقت فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يتطوى إلا على إرادة مفردة جعلها القانون تنجيراً (ديموج ١ فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي يتمشى فيه مع رأيه الذي سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت نيابة انشائية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة ذنوبية في مؤلفه «أصول الالتزامات» ص ١٢٤ - ص ١٢٥) .

هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود. أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فنجوز مباشرتها. ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية (١).

٩٧ - **تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد:** أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات. إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة.» (٢)

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز. سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتره لنفسه (٣)،

(١) نظرية العقد المؤلف من ٢٣١ - ٢٣٦.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي بسيط. وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مائلاً لنص المادة ١٠٨، وقدمته تحت رقم ١١١ في المشروع النهائي. ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١. وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساهل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يمنع بالمقد على الأصل. وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يعني عن الإجازة اللاحقة، فكان الجواب بالإيجاب. واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتأيم العقد تقابل إرادتين، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة، فإما أن يكون الشخص وكيلًا عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلًا عن غيره فيكون التضارب أكبر، ولذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه. وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ص ١٠٨).

وانظر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإبطال.

(٣) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوس صريحة في القانون الجديد. فقد نصت المادة

٥٩؛ على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المراد العلقى ما ينط به بعه بموجب هذه =



أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلاً في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين (١).

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من ألقائين بهذا الرأي وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبيننا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة : ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في - الأصيل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

== النيابة . ما لم يكن ذلك بإذن القبضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ( ويلاحظ هنا أن السمسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد الملة ) . وجاء في المادة ٤٨١ : « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تصوران يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة » . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٠٥ - ١٠٦ ) .

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذه العلة اعتبر نائبا الشخص مع نفسه قابلاً للإعلان لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن الإعلان المقرر في هذا الشأن قد انتهى بمقتضى نص خاص ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٠٦ ) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقبلاً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعرل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بمجاوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة ٢٠ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر - ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه - وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتعجز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو يبسر الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات (١) . ومثل ما تقتضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري (٢) . ويستخلص مما قدمناه أن الجزء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتبس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

## المطلب السأني

### نوافس الارائين

٩٨ - التمييز بين هاتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقهاء والقضاة . وهذا

(١) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تنازل مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تنازل مصالح القصر بعضها مع بعض (١٢م) . كما قضى بأنه إذا تنازلت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصي ، ولم يبلغ هذا التنازل مبلغاً يخفى عنه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ١٦ ، ففي هذه الحالة يتم المحكمة وصياً خاصاً . ويجوز كذلك تعيين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (١٧م) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن تفتى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فن ذلك لإباحة تعامل الولي مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتفتين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإبطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية : نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول . سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

### ١٤ - المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول . تقدم أنه لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين ؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) إقراره بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

### ١ - صدور الإيجاب

#### المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأى في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات (١) قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية التعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية التعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على

(١) هناك عقود تم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية وهي تنتضى السرعة في البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ماسئذ .

نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً تاتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (٢) .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد المسار نائياً لأنه إنما يمهّد للمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانوني .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكاف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول . فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكنه لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

### ١٠١ - الإيجاب المعلق : وقد تنهى المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن

يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذى صدر منه بائناً الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفد

(١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التعبير الصريح والتعبير الضمني (أنظر فقرة ٧٦) ، وبيننا هناك أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عنه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - أنظر أيضاً حكماً آخر في ٢٤ أبريل

الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه .

١٠٢ - **الإيجاب البات** : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي دو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه .

### القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - **في القانون القديم** : لم يرد في القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبق ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول (١) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لاعلى أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالأعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته (٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً في التعويض على أساس المسئولية التصيرية (٣) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث :

(١) استئناف مختلط في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠٠ م ٣٢٢ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢٠ م ١٥٦ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٤٧ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ٢١٣ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ٨٨ .

(٢) استئناف مختلط في ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك ٣٠١ م ٣٠١ م ٥ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ١٠٠ - وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٦٢ .

(٣) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازت ١٤ م ١٣

نظرية الإرادة المنفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المسئولية التقصيرية (١).

١٠٤ - في القانون الجزيري : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. فقضت المادة ٩٣ بما يأتي : ١٥ - إذا عين ميعاد للقبول ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢). فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم تعد بعد هذا النص في حاجة إلى الحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم . أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للإلزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فن الميسور

(١) أنظر كتاب «نظرية العقد» للدولف من ٢٤٤ - ص ٢٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : ١٥ - إذا حدد ميعاد للقبول ألزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وبمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٦ - ص ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه» (١٢٩م من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المقولة ، وحذف النص جملة غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٠) .

أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي (١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهذا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب . أن يربص الموجب مستقبلاً بإيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملتزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم ندين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملتزماً ، وقد يكون قائماً غير ملتزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) هذه المبررات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت في المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا اتفقتنا في هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر فى مثل تلك لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمناً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقتضى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملتزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فسخ المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقتنر بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

## سقوط الإيجاب :

١٠٥ - الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب . فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م ٩٦ وسأتي ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضى المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « بطل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما نوافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبيئ إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . وبراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لاحق . وغى عن البيان أن الإيجاب الملزم يميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق إرادتين (١) » .

١٠٦ - الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس المقدم - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ - وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .



(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .  
(الحالة الثانية) إذا انقض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .  
وسرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤ (١)).

١٠٧ - **القبول بعد سقوط الإيجاب** **بموجب مهيم** : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك فى حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً فى الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (٢) . ونرى

(١) كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يمدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : (١) إذا أهضت صفته الملزمة قبل أى قبول . (٢) إذا رفضه من وجه إليه . (٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » . ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعدد يحسن تركه للفقهاء ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٠ - من ٤١ فى المامش ) .  
(٢) أظن فى حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل فى الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل فى الميعاد ، نظرية المقدم للدولف من ٢٥٣ حاشية رقم ٢٥١ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى :  
« يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب بنوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب ، أن ينظر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : « ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل فى الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن ينظر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون فى الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل فى الوقت المناسب » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٩ - من ٥١) .

ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً . ولكنه يعدل لإيجاباً جديداً .

## ب - اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ - المعاد الذي يصح فيه القبول - مرة في أيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمنى يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أى وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب . أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقترن بالقبول - ما دام مجلس العقد لم ينفذ . فإذا انقض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ - مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها :  
١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، 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 في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا فروءاً لفظية طفيفة) . وما على النص في لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهوماً أنه لم يرد الإيمان ووجه النظر المادية التي تراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :  
 وإن 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 في هذه الصورة  
 عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل  
 القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب  
 عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن  
 يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد (١) .  
 ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً  
 (كما في التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن  
 يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب  
 والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة (٢) - يقتضى  
 أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والجرح ما لا يخفى .  
 فلفظ القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالاتجاه إلى الشريعة الإسلامية ،  
 وجعل الإيجاب يبنى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو  
 المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ،  
 بل الملحوظ هو الوقت الذى يبنى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن  
 يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ،  
 وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ،  
 بل يجوز أن يبنى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم  
 على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن  
 يبنى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره

== لفظية طفيفة ، وأصح رقم المادة ٩٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة  
 دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساهل أحد الأعضاء عما  
 إذا كان من الممكن الاستثناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تسالغ  
 حكم القبول إذا صدر قبل ارضائى مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على  
 المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ - ص ٤٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢

(٢) أنظر المادة ٤ من تفهيم الالتزامات الويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التفهيم

اعتبر مجلس العقد قد انفض . وسقط الإيجاب . و(الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً . ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد (١) .

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي وهو المذهب الذي قصد القانون الجديد أن يستمدته في هذه المسألة . وقد اختلفت الجمعية مع الشافعية في ذلك . فالحنفية يرون كاقسنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون أمور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز لموجب له أن يرجع في قوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعي ، بفضل هذه الصياغة التنبؤية ، معقولاً ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفي عدود المدى من الناحية العملية . فحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس . أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كالذهب الشافعي ، ويمنع خيار المجلس كالذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يجزئه القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج .

وتنقل هنا بعض ما جاء في البدائع في هذه المسألة : « وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا يستند ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينفذ ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انهدم التام من زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً . وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تقريبهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقتضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينفذ الركن بدونها . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل » (البدائع ٥ ص ١٢٧) .

هذا التحليل الرابع هو الذي تقف عنده . ولا تجازي إنذهب الحنفي بعد ذلك في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بصم ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا نبأنا وهما يشيان أو ييران على دابتين أو على دابة واحدة في محل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالشئ والبرهان قل ... ولو نبأنا وهما ...

١١٠ - **لا تخيم في القبول** : ومضى قام بالإيجاب ولم ينقض الميعاد الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتخيم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى حذفاً كتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه ويجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون

واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينقذ ، لأنها لما سارا أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يتمتع الشطران فى مجلس واحد ... ولو تبايها وهما فى سفينة ينقذ ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بمریان الماء لا يجرأه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جرياتها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . أما المشى فظاهر لأنه فله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقتت ، فاختلف المجلس سيرها ( البدائع ٥ ص ١٣٧ ) .

ورى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقى ، ثم يقبلون المسألة على وجوهها المنطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى ( المشى أو السير على الدابة ) لا ينقذ البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى ( جريان السفينة ) ينقذ . وفى هذا ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من المرح فى التعامل مالا يخفى ، إذ يتمتع على شخصين عيشان أو يافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقى للمجلس ، فيكفى الاتحاد الحكمى ، وقد أقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحكمى فى التنقل غير الاختيارى لضرورة ، والضرورة ذاتها هى التى قضى علينا أن نكتفى بالاتحاد الحكمى فى التنقل الاختيارى أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع المرح فى حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية ، فذكر فى هذه المسألة ما يأتى : « أما لو تبايها وهما فى السفينة فإنه يصح لسكون السفينة كالميت فلا ينقض المجلس بمريراتها لأنها لا يملكان إبقائها ( ملطواى عن النهر ) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » ( شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦ ) .

أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجابياً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتي: «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة. بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله. على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص. وهذه خصوصية تسرعى الانتباه. وقد تعتمد المشروع بإغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى. فمثل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً. ويجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك (١)».

**١١١ - كيف يطالب بالقبول الإيجاب:** وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذى قدمناه، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب. وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى روى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة. فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد. أما الاتفاق على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش. وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى صدد النشرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى: «وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يخرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجبة لجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب التام الذى ينقل إلى ارتباط تعاقدى من اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع»، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش).

بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين . حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة (١) .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .» والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل . ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضى فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه . فهو إذن يساهم في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢، ص ٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسبوط في ٣ يونية سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض مروق لفظية . ولما تبلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشيته التحكم ، ودارت مناقشة ضوئية حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥ — ص ٩٠ ) .  
انظر أيضاً المادة ٢ من تعديلات الأوامر السويسرية والمادة ٦١ فقرة ٢ من تعديلات الأوامر السويسرية .

صنع العقد (١) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن يفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما لبيت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلا على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ، ففراضياً على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهي عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضى أن يبت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التي تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية (٢) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل في المسائل التفصيلية التي أوجبها الاتفاق عليها ما لم يترأس العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما قص منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

(٢) يؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ومما يمكن من أمر . فينبغي التويه بأن هذه الأحكام لا تمدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تناقض هذا التفسير مع ما أراداه المتعاقدان ، بأن اشترطاً صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .



العقد لا يتم . ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً بتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً . وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع . أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة . أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتسيط . لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ نقضى بما يأتى : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (١) » .

### ج - حالات خاصة فى القبول

#### الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً . (\*)

١١٢ - المبدأ العام : لا محل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولاً ؟

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع النهيى ، وكانت هذه المادة تشتمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما فى المشروع التهاى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فباعت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد . وقد وقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٩ - من ٥١)

وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الالمانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت فى ١٢ من ٢٨٥ .

\* بعض المراجع : بلانول وريبيد وإسمان ١ فقرة ١٠٨ - ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها و ٢ فقرة ٥٥٦ - فاليرى فى العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته فى دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٤٥ و ١٩٠٨ - ٢ - ١٠ - ١٩١٣ - ١ - ٢٨١ - جيز فى نظرية العمل السلي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ من ٧٦٤) - بارولت فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديمجون ١٩١٢ - كوهن فى العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ من ١٠٣ وما بعدها - ليفى ديمجون ١٩٢٧ - كوهن (Cohin) فى العمل السلي الحاضى باريس ١٩٢٩ - أوبرى ورو : فقرة ٣٤٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤ - فقرة ٤٨ - بنكاز نكلمة بودرى ٢ فقرة ٣٩٥ - والتون ١ من ١٩٧ - من ١٩٩ - نظرية العقد للدولت فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٦ - الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته . مجرداً عن أي ظرف ملابس له . لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً . لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي . ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لسكوت قول » . وليس السكوت إرادة ضمنية . فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو انعدام (١) . وأون بالعدم أن تكون دلالة الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام . يقول به الفقه والنضاء في مصر وفي غيرها من البلاد (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « يفسر التفريق بين التعبير الضمني عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمني وضع إيجاباً . أما السكوت فهو مجرد وضع سلبي . وقد يكون التعبير الضمني بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فمن المنتع على وجه الإعلان أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض ظروف الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلفة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في المبدأ القانوني وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريح شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة السكندرية الابتدائية المختلفة في دائرتها القضائية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض المرصه النائم وبشروط شرطاً في صفقة طالت المفاوضات دائرة فيها بين النائم والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضاه من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم : ٢٧) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مسامحة في شركة معينة ويحجره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولاً بالاكتساب في الأسهم المذكورة (قصر فرنسي في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠-٧١-٢٥٧ وفي ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-١٩١١-٢٥٧) ، وبأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق عمدة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه الحملة ما دام أنه يصدر منه قول بذلك ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد الحملة حتى لو ذكر في الحملة أن عدم الرد عليه قبولاً بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دي بوليه ٩٣-١٦٢-٢-١٦٢) — محكمة دوه الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤-٧٥-٢-١٥٣) . ويلاحظ أن من تلقى الحملة ويسكت ، إذا كان سكوته لا يعد قبولاً ، فإن قوله قد يستخرج ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها . كأن يواطئ على تسليم الحملة وقراءتها بانتظام (أمر دي هانس ١ لمط (convention) مفرقة ٦) .

١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها

القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد فى نص صريح ، فقضت المادة ٩٨ بما يأتى :

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

« ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد - ولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه (١) .»  
فلاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قولاً إذا أحاطت به ظروف ملائمة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (٢) . هذه الظروف الملائمة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعملية

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالتالى : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لا وارد فى (الفاتورة) من شروط . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري ألخ الخ .» وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٥٦ - ٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبنانى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد لحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلقائه أو الإزالة منه (استثناءات مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩٦ م ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتفريعا على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاما ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها الماقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب قبض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم اقتقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعائد أن يستخلصه من إجماله أو خطئه الشخصى (استثناءات مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٥٩) .

عن حسابه في المصروف . وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (١) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك . كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها (٢).

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدتها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كهادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً (٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثني حالة العطف في الحساب والحذف والإضافة والتدوير وما إلى ذلك ، مثل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختصة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سفت الإشارة إلى هذا الحكم) - نفس فرنسي في ١١ يولييه سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفي ١٥ يولييه سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفذ الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً لفحص تكميل كان متوقفاً في عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نفس فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلاً عدداً بل جعله في أقرب بيعاد مستطاع ، وسكت المشتري على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاه بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسح العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من إنجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المبيع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنجليزية تصدير الفحم ، وسكت ، ثم عاد بعد ذلك بحالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بمجرد النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلًا بقوة القاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المصنع على حو في عقدائه بفسح العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء . كالحبة التي لا تشتط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت (١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملاسبات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملابس» (٢) (silence circonstancié) . ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة . وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلفة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب ضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة بعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو الزاد على من كمله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت فمن المنتع على وجه الإطلاق أن يتعصم إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض فروم استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه الفروم ، ونقل بشأنها عن تعيين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهيء للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وستبها أو من ظروف الحال . والثانى التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت التمسائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان انعقاد بيعت التعاقد قد تم في المكان الذى يوجد فيه اللوجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول في هذا المكان . ولم تعرض التقنيات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقبية السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنيات الجرمانية وغيرها من التقنيات التى تأثرت بها تورد على النقيض من ذلك أحكاماً واقية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إنصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون الرأماً بالكلام فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون هه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملاس» وهو ما تلابه ظروف يحمل معها محل الإرادة ، فهو وحده الذى يواجهه المرء، معتدياً في ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

## الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ - يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيم العقد به . ويعتبر قبولاً ضمناً (١) . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضى القواعد العامة - على ما سئرى - أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفي المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر . كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفى مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة . فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول . فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ .» ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفصيلات التى لا ضرورة لها (٢)» . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض تأخذ كان يوسعه أن يتمك بها قبل التنفيذ بحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لاسيما مع إلى الشك في انصراف نية العاقده الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ حازبت ٧ من ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ لدى ارتضاء العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٣٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجراف لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم يتم الدليل على أنها ألفت التعاقد على أساس الربط الجراف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٠١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٥٦ - من ٥٧ . وأنظر المادة ٣ من المشروع

الفرنسى الإيطالى .

بمحصول التنفيذ لا يعلم الموجب به متى انتصح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أومن مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ . ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ (١) .

### الحالة الثالثة — القبول فى عقود المزار :

١١٥ — هناك عقود تم فى بعض الأحيان لامن طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجربها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزار إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزار . ويعتينا فى العقود التى تم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزار هو الإيجاب . والتقدم بالعبء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزار لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعبء ، والتقدم بعبء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزار ، ويكون هو إرساء المزار على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدماً على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمى . ويراعى أن الإخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى افتراض علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تنص بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٥٦ ص ٥٧ فى الهامش) . ويلاحظ أنه أسهب فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تنص بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قدمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء العباد للنسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت إذ أعده قبولاً يكون صدوره وتعلم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين الطرفين إلا فى العلم فى هذا الخصوص .

ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إجبارياً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزداد (١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس المحسى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إجبارياً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويمجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المادة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من يشرح الصفقة فى المزداد صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فىكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النفس فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزداد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزداد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، وبمجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدى وتحريره بإصلا عنه لم ينس فيه إلا على أن صاحب العطاء ملزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشتر فيه شىء إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المزداد ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزداد الذى حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال مغمماً بحقه فى قبول أو رفض العطاء — كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فذل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقفال المزداد ، كان هذا هو العقد النام اللازم (هض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من شرح الصفقة المزداد على من رسا عليه ، فقد تم تحفد ولا يجوز لراسى عليه المزداد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه . دام مد بيت بمحاضر جلسة المجلس المحسى أن الراسى عليه المزداد قبل الشراء بسن معين ، ووافق المجلس المحسى على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا من منسكون التعاهد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فىكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا للسند الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المزداد أن يرجع بعد ذلك فى العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الضرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المادة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٢٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : هض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويمجوز الرجوع فيه مادام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضئى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطاءه بعد أن حصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضئى هو نفس الخبر . وإرساء العطاء على من يرسو عليه .



وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فنصت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو المزا . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (١) » . والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصنف المطروحة في المزا . كفاض بتقديم بعطاء في مزا لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو المزا . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقتال المزا دون أن يرسو على أحد » . ولا نفي النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم الزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أي عطاء يقدم فيها ، فقبل إن إرساء المزا لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم الزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقبل إنه لا يمكن إرساء المزا إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون النطاء باطلا ، فأجيب . بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معترهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقتال المزا دون أن يرسو على أحد » ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فأيراد هذه العبارة ليكون مجرد تزيد قد يحمل على محل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ينطبق هذا النص على جميع عقود الزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق الزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح الزايدة على الثمن ليس في منطقتي النص إلا دعوة لتقديم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزا . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح الزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . ويراعي أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للبطلان ، بل ولو رفس فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقل المزا دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فإدام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا القرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضي بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقتال المزا دون أن يرسو على أحد » . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

نضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط النطاء السابق ، لإبتناره تصرفاً قانونياً بل =

## الحالة الرابعة - القبول في عقود الإذعان (\*):

١١٦ - دائرة عقود الإذعان: قد يكون القبول مجرد إذعان لما يجليه الموجب ، فالقابل للمقدّم لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثمّ سميت هذه العقود بعقود الإذعان (١) . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية . ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها

باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع الطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كتصرف قانوني .

\* بعض المراجع : سأل في إعلان الإرادة من ٢٢٩ وما بعدها - ديجيه في تطورات القانون الخاص من ١٢١ - الدولة والقانون الموضوعي والقانون الرضوي من ٥٥ - هوروي في مبادئ القانون العام من ٢٠٧ - ريبير في القاعدة الحلقية في الالتزامات من ٥٥ وما بعدها - بلانيسول وريبير وإسمان ١ من ١٢٢ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٢ من ٦١٦ وما بعدها - موران (Morin) في القانون والقد سنة ١٩٢٧ من ٣٦ وما بعدها - ديريه (Deroux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ من ١٥٢ و ٢١٠ - جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ من ٢٢٧ وما بعدها - دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ - فورتييه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ - ميشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ - ساراويجي (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط التصفية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ - ميسول (Missol) في عقد التأمين كعد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ - ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ من ١١ وما بعدها - جوميز في مجموعة دراسات جيبي جزء ٢ من ٣٣٣ - وفي مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ من ١٤٣ - ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ من ٢١ - نظرية المقدم للمؤلف من ٢٧٩ - من ٢٨٨ - الدكتور حلمي بهجت بدوي من ٢٢٢ - من ٢٢٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنت من ٨٢ - من ٨٥ - الدكتور محمد عبد الله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الاضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل المقدم إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (من ٢٢٩ - من ٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، واتسقت إلى التفسير الجديد .

الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسامح أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أوفعياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسؤولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) » .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى: « القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات أفضى إليها ما مضى للبرلمان فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافق لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ - ٧١) . وانظر المادة ١٧٢ لفقرة الثانية من قانون الالتزامات البنائى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « من حق عقود الإذعان ، وهى عمرة التصور الاقتصادى فى العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان فى تقنين يتعلم =

١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالي وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار : أما هنا فالتفويض مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، وبراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية : وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً . ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد . ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر . فإن هذه

== إلى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التصور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأي إلى عاينه ، بل اجترأ يذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم الماقد بالشروط المنفردة فيها صريحاً من شروط القبول . فتنة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة العقد . ومع ذلك ليس ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان الماقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشقة . ويقضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختص عن القواعد التي تسرى على عقود التراضي . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتسمى عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تنتج من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المتصفين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام مناسنة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجبه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو ينتج من عقود الإذعان تلك العقود التي يقدّمها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسلك الحديدية ، أو مع مصالح البريد وتليفونات والتلغرافات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ - ص ٦٩) .

ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكن القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء يدعو حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المسهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المخنكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضي - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ - **حكم عقود الإذعان في القانونين القديم والحديث** : وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام (١) ، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار (٢) ، وفي عقود التأمين (٣) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة (٤) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها (٥) ، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها (٦) . إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة (٧) ، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف بقرة ١٢٩ من ١٢٩ هامش رقم ٢ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ١٨٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ من ١٠٨ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يولية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ من ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ من ١٠٧٦ .

(٦) استئناف مختلط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٤١ .

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ أبريل سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ١٢٦ من ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٢٠ يولية سنة ١٩١٥ جازيت ٦ من ٢٢٦ .

المسئولية (١) ، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المدعى (٢) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة (٣) .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصرى في ظل القانون القديم سناً تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المدعى . وتدع النصوص الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد أئتمن شروطاً تصفية . جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المدعى منها . وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (٤) . وهذا النص في عمومه وشموله أداة قوية

(١) استئناف محتلف في ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ٢٠٧ .

(٢) استئناف محتلف في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ من ٢٩٥ . وتندد المحاكم في أعمال شرط من شروط إسقاط بوليصة التأمين : استئناف محتلف في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ من ٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتماد شركة التأمين على أن تصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفى الأقساط يلقى الشرط القاضى بأن الدفع يكون في محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازية ١٠ وهم ٩٣ من ٨٧) .

(٤) تاريخ الترخيص ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المدعى بجموله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التصفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك عملاً للتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتى : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المدعى من تنفيذها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ماأتى : « دون إخلال بحق المدعى في التعويض إن كان له محل » ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعنى القاضي المدعى من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفضت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تبنى عن =

في يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تصفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذى أخذ به . فإذا كشف شرطاً تصفياً في عقد إذعان . فله أن يبدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعنى الطرف المدعى منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن يتزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوقاً ( clause de style ) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما أتى : « ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .  
٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (١) . » وقد ورد في المذكرة الإيضاحية

== الحكم الوارد في عبارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩١ - من ٢٩٤ ) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذى كان وارداً في المشروع التمهيدي أضعف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التصفية أن يكون الطرف المدعى لم يتنبه إليها ، والثانية أن الجزء على شرط تصفى لم يتنبه له الطرف المدعى جاء منطوقاً على شيء من الغموض ، فلم يصرح النص بأن للقاضى أن يبدل الشرط أو يلغيه ، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضى أن يجعله محلاً للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المدعى قد أكره على قبوله من تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المدعى ينبى أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستفلال - أو لتشريعات خاصة » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩٢ ) . ولا شك أن النص الذى خرج به القانون الجديد أصلح في معالجة استفلال الطرف المدعى من نص المشروع التمهيدي . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيده ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعنى الطرف المدعى منها » قد وردت على النحو الآتي : « أو أن يعنى الطرف المدعى من تنفيذها » ، فرؤى أن الإعفاء يكون من الشرط التصفى ذاته لا من تنفيذه بحسب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يفسر الشك في مصلحة المدين » ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف ==

للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالتفروض أن العاقد الآخر . وهو أقوى العقادين . يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته . لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النساوى وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه (١) .»

### الحالة الخامسة - القبول في عقود الجماعة وفي العقود التفرزمية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول» . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) : وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبأه ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفي هذا خروج بين

«المذعن» . فضت الفقرتان في مادة واحدة ولجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المتظلمة في ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لصالح المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .



على القواعد المدنية ، يعمله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ،  
وهي على كل حال تنشىء مراكز قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي تنص على أنه «إذا وضعت  
السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم  
هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه» . والعقد النموذجي  
هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار  
النوذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى  
النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً فى تعاقدته على عقد نموذجي يتقيد  
بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفرض أن المتعاقد قد اطلع على  
ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانه  
يحصن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد  
فيه (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧-٦٨ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة  
الإيضاحية لهذين النصين فى المشروع التمهيدي ما يأتى : « لا يطرأ على القول فى عقود الجماعة  
بمجرد عرض ضمير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فىصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق .  
والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد .  
وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأئمة التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترضى ذلك .  
وقد بلغ من أمر الشفرة التى أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح  
«الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقديماً  
وعت قوانين التجارة فى نظام الصلح فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة  
أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثرأ قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانها فى الحياة الاقتصادية  
الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة  
بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل  
أو من لم يقل . ويزنّب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص  
هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فلأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة  
الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات  
مثلاً) تفرض قبولها للشروط الواردة فيه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ فى الهامش) .

## ٢٤ - المتعاقدان لا يجتمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)\*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ - **تحرير الموضوع** : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١) .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجتمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعوا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تمنحى هذه الفترة من الزمن . ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

\* بعض المراجع : فاليرى (Valéry) والتعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تعليقا له أيضاً

فى دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١ - سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ - أوررى درو ٤٤٣ - لوران ١٥ - ٤٧٩ - ديمولوب ٢٤ - ٧٥ - هيك ٧ - ١٨ - إيدان ٩١ - ٩٢ - جيلوار فى البيع ١٦ - بنوار ص ٤٧١ - لارومبييا م ١١٠ - ١٩ - بودرى وبارد ١ - ٣٧ - بودرى وسينيا ٣٥ - بلانيول وريير واسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - بلانيول وريير وبولانجيه ٢ - ٣٥٤ - وما بعدها - ديموخ ٢ - ٢٤٢ - وما بعدها - هيمار ٢ - ١٢٢٤ وما بعدها - بى (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - أوبر (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ - ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ - موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ - كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى لقانون المقارن - والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها -- نظرية العقد للمؤلف ٢٨٥ - وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض التواين فيها حضور المتعاقدين بنفسهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بضمير النيابة ، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عقد الزوجة المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبني (adoption) .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسرى. ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افرقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله (١) . فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه . بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به (٢) .

