

حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي :

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد» ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : «متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل محل اعتبار في الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي ، وقد نقت لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له

(١) أنظر في الفقه المصري دى هانس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ - هالتون ١ ص ٣٨٧ - فتحي زغلول ص ١٣٢ - والتون ١ ص ١٦٥ - س ١٦٦ - الدكتور عبد السلام ذهبي بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد هدية في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الحيرة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ المحقوق ١٨ ص ١٤٠ - محكمة الانتداب المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

أن يطلب إبطال العقد ... (١) ». ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : « ١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (ا) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد (٢) » .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتي . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى يمتنع ، في نظر المتعاقد الذى وقع في الغلط . حداً من الجسامه بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشيء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات السوبرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلي عند الكلام في الغلط المشترك وفي الغلط المردى (فقرة ١٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التهيدي على الوجه الآتي :

١٥- يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامه بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط وقدر الأمور تقديراً مقبولاً . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : (ا) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يدور التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد . (ج) إذا وقع الغلط في أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد طالما تقتضى به «التراسة في التعامل» . وحذفت لجنة المراجعة الحزمه (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحزمه مع الحالتين السابقتين يكاد يجعبط بكل حالات الغلط فلا يصح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التثليل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «وقدر الأمور تقديراً مقبولاً» من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى ، وحذفت عبارة «السبب الوحيد» من الفقرة الثانية حرف (ب) لأن في عموم عبارة «السبب الرئيسي» الواردة في الفقرة ذاتها ما يبي عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (أنظر بمجموعة الأعمال التفضيية ٢ ص ١٥٥ - ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسى الإبتلى والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى .

المتعاقدين . وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الحديد قرينة موضوعية لتتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراهما جوهرية وفقاً لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان - إذا لم نبتد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية التعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشترها من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينيه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أى شيء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لاني صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث (١) . وانعيرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادة ١٢١ ما يأتى : « وينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن ينشأ تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى في هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تفررت في نصوص المشروع : (أ) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفي هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بعامل شخصى هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لا تستكوين العقد . (ب) والثانى ينص بالغلط الواضح في ذات شخص التعاقد أو في صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . والمعيار في هذا

١٧٠ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط

الجوهري على الغلط في وصف الشيء . فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصرى في ظل القانون القديم - والقانون الجديد أن مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذى أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بطلانها يجوز إبطاله للغلط الذى وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع (٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار . وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدى إلى الطريق العام . فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (٤) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ؛

القرض شخصى بحت . (د) والثالث خاص بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تنصى به الزاغة في التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حدثه لجنة المراجعة كما قدمنا في تاريخ من المادة ٢٢١) . وقد تتطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإنبات ، إلى عنصر موضوعى أو مادى بحت ، هو عنصر زراعة التعامل . ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بميار شخصى بحت ، إلا أن تيسر الإنبات قد اقتضى الاعتداد بتناسر مختلفة ، فيها الشخصى والمادى . (مجموعة الأعمال التضخيرية ٢ من ١٤٣) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٦ - جازت ٢ من ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وانظر حكماً ثالثاً في ١٧ مايو سنة

١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وحكماً ثالثاً في ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية . أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (١) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن . ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون يبيع إن الغير ، فشرط عدم ضمان الخيل يبطل في هذه الحالة (٢) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٣) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) .

١٧١ - الغلط في شخص المتعاقد: وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى

على الغلط في شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود الترع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع

(١) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ - وانظر حكماً آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء والعيوب الخفية نظرية العقدة للمؤلف لفترة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى الغيب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقدم باهضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .

(٢) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط

٢٥ ص ٢٨٥ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧

إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك . وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبه فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها في المنزل . وكان يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتى . وهو المعيار الذى يطبق فى جميع نواحي نظرية الغلط .

١٧٢ - الغلط فى القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لاتقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى . وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط فى قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط فى قيمة الشيء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المحظطة ، فى قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحسب حجمها أو بحسب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة . وطلب هذا أن يكون السعر بحسب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف . ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالب به . بأن صاحب البضاعة فى هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (٢) .

(١) أنه فى هذه الأمثلة وفى غيرها نظرية عقد الدولت فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .
(٢) ١٦ مايو سنة ١٩١٧م ٢٩م ص ٤٢٦ - جازيت ٧ ص ١٣٥ رقم ٤٠٠ - وفى قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المحظطة بأن الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً فى الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية فى التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣م ٣٦م ص ٢٦١) . وفى قضية كان الدين بينهما مضافاً بالدفع بالعملة المصرية ، يدفع للدائن بالعملة الفرنسية =

١٧٣ - الفلظ في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين المشاعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطله أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بعينه التقليدي ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إقرار نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصه في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (١) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي

== وقبل يمثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه الصلة حصصاً لأن الاتفاق يطل المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالصلة المصرية ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العسلين في اليوم التي كشفت فيه هذا الغلط (٤٥) نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨٣ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى الدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لئمة المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢٣ ص ٢٣٥) . أنظر أيضاً في الغلط في القيمة محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٣ ص ٢٢٤ ، وفي الغلط في عقد التصاريح محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤٦ ص ٢٦١ - وحكماً ثانياً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٣ ص ١٠٣ - وحكماً ثالثاً في ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٣٥٠ . واطهر أحكاماً أخرى تضى بتبر هذا المبدأ في نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القيمة والغبين يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد الغبون يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية وقبل الغبن بالرغم من ذلك .

(١) أنظر ما جاء في نظرية العقد للدولف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول لثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا للكل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى ينازع الوارث في الوصية ويتهم بالمصالحة عليها وقد دضه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولكن أثر النزاع يفي في أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها ، لذلك اتسم الموصى له العين الشائعة وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بعينه التقليدي .

لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض وبعقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يظن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الظن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت . ولا يستطيع أن يظن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة . وطبقنا معيار الغلط الجوهرى . كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة . فإن الغلط

(١) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يثير فيه لأول وهلة أن الغلط ينفي ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موطن منزلاً في مدينة معتقداً أنه سيدخل إليها ثم يبين بعد ذلك أنه لم يظن ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينفى ألا يؤثر في صحة العقد وإلا تعرض التأمل لحظر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه الطرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يمرض التأمل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن التعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسرى فيما يلي أن الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه التعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعم العامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثليين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التي دفعت المشتري إلى الشراء إنما هي واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر ، في المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه قل إلى المدينة التي استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموضع إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، وبصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث - فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعاها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

(١) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانيول وريبير ربولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثاني نقرة ٢٠٥ ونقرة ٢٩٩ ونقرة ٣٠٤ ونقرة ٨٢٤ - أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهبى بك في الالتزامات فقرة ١٣٠ - الدكتور محمد وهبة فقرة ٢٦٠ وقرة ٣١٨ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ - وقارن والتون ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ - ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ص ٢٣٤) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ - ص ٤٣ .

ورى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هي تطور النظريات القانونية وتسخلها بعضها في بعض ، فتبقى الحلول القديمة وثمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا

هذا التناقض المغيب توقاه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب . وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة . فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة . فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل لاقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذى يجعل العقد باطلاً في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

١٧٤ - الغلط في الواقع والغلط في القانون : وفي كل ما قدمناه من

تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى . سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث . لا تفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط في الواقع أو غلط في القانون . فما دام جوهرياً . أى مادام هو الذى دفع إلى التعاقد . فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون

التطور . فقد كان مسامحاً ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فلا يؤثر في صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية في الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط في الباعث يؤثر في صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط في السبب بمعناه التقليدى والغلط في الباعث ، فلا زال الغلط في الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الحالة الأخرى فأثره بقى مختلفاً عن أثره في الحالة الأولى وإن كان قد تصور فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقى التمييز سليماً ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث في النظرية الحديثة ، صار متعيناً أن نجعل حكم الغلط في السبب هو حكم الغلط في الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى اتفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالآ إلى ما حدث من التطور .

(١) وسرى عند الكلام في نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منقطة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا وبلا حظ أنه إذا كان حكم الغلط في السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط في الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال في الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط في السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالمرض الجاسر الذى يقصد المترم الوصول إليه من وراء التزاه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكون العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سئرى عند الكلام في السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

المدنى الجديد إذ تقضى بما يأتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره (١) » . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : « لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخجل بها بدعى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع التامى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلاً فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالتواعد العامة ، واستمر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩ - س ١٦٤) .

(٢) دى هانس لفظ (convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - س ١٨٩ - الدكتور محمود وهيبه فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبد السلام ذهبى بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشيء يفسد الرضاء لافرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الماتر لمقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلظ فى القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن رضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر لإجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٤٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى نفوائد هو ٧ في المائة . فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة . بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام . فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط واتمسك به لطلب إبطال العقد . إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون (١) » .