## ١٢١ - ماذا يترتب على هذا التحديد - زمانه العقد ومكانه : ومتى

وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت تعلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول . ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض . أهمها التعاقد بالتلفون . فقيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة

(١) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أسم فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تنبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الغرض إيموس وأرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصرين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٢) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفهاً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٦ ص ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، بحضور الوكيل مجلس العقد يعنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

تعاقدا ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين .  
فتجرى في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١) .

وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان .  
ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية . ثم نتقل إلى أحكام القانون  
المصرى .

## ١ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ - **مزايا أربعة في الفقه** : الفقه في البلاد التي ليس فيها تشريع  
يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد - كما في فرنسا وفي مصر في ظل  
القانون القديم - منقسم متشعب الرأي . وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان  
العقد ومكانه على ما سنرى ..

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفقرة من

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا الموضوع ، فصت المادة ١٤٠ من  
هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما  
يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة الترجمة قررت حذف هذا  
النص لوضوح حكمه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي :  
« لا يثير التعاقد بالتلفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد .  
نشأته من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تعرفهم شقة المسكان . ولذلك تسرى عليه  
أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتلفون قد تم في  
مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان  
انعقاد العقد ، فالعقاد بالتلفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن العارفين الرضى بين  
إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم . فليس لتفرقة بين وقت إعلان  
القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنها شىء واحد . ونعرباً على ذلك يعتبر التعاقد  
بالتلفون تاماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو  
الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين  
الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم  
يصدر القبول فوراً للوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هي القاعدة المقررة في الفقرة الأولى  
من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو  
بأى طريق مماثل ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ - ص ٥٣ في الماشئ) .

الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والملم به (١). فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد متى بتلاق الإرادتين : فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاحقاً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاق ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاق الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممنوع . بل إن تلاق الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تتلاق الإراداتان (٢) .

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشتري أن البائع يبرع عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد؟ القصد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ — وفي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٣٣ ص ٩٧ — وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أسابه ضرر بالتعويض على المشلول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسيأتي ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلحق الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول محدود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة إذ هو لا يدري متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يبطئ الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يبطئ القابل . فلا ميزة لقول عن آخر من حيث امتثال المتعاقدين .

فليس يعيننا إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فضلاً ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) - والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به - وهذا هو مذهب تسلم القبول (système de réception) - والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .  
هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

**١٢٣ - مذهب اعلمه القبول:** أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

**١٢٤ - مذهب تصدير القبول:** وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول . فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون

أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتأم العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد . والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

**١٢٥ - مذهب تسليم القبول :** وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديده إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة للمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية . أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل . أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

**١٢٦ - مذهب العلم بالقبول :** والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما ففروع عليهما ،

ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً . فهي لا ترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قريبة على علم الموجب ، ولكنها قريبة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ - النتائج التي ترتب على الأخذ بمذهب دوره آخر : وتناقض الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي ترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فيتبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١- إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان . ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢- إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات . فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد . وتكون الثأر للمشتري من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣- هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم . ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤- في الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن



الظمن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥- العقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطالان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦- تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧- قد يكون ارتكاب جريمة في بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدني ، كجريمة التبيد فإنها تم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة

بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألماني (م ١٣٠) . والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢ فقرة أولى) ، والتقنين التجاري الإيطالي (م ٣٦) ، والتقنين الإسباني (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسري بمذهب تسليم القبول (م ١٠) . وأخذ التقنين المدني السوري الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت

المادة ٩٨ من هذا التفتين على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك». ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري (١). أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

## ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانتقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط . أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، بين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها ونصل أحكام العقد وأركانها وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت بمجملتها من القانون المصري ، فيما عدا المقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والمقود اللبناني ، فأصبح المقود بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تفضي المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لتلايق تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بمقوق ذوي العلاقة » ( المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١ ) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٦ . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان المقود . وهناك حكمان آخران يتعلقان بمكان المقود : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٥ - وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لعلم العارض ( ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣ ) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلًا من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد ( ديباط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١ ) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (١).  
 وبقى الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه انجبه أخيراً إلى الأخذ  
 بمذهب العلم بالقبول (٢) .

(١) هناك أحكام قضت بأن القصد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز  
 للسوجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة  
 الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢  
 م ٣٤ ص ١٥٧ - وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - محكمة الإسكندرية  
 الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ - محكمة الإسكندرية  
 التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ - وفي ٣ مارس سنة  
 ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ - وفي ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) . وهناك  
 أحكام أخرى قضت بأن القصد يتم بإعلان القبول ( محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر  
 سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ - وفي ٩ فبراير  
 سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨  
 جازيت ١٩ ص ٢٥٦ - وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠) .  
 وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في  
 ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ - وفي ٢٤ فبراير ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ - وفي  
 ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١) .

(٢) من ذلك ما جاء بنظرية القصد للمؤلف : « يشعر للمتعرض للعلول المتقدمة بشيء من  
 الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً برضيه ، وذلك لتمدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى  
 وجهة من النظر تختار عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين  
 التشريعات المحدثه والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن التأمل في المسألة لا يسهه إلا  
 أن يجاشى محكمة النفس الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين .  
 بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ القصد ابتداءً بإيجابه ورسم حدوده ،  
 وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فتوجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم القصد  
 وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تنعش للمسألة ، فلا نظنها موافقة في ذلك .  
 والنس التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضى باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة  
 ولم يمكن الاعتداء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض . وآمن فرض في تفسير إرادة الموجب  
 أن يفرض ما هو في صالحه ، والأصلح ألا يتم القصد إلا عند علمه بالقبول . فنحن تأخذ إذن  
 بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا تأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ،  
 بل تأخذ بها لأنها تنفرع عن البدأ الأساسي الذي قرره من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا  
 لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته . فإذا كان لنا أن تقترح إدخال تعديل في التشريع  
 المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضى  
 بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما القصد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه  
 تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاعتداء إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد  
 أراد أن يتم القصد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يصح قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة =

١٣٠ - **القانون الجديد**: أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص فى المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» . وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتى :

- ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .
- ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء فى هذا الصدد وما هو الشيء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة التقص .

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

الموجب الغامضة . ولأبأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . بحلاسة الرأى الذى نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هى التى تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم . ( نظرية العقد للفرحات - فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥ ) .

أنظر أيضا فى افقه المصرى الذى أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١١١ - ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو سبت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا التعريف فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع اختلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظى ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ - ص ٥٥) . وانظر أيضا المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإبطالى .

العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى الذى سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذى أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانونى ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز لإثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسى الذى ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر «قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك» - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسى ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه . وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم . فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجديداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «تضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جند متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لاية بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . ويدهى أن هذا الحكم قريسرى حيث تصرف نية التعاقدن إلى مخالفته صراحة أو سحناً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى (وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في التنفيذ الاختيارى كما قدمنا) اللذين يزلهما القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الزوج . ذلك أن الزوج هو الذى يتندى التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويصن شروطه . فن الطبيعى والمحال هذه أن يتول تحديد زمان العقد ومكانه . ومن المعدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المقروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه - أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع - ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم يتقرر القضاء المصرى على رأى معين في هذا الصدد . فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه -

## المطلب الثالث

### مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ — **تعاقده غير نهائي** : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية. فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي. ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

### § ١- الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (\*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)

(Avant — contrat)

١٣٢ — **الصور العملية للوعد بالتعاقد ولاتفاق الابتدائي** : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية: يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض يجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع

== خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ م ١٨٣). أما محكمة الاستئناف المختلطة فمضاًها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ م ٢٢٦) وبن مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٢٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٢٧). وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أسب اندام في المسائل التجارية . على أن مذهب الإمبر (التصدير) قد رددت صده بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٠١ — دمايط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ م ٢٥١). ولم تتج محكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٥٣-٥٤).

(\*) **بعض المراجع** : ديوجن ٢٠٢ فقرة ٤٦٣ وما بعدها — ليديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Duschamps) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Cohierier) رسالة من بواتيه سنة ١٩٣٩ — بلايول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية العقد للفولف فقرة ٢٥٩ وما بعدها — الدكتور حلي بهجت بدوى فقرة ٦٧ .

شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقترض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد . أما الموعود له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها منزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن . فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في

(١) ويقع كثيراً في بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والبررة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٧) .

الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي . وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف يتعد الوعد بالتعاقد ، في صورته الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين . وما الذي يترتب عليه من الآثار .

### ١- كيف يتعد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

#### ١٣٣ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب

والتعاقب **إسراءى** : الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد - بالبيع مثلا - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد مل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد : بيع - أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي - ولذلك يكون الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي . مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

#### ١٣٤ - ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق

**الإسراءى** : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (١) . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتها في المشروع التمهيدي (م ١٥٠) على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه التعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة =



بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي . فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لخائب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن (١) . وإن كان شركة وجب أن

== التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢ - إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينفقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتامم العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل معين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلاً عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فقدت الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكلي دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويتربط على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدني على كلمته « ابتدائي » الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دفناً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٧٢ - ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانقاده ، وما يجزئه فاضي الموضوع من هذا التثبت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يقلل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمقها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن القول بأن البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه ، متعبناً بقضه (نقض مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .

يتفقا على المشروع المالى الذى تكوّن من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشئين اللذين يقع فيهما التفاضل ؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد . وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين . فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما يهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

### ١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكبية :

وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكبياً . كإثبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما تقتضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ . فهى تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (١) » .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلاً (٢) . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخل شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن . وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص .

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

على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ،  
ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتوأن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي  
دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى  
حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المنفرد في ورقة رسمية  
إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين نم بإيجاب وقبول  
وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، و ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد .  
ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه علينا ، فلا يبيح إلا التعويض بحكم به  
على الواعد : ويجوز أن يؤخذ به حق المدعى بفساد عملاً إلى نتيجة قريبة  
من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد  
ضمانه بالرهن . وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول  
النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالقبول للجانين والقبول المزمع لجانب واحد .  
ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التبيدي تحديد للسائل الأساسية في التماقد والمدة التي يتم فيها .  
أما فيما يتعلق بالسكك فلا يشترط وضع خاص — على قبض التفتين البولوني فهو يشترط  
الكتابة إطلافاً في المادة ٦٢ فقرة ٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود بإبرامه  
على وجوب استيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على  
الاتفاق التبيدي نفسه . ووجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإنذات من قيود  
الشكل الذي يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا  
حكم القضاء بذلك . ويكفي بلوغ هذه الغاية أن يبدل ائتفانان عن إبرام العقد الذي يرغب  
في الإنذات من القيود الخاصة بشكله ، ويعدا إلى عقد اتفاق تعميدي أو وعد بإتمام هذا  
العقد لا يتوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يتصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك  
يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود التي تقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد  
بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يتوفى ركن الرسمية . فإذا صح أن  
كفى هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات  
التسمية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام  
حده الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد  
ترتيب الرهن لضمان الوفاء به . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٣ — ص ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠  
وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالعقد الشكلي — إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب —  
باطلاً . وهو يرى وجوب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل يترتب منه المنفعة لمصلحة  
المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة باطلاً ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الفسح وإبرازاً =

## ١٣٦ - شروط الانقضاء والصحة في العقد الموعود به وصق نراعى في

الوعد بالتعاقب والاتفاق الإبرائي: ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانقضاء والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أى اتفاقاً ابتدائياً) .

== لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أضرب في هذا المعنى قانون الالتزامات السويسري ٢٢م ققرة ٢) . ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذي فرض الشكل وهو الذي يعين جزاءه ، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرئياً يتلاءم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يفتى عنها .

ونحن نسلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل في القانون الحديث وطبيعته خارجية لادخلة ، وأنه لا يفتى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء السكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الهبة النياطة شكلاً (٤٨٩م جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يتحقق به في فرس دون فرس كما في شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذي الوضعية الدخيلة — كما كان الأمر في القانون الروماني — إذ القانون استقل هنا كذلك بصنع الشكل ، وأمس في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد باعتمد الشكل شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يتحل في هذا سلطان الإرادة مادام قد ميز الوعد بالعقد وارفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلاً للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي . إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التعاقب على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن يكر على أي وعد قوته اللازمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإنما يجب على المشرع أن يكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما قرره المدكرة الإيضاحية للمشروع التهدي ، وهو ما تقدمه الدكتور أبو عافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً (١) .

وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

## ب - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي .

١٣٧ - مرملائه يفصلهما ملول الميعاد أو ظهور الرغبة: إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

(١) ويشترط طلباً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد أنظر في هذا المعنى ديعوج ٢ فقرة ٥٢١ - بلانول وريبير وإيمان ١ فقرة ١٤٥ .

١٣٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة: في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقاً شخصياً ولا يربط إلا التزامات: حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع. يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين). فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي. بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد: وهذا التزام بعمل. ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم للجانب واحد. فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له، وهذا أيضاً هو التزام بعمل، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء.

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع. وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده. أو تم وعد ملزم للجانب واحد. فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران لا يخلووان من أهمية عملية :-

(أولاً) يبقى الواعد مالِكاً للشيء. فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار. فإذا باع العين وسجل البيع، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد.

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمّل الواعد تبعه هلاكه، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك. وإنه لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرًا (١).

(١) وكهلاك الشيء نزع ملكيته، يتحمل الواعد تبعه، ولكن لا يكون مسئولاً عن الضمان. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بسن العين للنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حقاً على المالك، وبموجب النزوم المفق لا يحسب عن الواعد بالبيع (قصر مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠).

١٣٩ - بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل . في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين . بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي . وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه (١) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه . فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (٢) . ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد . في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل . فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده . وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكليات المطلوبة . فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد . بل يقتصر القاضي

---

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي ولعرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، نصيباً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وثائق الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توثيقة بغيره الفصير منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلف شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف اتفاقاً عدم أخذ هذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين ( نفس مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر : رقم ١١٥ ص ٣٠٢ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق طرفان على أن أحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين ، فإن صاحب الخيار لا يتحلل من التمتعيات إلا عند عدم قبول المتعاقد في المرة المحددة للاختيار . أما إذا قبل المتعاقد فإنه يصبح مسئولاً عن تنفيذها وملزم بالتصميمات في حالة عدم التنفيذ ( نفس مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣٠ ) .

على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب . فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ . فهي تقضي بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد . وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد (١) » .

## § - ٢ - المربون

( Les arrhes )

١٤٠ - المربون ودلالة في القوانين الألفية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى المربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة .

(١) تارخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التجديدي على الوجه الآتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذه وعده . حاز للحكم . أن تحدد له أجل للتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في الأجل المحدد ، قدم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة حظ أن هذه المادة لا تعرض لحالة التي يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التجديدي ( تقابل المادة ٢١٠ من قانون الجديد ) . وإنما يمرض النص لحالة ما إذا وجد عند ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لاسيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، فبقي وجد وعده من رهن رسمي مثلا ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن ينجح على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقصوداً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأي بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به ، مقام العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ استبدلت عبارة « تمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة ( بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ - ص ٧٩ ) - أنظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني .



ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العيوب للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العيوب .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول (١) ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت (٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة للإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العيوب هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ - **العربور في القانون المصري القديم** : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدني القديم ، فكان القضاء المصري يتردد بين الدالتين (٣) .

(١) أنظر مثلا المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي والمادة ١٢١٧ من قانون الإبطال القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسي الإبطالي .  
(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألماني والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ٧٤ من القانون البولوني .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن اشتراط العيوب لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء ( ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٤٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٥٤ ) ، على أن المشري الذي يفقد العيوب بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على قبض ما يجرى بشأن الشرط الجزائي ( ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٤٢ ) ، وقضت كذلك بأن العيوب قد يدل على النيات ( ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ من ٤٥ ) .

وفي دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العيوب في حالة الشك يدل على جواز العدول ( محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ ) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العيوب دليل العدول لوقت معين ، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبايع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فجأة لا يقتصر على خسارة العيوب بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول ( ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ ) .

وكان في ذلك يأخذ بنية المتعاقدين (١) . ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجارى . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العريون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبت (٢) . أما في الإيجار فالعريون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

### ١٤٢ - العريون في القانون المدنى الجبرير : أخذ القانون المدنى

الجديد ، حسنا للخلاف والردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعريون مرحلة غير باءة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتى :

١٥ - دفع العريون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق

في العدول عنه ، ٢ إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العريون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلهما لكل منهما الحق في إمضاء العقد أو قطعه ، ونية العاقدين هي وحدهما التي يجب التحويل عليها في إعطاء العريون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انقضت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عريون ماهو في الواقع لإاقبة التعويض الذى انتفا على استحقاقه عند الفسخ المنب عن تخصيص أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيرا للعقد محتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض ( قاضى مدنى في ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ من ١٣٢ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نية العريون ، وقد تكون لتأكيد العقد للجواز العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين ( ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٥٧ ) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العريون وقت تحرير العقد الابتدائى كان هذا دليلا على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائى فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العريون في العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائى دليل على البت : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٧٤ (عقد ابتدائى) - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٢٢-٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٥٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ١١ (عقد نهائى) - ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢١٥ (وهو الحكم الذى سبق الإشارة إليه) - محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٠٣ .

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ،  
هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق  
المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١- يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز  
المدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ٢- فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ  
العقد ، فالمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون  
الذي قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذي دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر .  
هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣- ويسرى حكم هذه  
المادة أياً كانت الألفاظ التي عبر بها المتعاقدان عن العربون . ولما تولى اللجنة المراجعة  
أقرته اللجنة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتي :  
« ١- دفع عربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى  
الاتفاق أو العرف بغير ذلك » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون  
المدني بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلاً ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررته ،  
وقالت في تقريرها ما يأتي : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقررته المادة تمسحاً مع العرف ،  
فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه » ، بعبارة  
« المقدمات لا يجوز العدول عنه » ، وحذف عبارة « أو العرف » لئوال وجه الحاجة إليها بعد  
التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتي : « فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا  
عدل من قبضه رد ضعفه ، ولو لم يترتب على العدول ضرر » . وقد صدرت اللجنة في هذه الإضافة  
عن وجوب التمسح مع العرف ، ولم تر عملاً للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذتها تاركة أمر تفسير  
نية المتعاقدين لتقدير القاضي . وأصبح النص كالآتي : « ١- دفع العربون وقت إبرام العقد  
يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢- فإذا  
عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى  
ضرر » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة  
الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٩ - وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في  
ص ٨١ - ص ٨٤) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا  
المشروع . فنصت المادة ١٥٣ على ما يأتي :

١- إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ،  
فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢- ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال  
تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مشغولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأً من  
المتعاقدين أو بانقضاء بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاءً  
بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ٤١ على ما يأتي : « إذا انقضى التعاقدان على أن =

دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأي عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون ، فإنه يردده ويرد مثله ، أي يرد ضعفه (١) ، للطرف الآخر . حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول . فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص . بل تفسيراً لنية المتعاقدين . فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً

---

== العربون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه ، وقد حذفت لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٨٠ - ص ٨٢ في الهامش) .