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صلح الدائن المدين على مبيع الدين وكان الدافع لهذا الصلح توفيق الدائن بدار المدين (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢٦١) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد المادة ١٢٢ من أثار : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بتعكف غلط في القانون . فكثيراً ما يعتمد هذا الغلط من بين أسباب البطلان التي سادت في فعدة الفترات عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين التي صدرت بالعلم العام ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا حوّل الأمر عند النطاق ويكون لغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن العقد في الواقع من حيث ترتيب بطلان الشيء ، ما لم يقص القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلاً في عقد صلح . وقد جرى قضاء مصرى على ذلك : أنظر استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٣٤٤ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢٠٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ من ٢٢ (مجموعة الأعمال التعصيرية ٢ من ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست محلًا للتجاسف ، فهذا هو الذي يحتج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختصة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٢٦ - رفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٣٠٢ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١١٠) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختصة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٥٦) . وقد ينقضى أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر . في مثل هذه الحالة يجوز اعتبار =

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بمقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (١) .

ب - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ - الغلط المشترك : لم نعرض في كل ما قلناه إلا للمتعاقد الذي

وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري .

== الغلط في القانون مؤثراً في صحة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص ٧١ - ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد متكوي حريق حدث بظارسة جديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزنة المديرية ١٥٠ جنينها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفاً هذا أي حق في مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المتركان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مشولة عن الحوادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد لاحق له فيه ، هو حكم مخالف للقانونين ههنا . وذلك لأن الأمر الذي يحتمل أن صاحب الإقرار كان يبمله هو المشولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المشولية لا يخطئ بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فبإلها إذن لا يتوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاه المقر ، ويتبين إذن إيمان الإقرار وأخذ صاحبه به (هذه مدني ٣ يرنه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٢٩٤) .

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - جازت ٨ رقم ١٩٣ ص ٢٩ .

ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه . والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل فى سريرته فيعلم إن كان رضاًؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكفى . بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد . فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه . ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور . وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع . فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفتاج البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشتري . هذه هى نظرية الغلط المشترك . وهذه هى الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظريتهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتماشى مع المنطق . ولا تنفق مع العدالة . ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتماشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاً من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاً كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذ شاب رضاً أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لاتتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن التعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه التعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً . وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من للتعاقد الأول . ولنفرض أنه وقف موقفاً سليماً محضاً . فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبدهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون التعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلي .

١٧٦ - الغلط الفردي الذى يتصل به المتعاقد الآخر : يكفى إذن أن يكون الغلط فردياً (١) . ولكن إذا كان التعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب : حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهى تنص على أنه «إذا وقع التعاقد في غلط جوهرى ،

(١) وقد سارت محكمة النقض في هذه النظرية إلى النهاية ، فاكنت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت للتعاقد أنه كان واقفاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان يقدر لمشاركة ، حكم له بإبطالها ولو كان التعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نية ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغلط حقاً في تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية . فإذا قضى الحكم بإعلان الإقرار الموقع من الممول بموافقة على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (قضى مدنى في أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادى . فهى إذالم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن ذات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

جائز له أن يطلب إبطال العقد إن كان للعقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفجأاً المتعاقد الذي وقع في العيب المتعاقد الآخر بدعوى الغلط . ولزم أن يبطل العقد . فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك . والمخطيء هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من عيب . فوجب عليه التعويض . وخبر تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً (٢) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٧ من المشروع التيمري على الوجه الآتي : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري وقت إبرام العقد ، فيجوز له أن يتسك بالاطلاق إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بتدقيقه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان واثقاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت حجة مراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ » ، فدخيره بما فيه إلى وقوع في عيب ، لأن هذه العبارة تفرس حالة يندر وقوعها ويبدو أن تدريج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحددت عبارة « وقت إبرام العقد » لعدم ضرورتها . وأصبح زعم المادة ١٦٤ في المشروع القديم . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما حجة التدوين للمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أمرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقت في نهرها ما يار : « اقتبح الإعراس عن عرابه العطف تشترك كما شررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ومثل اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة العقد المردى في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لتضروب من الادعاءات والمناجات العقد الإجماع على وجوب توفيقها . ومن المشروع في العطف يمتشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها . فهي تؤدي إلى تحميل نفس نتائج التي يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، وهذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهي بعد تتعرض فروعاً مختلفة في الغلط إذا كانت تشترك جميعاً في أن العطف بها مطلق للعقد فإنها تختلف في بقية الأحكام . فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشتري بالعطف والبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيء نية ويلزم فوق إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدور ، لتكون إن التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يجبر اعتباره مقصراً أو إلزامه بالتعويض بسبب هذا التصبر . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال الحضريّة ٢ ص ١٤٠ - ص ١٥٤) .

(٢) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض . إذ أن العقد هنا لم يتم على إرادة المتعاقدين الحقيقي . لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتسك بإبطال العقد . بل قام العقد على أساس تصرفات عملية ترجحها . واستقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى =

لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (١) . وبمخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً . أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتناقى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجيء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (٢) أن هذا المتعاقد الآخر كان

== أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذي تخلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذي لا يقترن فيه القول بالإيجاب إلا حكماً ، ولا يقوّم العقد في كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح في كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتدنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ في الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر مادام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبتت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لاتعلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٢ ص ٢٥٠) .

(٢) والذي يدعى الوقوع في الغلط هو الذي ينهض بسمه الإنبات . وثبتت وقوعه في الغلط واتصال التعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإنبات ، لأنه ثبتت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإنبات عبثاً أن يكون الغلط الذي وقع فيه غلطاً لا يمدد من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون التعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المتفر (*erreur excusable*) والغلط غير المتفر (*erreur inexcusable*) . فالغلط المتفر يفرض فيه أن التعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المتفر فيفرض فيه أن التعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير متفر كان هذا قرينة قضائية على جهل التعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سوء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال (١) .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التيهدي كانت ترمز على حالة رابعة أعطلها المشروع النهائي لأنها تندرج في الحالات الأخرى ، وهي حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جبر المتعاقد الأول بموقفه إلى الوقوع في الغلط .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهدي ما يأتي : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين في مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن العاقدين معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردي . وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردي بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جبر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر في هذه الفروض الثلاثة يسبب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقي بمنزلة عن ظروف الغلط ، بأن وقت موقعاً لا يجبر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو يتبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تمويض هذا التعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ في تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبته التقنين الألماني ... ما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلاً من أن يدخل من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض ما يصبب العاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تمويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعيّاً خاصاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ... هذا وينبغي التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذي يبرر لإبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به ، قد ياتى اصطلاحاً « بالغلط المتفرع » . ويصبح الغلط « غير متفرع » ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه التعاقد الآخر ، أو يجبره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العام به . (والثاني) أنه لا يقصد بهام الحرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط حسب ، بل ووقوعه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد ، باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذ قرأتين موضوعية لإنبات الغلط في ذاته ، قد تخفف من الرعة النسبية المفرقة التي تميز نظرية الغلط في المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة في هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه امتداد تبرره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء في مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التي تبنت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط . فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تبنت الغلط وتبنت اتصال المتعاقد الآخر به في وقت واحد .

على النحو المتقدم . فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول (١) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد . هي ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا، وحتى يتيسر التعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو الساعة التى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشيء ، حتى يثبت بذلك علم التعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان وأما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

ونص القانون الجديد واضح فى أن المطلوب لإثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر وتعالى ذت الغلط الجوهري الذى وقع فيه التعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهري أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهري هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وبأن من الممكن أن يتف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى هذه صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعلاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى النشر العملى .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ، وهى حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على التعاقد الذى وقع فى الغلط . وبسببه أن يبطل العقد ، ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة علم التعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبيينه للغلط — فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية التعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط . (أنظر بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

١٧٧ - تطبيح الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أموال

الغلط المختلف: ويحسن أن تطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة - الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث - حتى يتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أخرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن الباعث كان

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان في استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتي : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً ، فلا يجوز له أن يرفع دعوى بطلان البيع للغلط لأنه كان يجمل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذي يوجب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثته الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو الحاصل في الدافع الرئيسي للمتعاقدين ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديد الدين ضالاً ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً لئلا يسد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يفتي بتعيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة نفسه يتحمل تبعه ما ينتج عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يتبرر العقد باطلا للغلط إذا أخاف الواقع ظنه ، لأن الواقع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجول في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة » (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الهلماة ٢٥ رقم ١٠٤ من ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الوارث لم يشترك في هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانون سليم . أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام للمتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجمل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » (أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٧١ ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٢٦) .

يظن مثله أن الشيء أثنى وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثنى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثنى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثنى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتأماً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة . وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة . كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط . ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة . أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط . وإما عالماً به . وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفي ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت . أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في

في مرض الموت وان هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القبول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينها .

١٧٨- التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: وقد اشتمل

القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتي : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (١) .

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها مشورة . فيعرض عليه البائع التنازل التي ينقضها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طابعه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان مجهول أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . يبيع مع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته

لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدرج بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٦٦ - ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات الويسري والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المحظفة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٦ من ٢٢٤ .

ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثنى الذي قصد شراؤه (١) .

٢٤ - التدليس (*)

(Le dol)

١٧٩ - **عقود التدليس بالغلط**: التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إن وثيقة ما بين التدليس والغلط .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : « أبيع لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً . تلك هي علة حق التمسك بالبطلان ، وهي بذاتها مرجع حدوده . فني كان من المحقق أن العائد قد أراد أن يريم عقداً ، فن الواجب أن يلتم هذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العائد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت بيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود كما سيأتي بيان ذلك ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٦٧) . وسنرى عند الكلام في تحول العقد إلى أي حد يقارب الرضاه انتشار إليهما في المذكرة الإيضاحية وإلى أي حد يختلفان . (*) بعض المراجع : مقال بلايون في مجلة الانتادبة سنة ١٨٩٣ من ٤٥٥ - سالي في

إعلان الإرادة من ٥٠ وما بعدها - ديوج ١ نقرة ٣٣٨ وما بعدها - بلايون وريبير وإسمان ١ نقرة ١٩٩ وما بعدها - رسالة دريفوس (Droffus) في التدليس المدني والجائز باريس سنة ١٩٠٧ - رسالة الدكتور يحيى تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ - رسالة جامي (Gay) في التأثير غير المشروع في القوانين الأنجلو-كسوية ديوجون سنة ١٩٢٧ - رسالة جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ - أجالشتين (Agalstein) في التدليس والفسخ من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ - كوهين (Cohin) في السكنان الحاطيء باريس سنة ١٩٢٩ - رسالة بيران (Percin) في التدليس في تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ - برجييه - فاشور (Borger-Vachon) في تدليس ناق الأهلية في تكوين العقود وفي تنفيذها المحلة الانتادبة سنة ١٩٣١ من ٤٦٧ - رسالة فوان (Vouen) في حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ - والتون ١٥٣٧ وما بعدها - نظرية لعقد المؤلف نقرة ٣٧٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي نقرة ١٢٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سزيت نقرة ١٦٧ وما بعدها .

والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .
والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما
يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو
يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن
التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتمالية
في النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جسامة من الطرق
الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سرى (١) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبداً بتحديد
عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

١ - عناصر التدليس

١٨٠ - **عصرانه** : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه

« ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين
أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر
تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان
ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (٢) » . وهذه المادة

(١) أظفر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المختلطة في
٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - يكون التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ،
أو شخص يتوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الخيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم
الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجعلها
التعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليم لو علم هذا التعاقد بهذه الواقعة أو
تلك الملابسة . وفي لجنة المراجعة تمّ حذف عبارة «أو أجنبي اشترك معه فيه» من الفقرة
الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة مادة بقترتها بحيث أصبحت
مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس
النواب على المادة بعد استبدال عبارة «لما أبرم» في الفقرة الأولى بعبارة «لم يبرم» ووافقت
لجنة قانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ - ص ١٧٤) . وانظر
المادة ٢١ من المشروع الفرنسي الإبطال ، والمادتين ٥٦/٥٢ من القوانين التونسية والمراكشي ،
والمادة ٩٤ من القوانين البرازيلي .

تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي :

« التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاه أحد المتعاقدين مترتباً على الخيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى ». ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب. وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلي .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (١) ». وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . وقد حسم إشكالا كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين (٢) : ١ - استعمال ضرفٍ حثيائية . وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - تحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان . ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير (٣) .

(١) أظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبناني . وانظر تاريخ النص فيما يلي (نقرة ١٨٤) .

(٢) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذي يحمل عبء إثبات هذا التدليس حصريه . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . بما في ذلك البينة والقرائن، حتى لو كان العقد المعلقون به بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استثاف محتلف في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٩ - محكمة بي سوييف الجزئية في : نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لتاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع الرقابة محكمة النص ، وذلك كالتب فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد (تس مدني في ١٨ أيار سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

(٣) وقد ورد في الذكر الإيضاحية لمشروع التبيدي في صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتي : « يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من التعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن ينطوي على خيل . بيد أن هذه الخيل تختلف عن سببها في النص الحائز ، إذ يكفي فيها مجرد الامتناع من جانب المتعاقد . كما كبره عمداً عن واقعة جوهريه تحجب العقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة طابق بين تعريف التدليس المدني والتدليس =

١٨١ - استعمال طرق احتمالية: الفرق الاحتمالية تنطوي على جاديين :

جاناب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ،
وجانب معنوي هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالتطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب
الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون
هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا
ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر
الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون
بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات متحولة . وهناك من يخفي
المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد
معه على الوجه الذي يريد (١) . ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت
المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل . كالتاجر بروج
لضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف (٢) .

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة
عن الكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي

الجنائي . ومهما يكن من أمر ، ليس يدعى أن يند في تقدير التدليس بما يرسل فيه المتعاقد
من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة
المجردة عن الضغط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من الفقه الألماني) . ويشترط كذلك أن
تكون الخيل التي تقدمت الإشارة إليها قد دعت من صلحها إلى التعاقد . ومناطق التقدير
في هذا الصدد نسبي أو ذاتي ، كما هي الحال بالنسبة لعيوب الرضا جميعاً . (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المحظوظة بأن الجمعية التي تتخذ لها مظاهر من الإعلان تسمى
أن أعضائها مسؤولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليلاً يصل المتعاقد الذي يتم بينها وبين
الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٦ ص ٣٣٣) . ويكون باطلاً للتدليس عقد التأمين الذي يتقدم
فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي (استئناف محظوظ في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨٠
ص ١٩٠) . وإذا أظهر الدأش ما من شأنه إيهام الكفيل بقسام الذين يتهددهن بإجدد الكفيل
كعاقبته تحت تأثير هذا الإيهام ، والتحديد دليل للابطال (محكمة الاستئناف الوطنية في ٣٠ مارس
سنة ١٨٩٣ المحظوظ ٨ ص ٧٥ - أنظر حكماً آخر هذه المحكمة في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢
الحامدة ٣ ص ٢٢) . وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المحظوظة في ٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩٠ ص ٢٦٣ - وفي ٨ ديسمبر
سنة ١٩١٥ م ٣٨٠ ص ٤٨ .

بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالياً في التدليس (١). فالهم إذن في الطرق الاحتمالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسد الكذب . بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمّله على التعاقد تضييلاً ، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حباثل معتدة . ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) .

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فيكتفي بمجرد السكمان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن السكمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان . فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به . ويعد تدليساً منه أن يكتسه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوضعية بأن التأكيدات غير الصريحة التي تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يجمعه على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لكان حصل الرضاء (٢٥) يناير سنة ١٩٢٣ المحلّامة ٣ ص (٢٨١) . وقضت محكمة أسبوط سلبية بأن الكذب للحصول للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخمسة السابعة من شأنه أن يؤثر التأثير السكافي في رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، ولذلك يكون العقد قابلاً للإبطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحلّامة ٩ ص ٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفي للتدليس ما لم يبين بوضوح أن التعاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلفة في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٨ - محكمة لثيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحلّامة ٥ ص ٢٦٧) . ولاحظ أنه كتباً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يعطل العقد . كما إذا ذكر المؤمن له وهو بخار أنه مرارح فيخفي بذلك عن الشركة الأخطار التي تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتقدر المبالغة عن سوء نية في قيمة الشيء المؤمن عليه أو في مقدار الضرر الحاصل لتدليس (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٥ - وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٢٠ ص ٧٩ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن تبين حقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا تبين السكمان . كذلك (محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) .

مصدره نص في القانون (١) . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضى بعدم جواز الغش ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجمله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد (٢) . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت

(١) أظن مثلاً المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .
(٢) مثل ذلك أن يصنح وارث مع مدين للتركة ، ويكتفي الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجمل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جبل الوارث بذلك فيحكم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح . وكأن يبيع شخص لآخر منزلاً ويحكم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للضفة السامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كإياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يتصل بالعقار من الحقوق ، كان هذا تدليلاً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يخبر المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس . بل وهو صحيح الاعتقاد بملكه وملكه من بيعه ، لا يعد تدليلاً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلي ، واعتبر المدعي عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنح علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والخسائر والحقوق العينية كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قيام البائع بتسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من التأمين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكه وملكه من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشتري بكتابه دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمانيه ، فإذا استحق عليه أو على المشتري منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسجاً للبيع والإزاماً له بالتأمينات » (قض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ من ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بحمله من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيم مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته . وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائفاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنس العقد ، فإنه لا يكون أخطأ في تطبيق القانون . ولا يعبر من ذلك أن البيان الكاذب يمكنه دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (قض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ =

بأن «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة». ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي يبي مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر (١). وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً

== ٧٥٦ - ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط مسمى يرد في وثيقة التأمين ، وينبئ أنه لم يكن لخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسياً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لفيد مشترياته ومبيعاته وقائمة جرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يئنه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهري لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور في تسيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفتر لا يؤدي عقلاً إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذا أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين الصاقيدين طريقة إثباته ، لم تبين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له (نقض مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترب بحيلة غير مشروعة (نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مجرد الكتمان لا يكفي اعتباره غشاً وتديساً ما دام الأمر الذي تمسك أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١ : ويلاحظ أن الاتفاق الذي لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظير موافقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثاني) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقسمه أنه أن ==

في عقود التأمين (١) .

بني الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .
فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه
في أحسن صورة . وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس (٢) .
وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ،
كما إذا استعمل المودع طرفاً احتيالية لتحصول من المودع عنده ، وتبين
أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالتزوير (٣) .