(١) الصحيح لغةً «ضعفه» لا «ضعفه» كما ورد في نص القانون . فالضعف هو المثل ، والثلاث ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الشيء مثله في التدار أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المهجور ، حتى يتجنب اللبس في صدد تفسير تشريعية الخطأ في تطبيقها يؤتى إلى نتائج عملية خطيرة .

إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الشرط الجزائى (١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

## المبحث الثانى

### صحة التراضى

١٤٣ - الأهلية وعيوب الإرادة: كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون

(١) أظن المواد ٢٢٣-٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكيف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد يمكن تكيفه بأنه البدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد فى العقد ودائماً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (٢٧٨م) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصل والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جمته .

أما الشرط الجزائى فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكيف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكيف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدلى فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلى تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد الحلين فى التزام تخيبرى ، فالدين لا يغير بينه وبين التنفيذ العيني إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للندان كذلك بين الحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

صحيحاً . والتراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن لإرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب (١) . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

## المطلب الأول

### الأهلية (\*)

(La capacité)

١٤٤ - القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٣٠ / ١٨٩ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو لإبطال العقد (م ١٣١ - ١٣٢ / ١٩١ - ١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٤٧) في كثير من الأحكام التي تطبق

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجري عاياً في : « يجوز إبطال العقد : أولاً - لعدم توافر الأهلية في المتعاقدين أو في أحدهما . ثانياً - لئيب في الرضاء . ولما تلى هذا النص في لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يحدد حالات منصوصاً عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ١١٠ في المامش) .

(\*) بعض المراجع : ديموج ٢ نثرة ٦٦٦ وما بعدها - كايثان في مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها - بنكاز نكلمة مبسوط بودرى جزء ٤ - بلانول وريبير وبولانجه فقرة ١٤٥ وما بعدها - فتحي زغلول في شرح القانون المدني ص ٢٦ وما بعدها - التلوخ والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها - مرشد المهران م ٢٦٨ - ٢٨٤ - شرح المحلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها - مقال للأستاذ أحمد ابراهيم بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى - مقال للأستاذ عزيز بك خانكي في بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ - ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) في تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر في الحمامة السنة الأولى - مقال للأستاذ أحمد نشأت بك في الفته الموجب للحجر في الحمامة السنة الرابعة - والتون ص ١ ص ٣٤٧ وما بعدها - نشرية العدد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيدَه للمصريين كافة . أما الأجانب فطبق عليهم قوانين الجنسية التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١).

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

## § ١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية الوجوب : يعرّف الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité

de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظرة عامة في الأهلية ما يأتي:  
« اكتفى في أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو قصها من أثر في صحة الرضاء . أما التفصيلات فموضعا القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة ١٢٩/١٨٩ من التقنين الحالي لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهى مسألة من مسائل التنظيم الموضوعى . أما المادة ١٣٠/١٩٠ من التقنين الحالي ، وهى الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ - ١٣٢/١٩١ - ١٩٢ الماصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإبراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعي ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩) .

ليست في الواقع إلا القابلة لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى . وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيع الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيع ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية (١) .

(١) هذا وقد صدر حكام متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهينة ويطبئها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٤) ، والحكم الثاني يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لابد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النفس يقضى بأن الرهينة نظام جارٍ عدد من الضوابط المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجزرية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العال الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنه الراهب بعد اغترافه في سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . ويذهب على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . والحكم المضمون فيه إذ عد المطران مالكاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلاً منصبه الديني تجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للدلالة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (قض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملكه الراهب قبل دخوله في الرهينة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية — فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تملكه هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : « ليكن معروفًا ما للاستيف إن كان له شيء ، وليكن معروفًا ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له ليبيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الاستيف فهو للبيعة ، ليس له أن يوصى في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام » .



## ١٤٦ - أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال

الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتماً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ - عقود اغتناء ، وهي عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ - عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

## ١٤٧ - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يتبسي بها :

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب . كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ،

بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله . ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص المنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة . وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة . ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف . كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص . أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال (١) .

## ١٤٨ - الأصل في الشخص أنه يكون ذا أهلية : المفروض في

الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا

(١) وسرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقرر له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للاتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانوني بوجه عام) فن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، والتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المدعى عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المؤلفات تحدثت عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جازبنا هذا المؤلف في بعض الأحيان .

ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (١) » .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٢) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية (٣) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فعلى من له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تنص به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون أهلاً للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدته كما يأتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المسادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ - ص ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طرؤه عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ - ٢١ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعه تصديره وإمهاله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس المحسي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمان عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكباناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢) . وانظر أيضاً محكمة بي سوييف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة ٩ ص ٥٢٤) .

احتياالية ليخنى نقص أهليته (١) . ولا يكفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه .كاملها . بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته . بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذى قضى به النص الصريح فى القانون الجديد كان القضاء المصرى يعمل به فى ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

## ١٤٩- أنظمة الأهلية من النظام العام: وأحكام الأهلية من النظام

العام . فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخنى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمتنع من التمسك بالإعلان » . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غاملاً من نص يجرى لناقص الأهلية لإبطال العقد ، فينبغى أن يثبت هذا الحكم فى صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وانقت اللجنة على أن تمدل المادة على الوجه الآتى : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخنى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن تستعيز عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته ألخ » بعبارة « ودلماً مع عدم الإخلال بإلزامه بالتبويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء قصر أهليته » . فالسألة تعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء قصر أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولة التقصيرية وجعلت الجزاء فاصراً على الحكم بالتبويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة ( مجموعة الأعمال التقصيرية ٢ ص ١٣٣-١٣٨ ) .

(٢) أظفر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ م ١١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع جالبه فيها تبويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقدها معها وعليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعياً أن البائع دلل عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس مااستبانت من ظروفها ووقائعها من أن كل بناوقع من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يبدو أن يكون مجرد كذب لايتوجب مساءلة مقترفه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك مادامت الوقائع الثابتة فى الدعوى مؤدية فصلاً إليه ( قس جنائى ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى قس مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢ ) .

الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا للتعديل في أحكامها » .

## ٢٤ - أحكام الأهلية

### في القانون المدني الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ - العوامل التي تتأثر بها الأهلية : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أو لاتقع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والعته والغفلة (١) .

#### ١ - تأثر الأهلية بالسن

١٥١ - الأدوار الطبيعية في حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ - من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ - من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ - من سن البلوغ إلى الموت

١٥٢ - الصبي غير المحميذ : تفقد سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه « ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لا نعدام أهلية الأداء أو خصها من أثر في سعة الرضاء » . ولاتلى هذا النص في لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التي هي عليها لا تؤدي المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : « ينظر الأهلية قانون خاص » . ثم رأيت اللجنة حذف هذا النص وإزالة المادة عن قانون المواد ١١٣ - ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١١٢ - من ١١٣ في الخامس) .

جميع تصرفاته باطله (١) . فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد امتياز . فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ٧ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن « للأب ثم للجد الصحيح (٢) الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٣) ،

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم المادة ١١٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التى تنبأ من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما المحكمة فى إيرادها هنا فى القانون المدنى ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن الشرع أرا بوضع هذه الأحكام فى صلب القانون المدنى عدم الرجوع إلى أحكامها فى الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط الشرع فى قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التى نص عليها فى الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بتن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٤) .

(٢) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٣) والظاهر أن قانون المحاكم الحسبية الجديد يقدم الجد على وصى الأب وإن لم يورد نصاً صريحاً فى ذلك . وهناك خلاف فى المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصى الأب أو وصى الأب هو الذى يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول ، ويذهب الإمام الأكر إلى الرأى الثانى . وكان القضاء المصرى فى مجموعه قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكر ويقدم وصى الأب على الجد ( محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ المحقوق ٨ ص ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ ص ٧٤٧ - المجلس الحنفى العالى فى ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكماً قضى بعكس ذلك فتقدم الجد على وصى الأب من محكمة الاستئناف الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ المتبوق ١٠ ص ١٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣ ) .

تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ١٥ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً» .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصى في مال القاصر فرسومة في قانون المحاكم الحسبية وفي قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدني الجديد إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون (١)» . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقده الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون» .

فللولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ، حتى بالغين اليسير . ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولي أن يباشرها : إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٩ من قانون المحاكم الحسبية) . ويجوز للمحكمة أن تحدد من ولاية الولي أو أن تسلبه إياها «إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه» (م ١٠ من قانون المحاكم الحسبية) .

وولاية الوصي - اختاره الأب أو أقامه القاضي - أضيقت من ولاية الولي . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقررة بشرط فيجب إذن المحكمة في القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة : في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفي استثمار الأموال ، وتصفيتها ، واقتراض المال للقاصر ، وفي الإنفاق من مال القاصر

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ في المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (شروع الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ - ١٣٣) .

على من تجب عليه نفقهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة ،  
وفى الوفاء بالالتزامات التي تكون على الشركة أو على القاصر ما لم يكن قد  
صدر بها حكم واجب التنفيذ . وفيما يصرف في تزويج القاصر . (أنظر في  
كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويأشر أهلية التصرف ولكن  
لا بد دائماً من إذن المحكمة . سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو  
المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات  
الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي  
تكون للقاصر . وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها .  
والصلح والتحكيم . ورفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر  
بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم  
الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصي أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ،  
وإلى هذا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن «تصرف  
الوصي في مال القاصر بصريق التبرع باطل» .