== الألمان التي يأخذها هذا التبريك هي أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقت بحيث
لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل في مستندات الوقت وأن معظم
ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فإن هذا يكفي لا اعتباره في حكم المادة ١٣٦
مدني (قديم) حيلة تصد رضاه من خدع بها (مستناد من حكم لمحكمة النفس في دائرتها المدنية
في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ضمن رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم يشرع به — هذا وفي
وواقع هذه القضية أن التبريك زاد على مجرد السكتين أنه أخذ شريكه أن ما يختص به غير
مهدهم (خطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان
تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء
منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأن ذلك في نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه
أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير
عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التصدير
في دفع الفوائد في مواعيدها ، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الدين وأرتب عليه نزع ملكية
العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب
لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز
البائع مجرد السكتين إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف بمحاضرة بأن كتمان المؤمن على حياته لمريض أصابه قبل
التأمين يعد تدليلاً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليلاً كتمان
المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعدته أمام شهود بإحراق متجره . لأن هذا
الكتمان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (استئناف مخلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠
جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر في الغلط ، وبطلان العقد للفظ لا للتدليس .
ويعرف القانون الإنجليزي ما يسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب
من حالتنا هذه ، إذ يعلن أحد التعاقدين المتعاقدين الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن
حسن نية ، فيبطل العقد للفظ لا للتدليس .

(٣) أنظر نظرية الإلزام للدكتور أحمد حشمت أباوسنت فيقرة ١٧١ ص ١٢٣ .

١٨٢ - التبدليس هو الدافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التبدليس

هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك . فيقدر مبلغ أثر التبدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التبدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبجالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) .

ويميز الفقه عادة بين التبدليس الدافع (dol principal) ، وهو التبدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتبدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تبدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ (٢) ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التبدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٣) . وهذا التمييز متقن . ذلك

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ بناية سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٥١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ م ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٠ م ١٤٧ - حكمه مصر الكلية الرضوية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٢/١٥ .

(٢) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ربح العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار بشمن عال كان المشتري أن يتجنب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السد شمن مقسط إذا لم يتوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأصدر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السد المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشتري بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التبدليس ، يكون قد ارتكب تبدلياً غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يفعله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزاد عليه مزايده وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمى قد يكفي لإلغاء العطاء الذى سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للفس أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا تمحنت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمى ورأساً عليه المزاد ، فله أن يفتد بالتبدليس ، ويكون التبدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (دبوح ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التيميدى على نص فى هذا النهى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هنا المشروع بما يأتى : « التبدليس الذى يجعل العقد أثقل عبثاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعنى للتدليس عليه إلا الحق فى مضايقة التدليس بالتعويض » . وجاء فى المذكورة الإيضاحية بصدده أنه لا بد من أن يكون من أثر التبدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما =

أن التدليس الذي يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقدة المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتئباً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى في دائرة العقد . وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع (١) .

١٨٣ - التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير -

القانون المرئي القديم : كانت المادتان ١٣٦/١٩٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الخيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر . تمشياً مع النص العربي المشار إليه ومع

== اقتصر أمره على استدراجه إلى فصول شروط أشد وقراً مما كان قبله لوتبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تفسيراً أو خطأ من جانب المدلس ترتب عليه مسئولية ، ويعطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد . وقد حذف هذا النص في مشروع النهاى لأنه بقر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٧٥ في المباحث) .

(١) أنظر في هذا المعنى بلانويول وريبير ويولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ولاحظ أن هناك وجهاً لتوثيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففي التدليس غير الدافع إذا اختار العاقدة المخدوع لإبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بدم التمييز ، جاز للعاقدة الآخر أن يموضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقس في ذلك التدليس على الغلط في أن كلاهما لا يجوز التسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومنى استقام هذا الحق اقتصر لعاقدة المخدوع على التعويض وفقاً لنكر من الرايين (فإن عكسة الاستثاف المختصة في ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٠) .

نص القانون الفرنسي (١). وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجرى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمتقنة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمتنا نأخذ بالمعيار الذاتي وننظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني (٢) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد . وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي

(١) والتون ١ ص ٢٥٢ - س ٢٥٤ - الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ - الدكتور محمد وهبة ص ١٩٥ - دي حنيس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ - هالتون ١ ص ٣٢٠ - س ٣٢١ - فنحي زغلول ص ١٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ - محكمة النيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعد محكمة النقض بالتدليس المنساز من أجنبي إلا لأنه متواطئ ، مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأي في ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ - فقرة ٣٩٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ١٢٨ - الدكتور عبد السلام ذهبي ص ١٢٨ - س ١٣٠ .

(٢) فقد كان « البريطور » في القانون الروماني يعرض الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذي صدر منه التدليس . فإذا ما دخل العقد تدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذي وقع في التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لاسيما إلى إبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيران طبعة سادسة ص ٤٧١) .

الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين (١).

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقهاء في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على الأتمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر . وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في انبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر . أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يُعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير . إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي : « التدليس يعيب الإرادة . إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين (٢) . ولو أخذ بنسخته والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه

(١) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه وقد هذه المحاولة في نظرية العقد للمؤلف ص ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها عدة متفقدة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، فاطماً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلاً من أن يتقيد بالأصل فيذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة =

لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل المتلوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذها مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ - القانون الفرنى الجديري فى التدليس الصادر من الفير :

هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون ولقديم ، ونص صراحة فى المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (١) » . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا فى الإكراه

== ضد المتعاقد جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الخيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لما أورد لفظ « رضاء » وأسندها إلى « أحد المتعاقدين » انساق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشئ من القابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنى الذى ترجمه أن الخيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى خيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . وجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنى دون النص الفرنى ، لأن النعم الأول هو الذى يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه فى طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففرق لا يترتب عليه بطلان العقد ... ، وفرق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتب البطلان ... ، وفرق يتوسط بين هذين المذهبين ... فبشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . وبراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالاستيفاد فى اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خاصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للاكتشاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من

(أنظر المادة ١٢٨) . فسوى بين ما بين الإكراه والتدليس في ذلك (١) .
وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم . بالتدليس ، بقي الفرض الذي يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد بعلف إذا أثبت التعاقد الخدوع أن التعاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لالتدليس ولأن الغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا نصيب آخر لقيام العقد على سبيل التعويض . لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

== المادة لأنها تقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد الشولية ، وأعيدت صيغة المادة على لوجه آخر :
« إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصح رقم المادة ١٣٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي حقه القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٨) .

(١) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط في التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت التعاقد المدلس عليه أو التعاقد المكره أن التعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقيناً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن التعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يثبتته . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل التعاقد في الحالة الثانية عبئاً في الإثبات أثقل من العبء الذي يتحمله في الحالة الأولى . ولعله يكون في الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهته هو ليس لفظ عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه في الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع في غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تحسر إلا بأن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلاً مماثلاً في النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد في إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملي .
(٢) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الطاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

ب - نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

١٨٥ - الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة : قدمنا

أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في غلط . فإذا كان رضاؤه معيماً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة . فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع : كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد (١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً . وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فترى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ١٤٧ .

(٢) أغفل القانون البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م ٨٧٠ من القانون النمساوي القديم وم ٥٥ من القانون النمساوي المعدل) - أنظر أيضاً بلانول ٢ فقرة ١٠٦٦ - ديموج ١ فقرة ٣٦٤ - مذكرات الأستاذ ليني إيمان في اللاتريبات في الربع الأول من القرن العشرين م ٣٩٤ .

١٨٦ - ولكن التبريس لا يفتى عن الغلط : ذلك أن التبدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيرى وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتبدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتبدليس . وإذا كان الغلط يفتى عن التبدليس ، فإن التبدليس لا يفتى عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتبدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتبدليس . فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط بتبدليس ، فإنه يصحح أمراً نفسياً ليس من المسور إثباته . (ثانياً) إذ كان الغلط مصحوباً بتبدليس . فإن التبدليس يكون سبباً في إلزام المتدليس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد . إذا نجم عن التبدليس ضرر (١) لا أما الغلط غير المصحوب بالتبدليس فجزاؤه يبطل العقد . ولا محل لتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به . وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض . ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد (٢) . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التبدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

(١) محكمة الاستئناف الرومانية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التبدليس في هذا الصدد ما يأتي : « وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتبدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما بوند في ذهن المتعاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضاء من عيب سبه يرجع إلى الغلط لا إلى الحياة . إلا أن لوجود التبدليس مرتبتين عمليتين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التبدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالطلاق من ناحية أخرى ، (مجموعة لأعمال التشريعية ٢ ص ١٧٢ - ١٧٣) .

§ ٣ - الإكراه (*)

(La violence)

١٨٧ - الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به

إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتمالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والنوهم .

١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعمره : والإكراه

وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم : إلا أنه لا يعدمه . فالمكروه إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة . لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكروه بيد المكروه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ - الإكراه هو أيضا عمل غير مشروع : وينبغي أن ننظر إلى

الإكراه - كما نتأرنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها - مقال ديوج في مجلة

القانون المدني ربيع السنوية سنة ١٩١٤ من ٤٣٥ - ٤٨٠ - لالمان (Lallement) رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ - بريتون (Breton) رسالة في الإكراه كيب في الرضاء كان سنة ١٩٢٥ - جوسران في البائع في المسائل القانونية الخامس فقرة ٧١ - والتون ١٨٨ - ٢٨٨ - ٣٠٦ - نظرية العقد للمؤلف من ٤١٨ - ٤٤٤ - الدكتور حلمي مبهجت بنوي من ١٣٣ - ١٤٤ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت من ١٣٠ - ١٤٠ .