**١٥٣ - الصبي المميز** : يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز  
أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص  
المادة ٦ على أنه « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن  
الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة . يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» .  
ويقرر القانون في المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتي :  
« 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 وليه أو من  
المحكمة وفقاً للقانون (١) » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت  
تحت رقم المادة ١١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلت لجنة القانون  
المدني بمجلس الشيوخ تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت في النص الذي وضعت لجنة المراجعة  
وهي « وكان غير مصادح بنون أو عنه » . والعلّة في ذلك أن البنون والنسب له أحكام خاصة  
تنطبق في جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة  
كما عدلت اللجنة ( لائحة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ - من ١١٦ ) .



ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولى أو الوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون (١) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون (٢) . والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسينية . وقد نص فى المادة الثانية منه على ما يأتى : «ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يحدد طلبه قبل مضى سنة من وقت صدور القرار النهائى بالرفض .» وتكفأت المادة الثالثة برسم الحدود التى يتصرف فى نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن «للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما فى ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويدخل فى أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات

(١) كان قانون المجالس الحسينية القديم يضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يتنع من التصرف جازله تسلم أمواله لديرها بنفسه ما لم يتنع من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالس يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هى التى وصته تحت رقم المادة ١١٥ فى المشروع التهاى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو ...» كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٧ - من ١١٩) .

وشراء ما يلزم للزراعة (١) فلا يجوز له بيعه عند من تخلفه أن يزاول أعمال التجارة أو أن يؤجر المبنى أو الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتبنا على أعمال إدارته . ولا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه (٢) .

ويستثنى كذلك الصبي المدير في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المساك دون غيره من أمواله الأخرى» .

## ١٥٤ - البالغ الرشد : تقضى المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد

بأن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يعجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (٣) . وهذه السن عامة لجميع المصريين ،

(١) يؤكد هذا النص ماورد في الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدني الجديد، وهي تنص على ما يأتي : «وبعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء . عمل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستئجاره» . ويلاحظ أن نص قانون المحاكم الحسبية قد أورد قيوداً على الحق في الإيجار والحق في استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

(٢) وقد قضت المادة ٤ من قانون المحاكم الحسبية بما يأتي : «على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الولي أو الوصي ، وللمحكمة أن تأمر بإيداع التوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها» . وقضت المادة ٥ بما يأتي : «إذا قصر المأذون له بالإدارة في تنفيذ ما قصت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال وقوع ضرر له ، جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد ذوى الشأن ، أن تحدد من الإذن المطلق للقاصر أو تلبه إياه بمد دعوته لسماع أقواله» .

(٣) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة» . وتحسب السن بالتقويم الميلادي . ويجب أن تكمل إحدى وعشرون سنة ، فلا يكون الشخص كمل الأهلية إلا عقب انقضاء آخر فترة من هذه المدة .

مسلمين أو غير مسلمين . فتنى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه  
وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح  
رشيداً أى كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه  
بلاستمرار الولاية أو الوصاية لمجنون أو غفلة أو سفه (١) . أو لم يحكم  
عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية  
بحسب الأحوال (٢) . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة  
أو سفياً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ،  
فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب  
استصدار حكم بالحجر . واختار المحكمة له فيما قد يكون غير الوصى أو الوصى .  
فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين «رشيداً» كملت أهليته . وكان له  
بذلك أهلية الاعتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع . يباشر  
كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل  
دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة  
بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى  
انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية .  
كذلك يقع باطلاً كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى  
بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً فى الحساب  
(أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .  
على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض  
الأهلية . وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

---

(١) أو لأنه لا يؤمن على أمواله (أنظر المادة ٢١ من قانون المحاكم الحسبية) .

(٢) وقد قصت المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية بأن «تنتهى الولاية ببلوغ القاصر  
إحدى وعشرين سنة مالم نكح المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب  
الحجر ، إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من  
المحكمة» . وقصت المادة ٣٠ بأن تنتهى مهمة الوصى «ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة  
إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغ هذه السن استمرار الوصاية أو مالم يبلغها معتوهاً أو مجنوناً  
فتستمر الوصاية عليه ولو لم تقر المحكمة استمرار الوصاية» .

## ب - آثار الأهلية بعوامل أخرى غير السن

### (عوارض الأهلية)

١٥٥ - مصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان من الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعتة ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسرى أن من يغيب غيبة منقطعة بقاء عنه وكيل ، ومن حكم عليه عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - المجهور : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «الجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون (١)» . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه . ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قياً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فنتى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية الجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطله لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بدعارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأتمال التحضيرية ٢ من ١١٩ - من ١٢١)

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

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (١) .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي . وكالقيم على المجنون وصيه . أما الولي على المجنون فمثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - **المعتوه** : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي . والقيم على المعتوه وولي ووصيه كالقيم على المجنون وولي ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون (٢) وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢١ - ١٢٣) .

وبلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر - إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

(٢) وقد قضت محكمة التض بأن العته يدمم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته . ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو النش أو التواطؤ بين المعتوه والتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة العته المدمم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (هش مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ملعن رقم ٥٣ سنة ١٨ قضاية لم ينشر بعد) .

النسبي المميز . وقد سبق بيان ذلك (١) .

## ١٥٨ - زوال الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من

القانون المدني الجديد على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز . فثبت لها أهلية الاغتناء ، وتنقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز . وتندعم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنت المحكمة

(١) أُنظر في كل ذلك المادتين ١١٣ و١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرهما - هذا وقيام حالة الفته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بهما نواقح في الدعوى ، لا يخضع فيه القاضي لرعاية محكمة القضاة (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بقيام حالة الفته وقت التصاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تتباه نوبات عصبية ويتبع في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للفته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للفته والسفه بعد تعاقده ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدللت به نحن هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التصاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر النسيب متيناً قضاه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣) . ولعل محكمة القضاة قد تأثرت في هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التصاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في الاستخلاص قيام الفته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بيطلاق عقد لفته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى قرائن مستفاه من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف « هل كانت حالة المريض حالة عنه قانوني يلى الجنون في الدرجة » ، فأجاب بأنه « لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيه وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد » ، فإن هذه الإجابة كاملة لانهتد بلامة عقله ، فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطى الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للفضاء في ضوء ما يبيده الطبيب (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٣٨) .

فيهما . وتنقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن «يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة في ذلك» . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التى سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة فى هذا الصدد على السفه إذ تنص على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون» ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفه وذى الغفلة إذ تنص على أنه «يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنت المحكمة بذلك، وكذلك يجوز له بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنت المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٣ و٤ و٥ من هذا القانون (١)» .

هذا هو حكم تصرفات السفه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة . لأن انتقال الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (٢) .

لكن يقع كثيراً أن السفه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . ففي هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال

(١) . يلاحظ أن مشروع القانون المدنى سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ ، فلم يتمكن هذا المجلس من التنسيق ما بين القانونين فى هذه المسألة ، فوجب إعمال نصوص كل منهما .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوبمبر سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ .

الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم (١) ، وأكده القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتي :  
وأما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال

(١) محكمة استئناف مصر الوصلية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ من ٤٥ - و١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ من ١٦١ - محكمة استئناف أسبوط في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ من ٦٣٣ - محكمة الاستئناف المختلفة في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٢ - وفي ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٧ . محكمة الخيزرة في ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ من ٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها في نظرية المقعد للمؤلف من ٣٤١ هامش ٣ - واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : هنس مدني في ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ من ٤٨٧ - من ٤٩٢ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد - وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفوف وفي فترة طلب الحجر ، واستندت بها على أن المشتريين عشوه مذموماً به مبدئاً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكي يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسي بالحجر ، وتقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هنا على مقدمات تنتج وهي قيام التواؤم بين المصرف لهم والتصرف مع علم المصرف لهم بما كان يتردى فيه المصرف من سفوف وانتهازهم فرصة سفوفه للأثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته - وحتى كانت القرائن التي أخذت بها محكمة الموضوع في إثبات علم المشتري بحالة سفوفه البائع مؤدية عقلاً إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (هنس مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ من ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفي على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسي توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرنه فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ وهذا الشراء بالعقد العرفي عن طريق عقد رسمي ، وقرر المجلس الحسي بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة المقعد ، وأوردت في حكمها ظروف انصافه وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواؤم وعش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفي قبل الحجر ، وأن المقعد الرسمي اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدني في ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ من ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفي قبل أن يعلم المشتري بإجراءات الحجر ، ولم يكن المقعد الرسمي اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفي السابق .



إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (١) .

وينصب القيم على السفية وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة . بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية التقييم على مال السفية وذى الغفلة كوليته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر . وقد تقدم ذكر ذلك (٢) .

**١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية :** وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية . ولكل منهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور . وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

فالغائب . كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية . « هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته . أو تكون حياته محققة وسكنه هجر موطنه راضياً أو مرنحاً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه

• (١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد : (أولاً) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى . ووجه التراجع هو الذى وضعته تحت رقم ١١٨ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ — (تأريخاً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وصفت تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توكيداً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بانقاص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ - ١٢٤) .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ اقتراح بحدده لأنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ - ١٢٧ فى الهامش) .

(٢) ومن ثم فقد نصت المادة ٤٥ من قانون المحاكم الحسبية على أن « تصرف التقييم فى مال المحجور عليه بطريق الترخ باطل » . ونصت المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه « يسرى على القيم حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على القوامه ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » .

أو بوكيل عنه مدة أكثر من ستة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ «الغائب» لا لفظ «المفقود» لأن اللفظ الأول ينطوي على معنى أعم من المعنى الذى ينطوي عليه اللفظ الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه «إذا ترك الغائب وكيلًا عامًا فحكم المحكمة بتعيينه متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى . وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن « يسرى على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا النصل يسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن «تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩» .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيماً تصدق عليه المحكمة . أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختَر أحدًا . ويتولى التيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته . فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى (١)

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون المدنى » لفتحى زغلول ( ص ٣٧ - ص ٣٨ ) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحللة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يجزم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

١٦٠ - المساعدة القضائية . وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فنص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم . أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

« ٢ - ويكون قابلاً للإبطال نال تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد . إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (١) .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك» . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه «يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد : إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة» . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه «يسرى في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسرى في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسرى على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من يجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال فاصراً على التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرمي إلى استكمال الأحكام الموضوعية في النقتين المدني فيما يتعلق بانفس الأهلية ، والثاني يقيد النص تنقيداً انصرفت إليه لجنة واضمه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على ذلك كما أقرتها اللجنة ( مجموعة الأسئلة التحضيرية ٢ س ١٢٨ - ص ١٣١ ) .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية . فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية . ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المعينة . وينظر في ذلك إلى ظروف من تقرر مساعدته وإلى خطر ما تقرررت المساعدة القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرررت له المساعدة . إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تتبع في تعيين القيم وعزله . وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

## المطلب الثاني

### عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ - **مصرع عيوب الإرادة** : اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع . حذف في المشروع النهائى ، وقد جرى بما يأتى : « لكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو النزاع رضاهه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية (١) » .

---

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وكانت المادتان ١٣٣/١٩٣ من القانون المدنى القديم تنصان على أنه « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس » - وهذا ولما تلت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها منصوص عليها في المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤١ في الخامس ) . =

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنها في الواقع من الأمر لا ينضوي على إرادة

وتنقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن عيوب الإرادة ، ومنها بين ما استحدثه القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالفين أهم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضا . فقد اقتضت هذه النصوص أثر التدبيرات الجرمانية والمشروع الفرنسى الإيطالى ، وجعلت من الفين سبباً عاماً للبطالان النسبى وانقاس العقود إذا أتيت لأحد المتعاقدين أن يستأثر برغ فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طبيته . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن إعماله ينسب إلى تحكم القاضى . بيد أن في سابقنا التشريع ما جعل عن التعاضى عن هذا النقد والأطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . بالتدبيرات الحديثة ، وفي طبيعتها التقين الألمانى والتقين السويسرى والتقين النمساوى المعدل والتقين البولونى والتقين اللبناى والتقين الصينى والتقين السوفيتى ، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى رغم نزعة المحافظة ، تجعل جميعاً من الفين سبباً عاماً للبطالان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضى في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضى الذى يتولى في حياته البوينة تقدير الغلط الجوهرى والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الحميم والباعث السنحت وما إلى ذلك . على أن النص في الفين يوجه عام لا يستتبع اطراح الأحكام التقليدية الخاصة بضور معينة منه يعبر فيها عن معناه بالأرقام ، توجهاً لإحلال الحكم محل الكيف ، كأحوال الفين في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة — وبراغى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزئية الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، تواجه مسائل عديدة أعقلها التقين المصرى الحال ، كالغلط المشترك والملط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلاً يكمل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقين الحال (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى ككوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجعلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى في وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه . سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد . وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض الذى تطوى عليه نصوص التقين الحال (القديم) . . . بأن احتكم إلى معيار شخصى يحد ، قوامه الامتداد بحسن المكروه وسننه وحاله الاجتماعى والصحية ومزاجه وكل طرف آخر من شأنه أن يترتب في بيئته ما يقع عليه (مجموعة الأعمال التخصصية ٢ ص ١٣٩-١٤٠) .

تعلقت بحلها . وما يصدر من الخنون أو السكران أو الصسى غير المميز لا يعتبر إرادة . إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهري أن العتد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود . أو هو عقد باطل . أما العتد الذى يقوم على إرادة معينة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب أن يبطله . فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيلاً ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فأرادة الفرد . ولها المقام الأول فى توليد الروابط القانونية وفى ترتيب آثارها . يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المقدمة ليست إرادة صحيحة . فلا يكون لها سلطان كامل . ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط وتندليس وإلزام كراهة فالاستغلال .

## ١ § - الغلط (\*)

( L'erreur )

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمّل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا

(\*) بعض المراجع : ريكاردو فوبيني (Riccardo Fubini) فى الحقبة ربع النوبة ١٩٠٢ - ٣٠٦ - جورسان فى الساعت فى الأعمال القانونية من ٣٠ وما بعدها - بوري (Maury) : الغلط فى المادة فى عقود العارضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان من ١٩١٠) - جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ من ١١٥ - سيليس (Celico) بارس سنة ١٩٢٢ - جودفروى (Goudefroy) بارس سنة ١٩٢٥ - مونتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ - هسي نور ليون سنة ١٩٢٦ - مارت فوراييه (Marthe Fouraier) ديجون سنة ١٩٣٦ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ من ٣١ - والتوت ١ من ٢٢٨ وما بعدها - نظرية تفقد المؤلف لفقرة ٣٤٢ وما بعدها - اديكتور حلى بيجر بدوى فقرة ١١١ وما بعدها - اديكتور حثمت أبو سنيت فقرة ١٥٢ وما بعدها .

التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط . ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

### ١٦٣ - الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو

ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع . طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد . كما إذا عطي شخص لآخر نفوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعييبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود . والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

### ١٦٤ - اضمحلال الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف

الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة . فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة (١) ، بل كلام في الإرادة ذاتها . أي في وجودها لاني صحتها . فيجب

---

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه التعاقد الذي صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فلهازل والشخص الذي يغير غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهني (réserva mentale) كلاماً تحت إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً في غلط .

استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (١).

### ١٦٥ - الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذى يعيننا بحده هنا

هو الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط فى النقل (erreur de transmission) ، أو يقع فى تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها. وهذا ما يسمى بالغلط فى التفسير (erreur d'interprétation). والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذى يقع فى النقل أو فى التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (٢).

(١) وقد يقع الغلط فى الإرادة الظاهرة كما يقع فى الإرادة الباطنة . والغلط الذى يقع فى الإرادة الظاهرة ليس هو ما يرتبها للإرادة الباطنة ، بل هو غلط يقع فى التعبير عن الإرادة ذاته أى فى الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى مثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيع الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط فى الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو اللبيب ، فقال أبيعك حصان الأبيض ، كان هناك غلط فى الإرادة الباطنة لافى الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يجعل القعد قبلاً للاتصال لكسب من هذين النوعين من الغلط (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية القعد للمؤلف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤).

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتى : «تسرى الأحكام الخاصة بالغلط فى حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرقة» . وقد حذف هذه المادة فى المشروع النهائى «لأنها تقرر حكماً تفصيلاً لا حاجة إليه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ فى الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوم أن الغلط فى النقل أو فى التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً فى عدم توافق الإرادتين فلا يتعد القعد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التعريف فى النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألمانى) ، فيكون القعد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هى الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر القعد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آتياً نقرة ١٢٢ فى الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تنشأ مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تنشأ مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مشلولاً نحو المتعاقدين الأول إذا انعقد القعد ، أو نحو المتعاقدين الآخر إذا لم يتعد . ومن قبيل الغلط فى النقل مجرد الغلط فى الحساب وغلطات اقليم . وهذا الغلط لا يؤثر فى =



١٦٦ - الغلط الذي يعيب الإرادة: ويبقى . بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط . الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون

== انعقاد العقد ولا في صحته . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح العداء » (أنظر المادتين ٥٣٦ / ٦٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح - وقد ورد نص القانون الجديد في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، نتيجة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم مادة ١٢٣ ، مجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٦) . والقضاء المصري مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الروسية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام الثابتة بحساب المقابلة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كثر هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المتعمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقابلة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن المقابلة بعد إتمامها ما دام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب بين ووقع عليه بالاعتماد ، فقد اقتضت مسؤولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرف (نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التباين الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاققت عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شاركه غلط في حدين من حدودها يذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون محطلة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المانع الواضع حال تحرير المحرر الميت للعقود لا الغلط المنوي الواضع حال تكون الإرادة المتبرعاً (نقض مدني في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) .

غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير . فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به التعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل به التعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .  
خلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به التعاقد الآخر .

فتتكم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع . ٢ - كيف يتصل التعاقد الآخر بالغلط (١) .

### ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع

#### ١٦٧ - معيار الغلط الجوهري فى القانون الفرنسى وكيفية تطوره

من معيار موضوعى الى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة التعاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا . أما الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشىء محل الالتزام الناشئ من العقد . وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشىء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص التعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ - غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . ٢ - غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . ٣ - غلط فى شخص التعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ - غلط فى الباعث على التعاقد .

(١) وثبتت وثيقة الغلط مسألة موضوعية بغض النظر عن الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نفس مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

ولسكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تنسب بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) . أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط . بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى . وتستبدل معياراً بقاعدة : ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات . تبعاً لملايسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى ناه واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمسادة التى يتكوّن منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى

(١) أطر في هذا المعنى ديراشون ١٠ - فتره ١١٤ - ١١٦ - ماركاديه ٤ - فتره ٥٠٧ :

ورو (١) ، فقد أخذنا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبنا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعرف بين الناس . ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن ينتج المتعاقدان على توافق صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأناذلوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه (٢) . واقفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها (٣) . وذهبت الأساتذة بلائيول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا الرأي (٤) .

فالعبارة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعتبرة عنده . فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعيبه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل النقص والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) : أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة . فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في

(١) أنظر أوبري ورو : فقرة ٣ : ٣ مكررة من ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٨٨ : .

(٣) بودرى وبارد ١١ فقرة ٥٥ : .

(٤) بلائيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ من ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ٦٩ -