١٩٠ - النصوص القانونية: وكان القانون قد يبرمشتل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين ١٣٥/١٩٥ . وهو يقضى بأنه «لا يكون الإكراه موجبا لبطالان المشاركة إلا إذا كان شديداً . بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والمذكورة والأئونة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسى التى نقل عنها ، إذ تجنب الخوض فى كثير من التفاصيل التى عرضت لنا هذه النصوص (١) . واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلف ما بين معيار موضوعى هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسى (٢) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط . فاقصرت على المعيار الذاتى وهو المعيار الصحيح . وعرضت لعناصر الإكراه فى نصين . هما لمادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتى :

« ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق . وكانت قائمة على أساس » .
« ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ - ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعى والمعيار الذاتى . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه فى الإكراه ذكر أن القانون الرومانى كان يتخذ لجمامة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه فى القانون الرومانى عادلة وهى تتفق مع القانون الطبيعى إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس وه يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى الموضوعى بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المتاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعى معيار بوتيه الذاتى ، واتهم أن الميارين متعارضان ، وأن بوتيه إنما أراد إبدال معيار القانون الرومانى الموضوعى بمعياره الذاتى ، أو هم توهموا أن قد بوتيه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن يزل المعيار إلى « الرجل المتاد » ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتيه لم ير إبدال معيار موضوعى بمعيار موضوعى آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتى محض (نظرية أمتد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسماً محققاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

« ٣ - ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه (١) . »

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم . أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه (٢) . »

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« ١ - يكون العقد قابلاً للإبطال إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس ٣ . - ونعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للظرف الذى يدعيها أن يتفقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ - وينظر فى تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ فى ذلك أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأصبح مما ينبغى فى الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يهدد بالغير يثبت الرهبة فى النفس إلى حد التعاقد فيه تمديد كالتفكير الذى يعتبر الخطر المحقق به لإكراهها . وأبدلت كلمة « حالا » التى تصف الخطر الجسيم فى الفقرة الثانية بكلمة « محققاً » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى فى تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاءً بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة فى الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمية كمن يحطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الحطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٧٨ - ص ١٨٤) . أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم =

١٩١ - عنصره للإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر

الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١- استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢- رهبة في النفس يعيها الإكراه فتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو مجرد المصادفة (١) .

= بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس لفكره إلا أن يطالب المنكوه بالتعويض . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة التالية لأنها تقرر حكماً شكلياً فيه فإعداد المشولية ، وأدخلت تعديلات لطيفة على الصياغة بما جعل المادة توافق تقريباً مع قانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس اللبيب عليها . وفي عهد قانون مدني مجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استنفاء المادة كما هي - لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن ينص به التعاقد الآخر ولتحس النسبة بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة - مع استبدال عبارة « أو كان من الغرض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ١٨٨) . انظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسري .

(١) والذي يظلم من المتعاقدين بإبطال العقد للإكراه هو الذي يتحمل عبء إثبات هذا الإكراه بنصريه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وبثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية تقاضى الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرؤية محكمة النفس ، كانت فيما إذا كان يمكن أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدنى بعد إكراهها ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهها في بعض الظروف (نظرية العقد لمؤلف من ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النفس (الدائرة المدنية) في ٢ برنة سنة ١٩٣٣ الخلامة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ وبمجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لتقاضى الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النفس ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم فما يدخل تحت رؤية محكمة النفس لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يرتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون » . وانظر أيضاً محكمة النفس (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٠ .

١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق

١٩٢ - **تمثيل هذا العنصر** : لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد التعاقد المذكور . أو شخصاً عزيزاً عنده ، بمخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة بقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بخرقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين : ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا تهدد التعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا تهدد غير التعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي : وسائل الإكراه إما

أن تقع على الجسم . كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً للألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد التعاقد نفسه :

ولسكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس التعاقد المذكور أن يخطأ جسماً محقق بنفسه أو بتمانه ، فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تقضى به النقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتي :

«وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للظرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (١)» .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً . والعبرة في جسامته بالخطر بخالة المكروه النسبية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جديدة ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكروه وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر «التعزيم» . أو يهدده بأن له قدرة على «الربط والحل» . أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يراحي وقرعه إلى أجل يتدكّن معه التعاقّد من تحوّل الخوف لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بخالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل . فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محدق (٢) .

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استضاف محتظ في ٢٧ من سنة ١٩٠٣ . ٥٥٠

ص ١٦٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، وهي تذكر «الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال (présent)» . وقد جاء في بوتييه : «يجب أن يكون سبب الخطر حالاً ، أي أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه في الحال إذ لا يمكن طلب منه (التزامات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتحوّل المرء ، فأصبح لحال ليس هو الخطر ذاته . بل الخوف من الخطر (نظرية العقيد المولف من ١٩٠٠)» .

وقد كان المشروع البيسدي للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فسكتت النقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتي :

«وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الظرف الذي يدعيها يتقدّم تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقربائه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» .

ولكن جاء في المذكرة لاصطحة هذا المشروع ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس =

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شيء يحرص المتعاقد على سلامته بكفى لتحقيق الإكراه .

١٩٥ - الخطر يهرد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التى تقدم ذكرها ، فهى تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المهدق المتعاقد المكره نفسه أو غيره . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائى العدول

== إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول . وقد عدل في المشروع النهائى عن شرط حلول الخطر ، واستدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصح وأكثر تمتياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ - ص ١٨٢) .

هذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالاً» ، فلا نجد هذا الوصف في القانون الألمانى ولا في القانون السويسرى ولا في القانون البولونى .

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردناها في الماشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدى على ما فيه من عيب في تحديد قائمة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدنى الفرنسى ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والفروع وأصاف الزوج والزوجة . وقد اقتضت الفقهاء في تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة ذنوبية على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

أما ماورد في المشروع التمهيدى فهو لا يحدد صفاً معيناً من الأقارب كما قد بناء بل ينتظم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ماأتى به ولا يشترط أن يهدد الخطر للمتعاقد ذاته ، بل قد ير أن يهدد أحد أفرادها . وقد ترك المصممون تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بخصوصية ، وأرى بيل هذه المبررات في التمسك على سبيل الحصر على نحو ما هو ==

عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين يزلهم الشخص منزلة نفسه . فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الحواف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب يزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثيراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف . فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأجزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة . ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق (١) .

١٩٦ — المطالبة بمح كوسيلة للإكراه : والإكراه بتحقيق عادة

باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمتص التزمناً ، أو بقتل ولده اختطفه المكروه إذا لم يمتص تعهداً بدفع التقدمة ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة

متبع في التقنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإبصالي) قد يكون أحياناً صعب الحدود لا يتسع لصور جديدة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السمة بحيث يجاوز الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) . أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدى ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب الصيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسرى الخطر الجسيم الدائم الذى يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه (م ٣٠) . هذا ويقع على المتعاقد العيب في إثبات أن الخطر الذى تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمتص هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للدوفاً ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

يحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً . فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروع ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً أو دعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروع وإرادتها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد مبعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المكره (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين للمركه على أن تعطيم صاناً لديونهم في نظير أن يؤجروا هذه الديون لا يكون إكراهاً مادام الدائنون لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالانجاء إلى طرق مشروع كجسرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً مادام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالظمن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً مادام الوارث ليس ببيء . الية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) . وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزداد بأن يزيد عليه العشر حتى يعبره بذلك على أن يبيع له شيئاً ، شيئاً مما رسا فيه المزداد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكبر من الثمن الذي رسا به المزداد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن الحجب عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه عند المدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) — وقد قضت محكمة النفس (الدائرة المدنية) ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية العمل الذي يقع به الإكراه البطل للشرائط إلا أن ذلك مفهوم بدهاه . إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعاً أو غير مشروعاً من تعيّن في الحكم يدخل تحت رتبة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يرتب على =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز من المدين ما يزيد على حقه . فإن الإكراه يتحقق

== الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على متاجر بخلاء العين المتأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن المتاجر المتأجر ملك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مجل له بل يكون هذا العقد صحيحاً متبعاً لكل آتاهه (٢) بونية سنة ١٩٣٢ الخاتمة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — بموجعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد ينشئ الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة فأنسرت رجلاً مدة من الزمن بالشهر به عند خطية له إذا لم يرضع الزمانا يعرضها ما يصيبها من الضرر بسب تركه إياها . في مثل هذا الدرس يمكن القول بأنه رغمًا من عدم مشروعية الوسائل التي التفتت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، ولعلنا لا نيجل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة القصر الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بعريق التهديد على سند حق له أو على صمد حق أو على الإفراز بالترام طبعي وتحويله إلى الترام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فترة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فترة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي ينص بأن الغاية تبرر الوسيلة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستغني حقه بنفسه . لأنه لا يتعسف في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القوانين الجنائي (بلايول وريبير وإسمان ١ فترة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فترة ٣١٨) . ومن هنا ترى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صمد بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضا رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويصدها . تلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في الصورتين اللتين نعلم بصدهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية مضم الإرادة ، إصالة للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من الصورتين ، فإن التعاقف المسكوه إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد قض الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، وبمته هذا منه تصفاً في استعمال حق الإبطال . والتصف في استهات الحق يستوجب التعويض ، وخبر تعويض ما كان عينياً ، فيمنع التعاقف المسكوه من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية =

ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينة بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

== بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، وإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لئيب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكروه حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متعسف في استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضي له تعهداً بالأداء في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دي باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . وبعد إكراهاها كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دي باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالهنيء الذي يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينتج عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . والقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باهضة من المدين إكراهاها غير مشروع من شأنه أن يقصد الرضا » (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧ فقرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٥٢ / ٤٨) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التيمسدي للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، ونقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاها الخوف من المطالبة بحق مأم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهتد فينتز منه ما يزيد كثيراً على ما في دمه من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « ومادام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استعمل المسكوك ضيق المسكوك لئيب منه ما يزيد كثيراً على ==

١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي

الذى قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة بالنسب كما بين الأب وولده ، أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس . لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام التقصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة

سما في ذمته من حق ، فيكون الإكراه على تقيس ما تقدم واقعاً غير حق . ولو أن حق الدائن في هذا القرض قد اتخذ وسيلة لبووغ القرض المقصود . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ في الهامش) .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاضمة من الأب نحو ولده ، وإذا وجد الولد نفسه منطوقاً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، بل إنساء عقد لا يهبط للملتم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بحجب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفته بشيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ؛ ص ٣١٠ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختاطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ونقض المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من آباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامع شديد زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولادها منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستقلال وقواعد الاستهواء واللسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء واللسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرس فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس أو معلم ، استعمال نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص للسلط على الإرادة له مقام كبير . فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً لتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخيه المتزوجين والمستغنين عنه - وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخيه - وقد أبرم العقد المتضمن به بالإكراه على يد لجنة من العمد =

من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس . وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبتاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد الزام باهظ يتقل كاهل الملتزم . لو ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه (١)

== والمشاغ ، فلا يمكن أن يقال إن رسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخته أحدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول ما لم تكونا تفلانه اختياراً (محكمة استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ من ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبه الأتارب لا يكفي لبطان العقد ، بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مصروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ من ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائنة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها - بغير صحتها - لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحصلها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاه وتسلم ، فلا يكون ثمة على لمخادلتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ من ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن المورثة التي تنقض ما أبرمت من تصرفات سابقة بالبيع والوصية، وتتجدد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل الفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبداها عن أفتارها إبدأ تاماً ، وأحاطها بخصوصها الألداء ، وجعلها تتول عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتطلى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهنه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبه الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتتصرف وفقاً لما عليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقية التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيضاء بها بعض أفتارها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناطراً وتغوض له لتصرف في الربح على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسب ، تكون باطله طبقاً للمواد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لانهدام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٧٧ من ٨٦١) .

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقرر به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن «بمجرد الحشية الصادرة عن احترام (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد» . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (م ٥١/٥٥) والقانون اللبناني (م ٢١٢) =

ب - رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ - وجوب الاخذ بالعبء الزائى : قدمنا أن المادة ١٢٧ من

القانون الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ... ويراعى في تقدير الإكراه

= والقانون البرازيلى (١٠٠٠) والمشروع الفرنسى الإبطالى (٢٠٠) . وهى نفوس متفردة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبى لا يكفى وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفى فيها النفوذ الأدبى لإبطال العقد ، وهى الحالات التى يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لإبراز التزامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التمسك فى استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبى يكون قد تمسك فى استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ، فيلتمز بالتعويض ، وغير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يظل على أساس من التعويض وإن لم تموزه الإرادة . ولأولى إذن أن نوسع نظرية الإكراه حتى تناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٨ - ٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للقانون الجديد على نص فى هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء فى المذكورة الإيضاحية فى هذا الصدد ماأتى به : « ونعنى المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأدبى ، وهو بمجردة لايبعب الرضاء ، وإنما يبيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسى الإبطالى (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقيينات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين... الخ . بقصد إبراز مضم فاحش أو منفعة برمة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل ميب من أعمال الإكراه » . وقد حذف لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى اعتماداً على ماقرره القواعد العامة فى هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت فى هذا المشروع على ماسترى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ فى الهامش) .

ويعرف القانون الإنجليزى مايسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يسى ، الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه ألدن عليه . ففى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كآب وابنه أو كطبيب ومريض أو كحام وعميله أو كرئيس دينى ورجل متدين ، واستغل الشخص الوثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إبرضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك فى مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولول فى العقد ص ٦٤٨ - ٦٨٩ - كارتير فى العقد ص ٨٥ - ٨٧) .

جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض . وقد كان القانون القديم (م ١٣٥/١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول (١) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنفاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي (٢) . وهذا ماجرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم (٣) . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة

(١) أنظر آتياً فقرة ١٩٠ - وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي ، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي : إذا كان التعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي ، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان التعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي ، ونظراً إلى حالة التعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتيفر فقرة ٢٢ مكررة (١) - بنوار ص ٦٠٦ - كولان وكابيتان ص ٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق ، فإن التعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تنفذ بإكراه ليس من شأنه أن يمسد زيادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه ! (٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعيار ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تضاعف المقتضيات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعيار الموضوعية حيث يوجب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ تارة بالإرادة الباطنة والمعيار الذاتية حيث يوجب اعتبار العدالة والمنطق القانوني . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين ، فمنها ما يوجب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يوجب عليه ترجيح العدالة ، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالتقدير الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الختوف ص ٦ م ٣٠٢ - محكمة أسبوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ الحمامة ١٠ رقم ٢٢٣ ص ٤٤٧ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - هالتون ص ٣١٨ - دي هانس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ - والتون ١ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ - الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤١٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ - الدكتور أحمد حشمت أبو-سنت فقرة ١٨٤ .

الإسلامية (١) والقوانين الأجنبية الحديثة (٢) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محققاً ، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته . بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس . وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي (٣) .

١٩٩ - تطبيح المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد

الشخصية ، فتتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وتدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسه : من جنس و سن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

(١) مرشد الحيران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصفتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من احبس وانصرف كثرة وقلة ، وشدة وضعفاً » .

(٢) القانون المدني الألماني م ١٢٣ - قانون الأثرمات السويسري م ٣٠ .

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ماباى : « قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المياراندي تناس به جسامته . فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامته بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصح غير ضرورية ... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تنقل هذه الشروط وأن تكفى بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، يتحقق الإكراه إذا وجد ائتمام المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطرار ضغطت على إرادته وحجته على التعاقد » (نظرية العقد من ٤٣٧ وص ٤٤٤) .

فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المذنب المتحضر . والعصبي غير الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافي . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات : فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يخشاه وهو في مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكسب الخوف أشد ونعاً في نفسه لئلا منه نهاراً . فالملكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكيف جسامته لخطر في نفس المتعاقد (١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحنة التقص عليها (٢) . وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة التقص (٣) .

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالفيروس أنه لا يؤثر في إرادة التعاقد إلا إذا كان المال الذي يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذي أكره عليه . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإسداد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصب ما دام التهديد قد أثر في إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزي الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان في استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب في ضياع المال (بولوك في العقد ص ٦٤٥) . وهذه نظرية تغفل احتمال عدم الجدوى في الرجوع بالتعويض .

(٢) وقد قضت محكمة التقص (الدائرة المدنية - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر في الشخص الذي وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة التقص عليه في ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ - مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

(٣) وقد قضت محكمة التقص (الدائرة المدنية) بأن جسامته الخطر الذي يشأ منه الإكراه إنما تقدر بالتعبير النفسي للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعي مراعاة حاله عملاً بالعادة ١٣٥ من القانون المدني (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان التكفيل قد دمج بعلان الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له في ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الغالب ، فضاء منه السند ، فلجأ إلى مديته ليكتب له بدلا منه . فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه في دين له قبله ، فلم يجد ماسماً من التسول ، فريد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن =

ج - الجملة التي صدر منها الإكراه

٢٥٠ - الإكراه الصادر من المتعاقدين الآخر والإكراه الصادر من

الغير : كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سنتت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضاء لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع : فإن المسئول عن هذا العمل هو المكروه ، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال (١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكروه أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض

== ليؤثر في إرادة الكميل، وهو رجل مثقف خبير بالكؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يعيب رضاه بكفالة أخيه ، فهذا رد شديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند، بحكم كونه واقعة لا يد للدكتور له فيها ، لا يكون الإكراه المبطّل للعقد ، فهذا يزيد منه لا يبيح أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥) .

(١) والقضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣٣ ص ١٧١ - وفي ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥٥ ص ٥١٠ - دى هانس ١ لفظ (convontion) فقرة ٤٥ - هالتون ١ ص ٣١٨ - والتون ١ ص ٢٣٤ - الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٦ - فقرة ١٤١ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ١٨٦ .

حتمًا أن يعلم . بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير . ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتمًا أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المسكره بإبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية . بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قرره في التدايس (١) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٢) .

٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف تهبأت مصادفة (حالة

الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لامن أحد المتعاقدين ولامن الغير . ولكن من ظروف تهبأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلال الحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه .

وقد ذهب النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء . ومن ثم يؤثر في صحة العقد .

(١) محكمة الاستئناف المختلفة في ١٩ بونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسري . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الصاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق أن قرره في صدد المظ والتدايس .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا المعنى ، فنقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه « إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه . ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمسكره إلا أن يطالب المسكره بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تفر حكماً سكام في قواعد الشولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٨٥ و ١٨٧) .

أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهبأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادته المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقدته . ولما كانت النظرية التقليدية تشرط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ «الانتزاع» (extorqué) في المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهبأت ظروفه مباشرة ذا أثر في صحة العقد (١) .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له . وهو أثر من آثار القانون الروماني بقي في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته (٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة . بل صدرت تحت تأثير الضغط . فالإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجبي أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك . فلا فرق . من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجي واستغله فالعقد قابل

(١) أنظر في هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد للمؤام ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الروماني كان يجعل للإكراه جزاء مستقلاً غير إبطال العقد . أما الإكراه الذي تهبأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن في هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . وانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكفي بدعوى تعريض صد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى نيل شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلاتول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ — أنظر أيضاً جوسران ٣ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون ذليلاً للاجبال في هذه الحالة لأننا لا نتر هل كان الدائن ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل نظر هل كان مدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع) .

وظاهر مما تقدم أن القانون الروماني كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهبأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع غيب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب في الرضاء . فالإكراه الذي تهبأت ظروفه مباشرة إذا منه الوصف الأول فلا يفتونه لوصف الثاني ، ويكون إذن سبباً في إبطال العقد .

للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن يتقصد سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من من ربان السفينة ليس له أن يتسكك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهذب بخبر تهبأت ظروفه مصادفة . أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكروه حتى إبطال العقد (١) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدي — وقد حذفت في المشروع النهائي اكتفاء بالتواعد العامة — على ما يأتي : « إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أفراديه ، فلا يترتب هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ... أما التطبيق الثالث فهو خامس بجالة من يجد غيره مهدداً بخبر جسيم حال لا يده فيه، ويستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن النسب في الطرف اللجئ ، إلا أنه انتفع به للحصول على منافع فاحش . ويعتبر الإكراه في هذه الصورة عيباً في الرضاء (فان الاستغلال) . وعلى القيس من ذلك ينتفي الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر في مثل هذا الرضاء أن يحصل على منفعة مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ المتعاقد الآخر في مقابل منفعة معقولة . فقاط الحكم في هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط في النعم) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — من ١٨٦ في الفاش) . أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإبطال الجديد .

هذا والحكم يبنى صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط في النعم ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهر مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أحراً لعمله مبلغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك في صور مجتمعة .

الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (١) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى ذلك فيما يلي .

§ ٤ - الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ - الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادى للاستغلال .

ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

(١) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والقضاء في مصر حتى في ظل القانون القديم : والدون ١ من ٢٣٢ - من ٢٣٨ - الدكتور دهبي بك فقرة ١٣٥ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ - نظرية العقد للدولت فقرة ٤٢١ - الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستين فقرة ١٨٧ - وأبطل محكمة الاستئناف المختلطة الاغناق الذى يعقد فى حالة الاضطراب الناجمة من وجود سفينة فى خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ س ١١٦٦) ، وكتبت بإعطاء دعوى التصول (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ س ٢٣٥) . أظن أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ س ٣ - وفى ١٨ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٨ س ٥٤ - وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٥٥ س ١٤١ (وفى هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة فى أساس الحكم أن القانون المصرى (القديم) لم ينل من القانون الفرنسى كلمة « يتزعم » (extorque) الواردة فى المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب فى أن الفقه الفرنسى لا يجعل حالة الاضطراب التى تهبأ مصادرة إكرها يبطل العقد)

هذا والقانون المقارن فى هذا الموضوع معه إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة فى صحة العقد ، وسرى ذلك عند الكلام فى نظرية الاستغلال (نظرة العقد لتؤايف س ٤١ : حاشية رده) .

(*) بعض المراجع : ريبير فى القاعدة الحقة فقرة ٦١ وما بعدها - جوسران فى المبحث

فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ - ديمونس (Demones) فى الغبن فى العقود ما بين المالكين سنة ١٩٢٤ - لويس لوكاس (Louis-Lucas) فى الدين والعقد سنة ١٩٢٦ - الرساين : هام (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ - جريليه (Grellet) باريس سنة ١٩٠٨ - دينون (Dyot) مونيليه سنة ١٩١٩ - مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - كبلزون (Coulezon) مونيليه سنة ١٩٢٤ - ميمان (Memin) باريس سنة ١٩٢٤ - هاون (Haon) مونيليه سنة ١٩٢٧ - موريكس (Morix) سنة ١٩٢٩ - بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ - دالم (Dalern) باريس سنة ١٩٣٩ - فالون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ - أنظر أيضاً مقال الأستاذ زيكلول فى مجلة مصر العصرية سنة ١٨ من ١٨٩ - س ٢١٤ - نظرية العقد للدولت من ٤٤٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى من ٢١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت من ١٤١ وما بعدها .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى (١) . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد . فينظر إلى التعادل في هذا الوقت . ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نسبية

لمستعمل: والغبين مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعاباً بالغبين . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيّدوا هذا المبدأ بالعدالة وبجماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبت في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لاتعتد

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الغبن .

بالغبين إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم . هذه التنايلد . فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها . والعبارة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد . والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء . وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦-٣٣٧/١٩-٤ : ٤٢٠) . وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون . كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة . وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التفنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لانظرة شخصية ، فالعبارة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبارة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد . إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويرتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يخلل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر . لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد : طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخلع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد . أى أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا

عيب مستقل قائم بذاته . وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يرتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها . أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف التعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد . وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن تعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية . ونسب هذه القيمة إلى الثمن . فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها . فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حاسياً على جميع المسائل . دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى . تكون

قاعدة ظالمة رتخاً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية . وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فتضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ بطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء . بحيث يدين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقتضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد مادفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفته أو عدم تجربة . وتقتضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١) .

(١) أنظر أيضاً القانون الإيطالي الجديد (م ١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولوني (م ٤٢) والقانون البناني (م ٢١٤) والقانون النمساوي (م ٨٧٩) والقانون الصربي (م ٧٤) . وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال وديبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسي في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسي ويضع نصاً عاماً يحرم الاستغلال في جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الفن سبباً في إبطال العقد إذا كان الاختلال في التعادل ما بين الالتزامات التي تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الضرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦) .

هذا ويستخلص من بحث أجرى في البلاد التي تتضمن قوانينها المدنية نصوماً عامة في الاستغلال على النحو الذي تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من النقاد يتوهمون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضي (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Moral) في بعض مسائل متعلقة بتكون العقود وبقتها المزمرة : باريس سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

٢٠٤ — **القانون المصري الجديد** : وقد ساير القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي :

« ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جاحماً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١٥ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استعمل حاجته أو ضيقه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً . ٢ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي . أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد تناقشت ضوئياً في هذه المادة ، وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتي : « ١٥ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ضيقاً بيناً أو هوى جاحماً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ونحوه أن أهوى معناه الشهوة الساجحة لا المودة والعضف ، وقد ترك تمديد الجيش والمهوى =

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن يراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبين في بعض العقود أو بسعر الفائدة (١) . والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد . واعتد في

== لتقدير القاضي . وراعت اللجنة في التعديل الذي أجرته أن تعدل عن التوسع الذي اختاره من المشروع وأن تجعل أساس النص ذمراً على استغلال الطيش بين أو الهوى الجامح . وحدثت من الفقرة الأولى عبارة « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف الغبون تبرعاً لأنها من قبيل التبريد . وأضافت قيداً يتعلق بمعاد رفع الدعوى . وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون و استغلالاً ما يهدد المعاملات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الحقيقية في تنظيم المعاملات بل يدور ذلك بل ذمة القضاء من عناء التعايل على النصوص وتحميل القواعد ما لا يتفق بعضها . والقضاء في ظل القانون الحالي قد استنبت فكرة الإنعاش والنسب والاعواء وتوسع في تطبيق (العدل في النسبة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشق الوسائل دفع الحور في صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك في أن هذه الحالة بدلتها تعرس شعوب لاحتلات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المتجهدين في استحقاق الخروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير . لتك رأيت اللجنة أن أفراد من الاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له القعد من طعن في نطاق صيق واضح الحدود . ولكنها توسطت فلم تر أن يكون نطاق هذا التصريحاً على عرار نظيره في أكثر التقديرات الحديثة ، ومنها التقنين الألماني وسويسري والبولوني واللباني والمشروع الفرنسي الإبطال ، بل اقتصر في على حالي « الهوى الجامح والطيش بين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المد كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ — م ٢٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبين في بعض العقود وما يسمح به القانون من سعر الفائدة . فعدت لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد . لجعل النص أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ — م ٢٠٠) .

الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود . وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و(ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

١- عناصر الاستغلال

٢٠٥- **العصران الموضوعي والنفسي** : للاستغلال عنصران ،

أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً . والآخر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد .

٢٠٦- **العصر الموضوعي** : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي

للاستغلال في العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا .

في عقد البيع ، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فقد يغبين أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق :

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح

بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .
والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته
المادية في ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص
في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن . فالعبرة
هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو
بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة
شخصية للمنزل . فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا
دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف
مثلاً . جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال فادح .

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى . ولكن هذا المعيار
ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة . فقد تتحقق
الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق
إلا بمبلغ أكبر . والمتأخر هو الذي يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر في ذلك
إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة
هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من
حيث قصور التسيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن
الاختلال في التعادل فادح ، وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة
النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذي عليه أن
يثبت الفداحة في اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutata)،
(tifs) فقيماً بأخذ المتعاقد ويعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقداراً ما أخذ ومقدار
ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة
الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية (١) ، وهي عقود

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وتحسن
الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطمئن فيها على أسس الثبن إذا اجتمع فيه مسمى
الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبره أو ضعف إدراكه . » (بمجموعة
الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١) . وقد تمس القانون اللبناني صراحة على ذلك ، فجماعت الفقرة
الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة
للاضطرار بسبب الثبن . »

تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال في التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق . وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا لتلبية طلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً .

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل . لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات . بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل . فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد : وهي تميز في عقود المعاوضة توفى دعوى الإبطال بتكملة البدل ، تنفيذاً ضمنياً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أي في عقود التبرع (١) . أما كيف يقع الاستغلال في التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجه الثانية وأولاده منها . مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتي : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان الصرف الذى صدر من الخارف المبيوع تبرعاً » . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التبريد ، وقد أرفقنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ في الخامس) . ونيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهي تنفيذاً ضمنياً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع .

زوجته الأولى ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالتبرع أعطى دون مقابل . وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البتّين أو لهواه الجامح .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، فالوصية هنا يعيها الاستغلال : وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ - العنصر النفسى : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد

أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية : «وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً» . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف» . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : «وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف» . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهب إلى مدى أبعد ، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها . ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامعاً ، إمعاناً فى تضييق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره (١) .

(١) وقد ترتب على تطبيق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٢٨ من

فالعصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى التعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جاهحاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعدد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها . وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، قدسكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعدد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود بمليا عليها . وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم بملغ طائل من المال . وقد يلقي الطابش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه اللين . كل هذه أمثلة نتزعها من حياتنا المصرية لتدل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شىء يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية فى ذلك (٢) . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه فى قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل

= المشروع التيمدى — وهى المادة التى حذفت من المشروع التهاى وتعرض كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدى وحالة الضرورة — نصاً كان من المفيد استقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فـلا هذه الأفضية وأمثالها على الحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تدير وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والنساط على الإرادة التى سبأتى ذكرها فيما يلى :

وقد قضت محكمة القضا (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الحكم قد سبى قضاءه بيطان عقد البيع على فساد رضاء البائع لسكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض منعدية من شأنها أيضاً أن تنسف إرادته فيصير سهلاً الاقباد خصوصاً لأولاد التيمدين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة القضا لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع =

في ظل القانون القديم ، فإنه لا يثبت أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينقلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

== الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ من ٢٩٦) . وقضت في حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وطروفاً أن السند الخائب بقيدته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهوان ، أو بالسلط على الإرادة ، وكان هذا الاستحسان سائماً ، فلا تدخل لمحكمة النفس لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ من ١٥٢) . وفي قضية تالفة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات وميزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولما ضنت الزوجة في هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أخصته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها ، وأن الرأي الضواب الذي يتحقق به العدل (أي تطبيقاً لمبادئ العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ من ٧٢٣) . وقد قضت محكمة النفس هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع في الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعي للفصل فيها (نفس مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ من ١٧٨) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن المحصوم لم يروا السير في الدعوى الشرعية التي قضت محكمة النفس أن تقف الدعوى المدنية بسببها ، وانفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالحفر مما جعله يفكر في الانتحار ويحاوله مراراً ويبتعد بالفعل ، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله ملوب الإرادة ، فتعاقدته غير مبي على رضاه صحيح ، ولا تلزم ورثته بوفاء ما تعهد به في هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٦ / ٢ من ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أي إلى التزم باهظ ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة بائعة ، فاللحكمة إقرار التعهدات التي أجازها التعهد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم بطلان ما لم يجره منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٦١ / ٢ من ٣٥٣) — أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ من ١١٧١ — ومحكمة أسيوط الكلية في ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٠ من ٢٦١ .

مدا . ولما كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستدلال ، فقد خلق التمهيد

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسي يقتضى أن يكون التعاقد المغبون « لم يرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طبعاً بيناً أو هوى جامعاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من التعاقد الآخر ، وأن يكون هذا لاستغلال هو الذى دفع التعاقد المغبون إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال التعاقد المغبون . وهذا عمل غير مشروع (١) . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب التعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصاب من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا (٢) . (والأمر الثانى) أن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معينة ، فهى إرادة ضال بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

== والغشاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (séduction). وقد قصرهما على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا ترى فرقا بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع . والجزء فى الحالتين واحد هو قابلية العقد للإبطال . والأولى إدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارها نظرية واحدة . وقد رأينا القضاء فى مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تموزه (قضى مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر : رقم ٥٥ ص ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — قارن استثناء محتاط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آتقاً بقرة ١٩٧ فى الهامش) . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، ويذهب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزء فى الاستغلال هو الإعلان النسبى أما الجزء فى الاستهواء فهو الإعلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ بقرة ٩٨ على المسادة ١٣٨ من لقانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم بقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى) . وانظر آتقاً بقرة ٢٠١ .

وعلى التعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسي. إذ هو عنصر مستثنى عن العنصر المادى، لا مستخلص منه ولا مفروض. والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول: «وتبين أن التعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً». وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول: «بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته...».

٢٠٨ - عمدة الاستغلال بعيوب الرضاء: قدمنا أن العنصر

النفسى يقتضى أمرين: أن إرادة التعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة. وأن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معيبة.

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول. كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع. وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى. كان هذا العقد ذاته - الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضعف من هواه - عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء.

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨). وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب (١). وبالاعتبار الثانى أخذت التفتينات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصرى الجديد. وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإلغاص لعيب فى إرادة التعاقد المغبون (٢).

(١) أظن سأل المرجع المقدم فقرة ٩٥ - فقرة ٩٧ (م ١٣٨ ألمانى).
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا العدد ما يأتى بهم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى فيما يتعلق باستغلال التعاقد، بل انقضى أثر المشروع الفرنسى الإيضالى. وليس معنى هذا التقنين (الألمانى) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يتصع الثقل عليه بإرادته، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء. ولكن يعبه أمر مختلف هو أن الضرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما عم به من ضعف وما اشتد عليه من عوز. فليس ينطوى الأمر على عيب فى الرضاء، بل هو ينطوى على عمل مخالف للآداب صدر من التعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته. ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى... تلك وجهة التقنين الألمانى. وقد أثر المشروع أطرافها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسى الإيضالى فى هذا الصدد. فلم يعتبر الفاعل عملاً مخالفاً للآداب، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء ينتج وجوده بطلان العقد أصلاً نسبياً «بمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ١٩٠٠ - من ١٩١١».

ويعتينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الحديد مقتضياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من التقنيات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً ، وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواد الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويكفى فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصره المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بدلاً عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص ، وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال . بهذا وذلك . دعاوى الإبطال الأخرى التى ترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب - الجزاء الذى يرتب على الاستغلال

٢٠٩ - **دعوى بطلان** : إذا توافرت شروط الاستغلال التى أسلفنا ذكرها «جاء للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص .
وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن

يرفع دعواه في « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩م) فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لأمدة للتقادم، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه . ورفعها بعد ذلك : كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لاميعاد تقادم (prescription). والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف . بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، ونحسب بالتقويم الميلادي (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة . وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف . هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخها الاستغلال . فلا يبيئ مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حجة لتعاقد واستقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أمرها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) . وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط . فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة . فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال (١) .

٢١٠ — دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاه

(١) ولم يكن المشروع التمهيد يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال والغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإفاس في الاستغلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تقادم ثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٤٧) . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذي يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٠٠ — من ٢٠١) .

المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضى إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً . واقصر على إنقاص الالتزامات الباعثة على الوجه الذى سأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضى بملاسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معق عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المدة التى ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوفى الحكم بالإبطال

عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقبىد معاوضة كالبيع ، وطالب البائع المغبون بإبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشتري تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ . بل يكفي أن تكون بحيث تعمل العين الذى يتحملها البائع لا يتصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملاسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبب وفاقياً . وعنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوفى دعوى الإبطال لا يطبق على عقود التبرع ، فإن من نال التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ - **دعوى الإنقاص** : وإذا اختار المتعاقد المعبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من باديء الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضى رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذى لا يجعلها باهظة (١) . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً للملابسات القضائية وطروفيها ، كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف المستغل لرفع العين فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة محكمة النقض عليها . فى البيع المتوب بالاستغلال إذا رفع البائع المعبون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصار على الإنقاص ، جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذى يراه كافياً لرفع العين الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن . بل يكفى ألا يكون هناك عين فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر فى إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشتري . بأن يزيد فى مقدار الثمن بدلاً من أن ينقص فى قدر المبيع . فإن نص القانون لا يجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه العين ، فإن الزيادة فى الثمن تدنوذى المشتري إلى حد أن يؤثر التداول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشتري نفسه فى ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع العين كما مر .

ويجوز الإنقاص فى عقود التبرع التى داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضى التبرع إلى الحد الذى يندفى معه أثر الاستغلال .

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالإتمام ولو طلب المتعاقد المعبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المعبون الإتمام . لأن هذا قد يقدّر مسلحة واتصر على الإتمام ، فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال ولا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . وبخى القاضى . يتبدأ بطالب الإتمام إذا تقدم به المتعاقد المعبون حتى لو كان الطرف الآخر آثر على إتمام العقد بإبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن طالب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المعبون .

٢١٢ - دفع ماوجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشي

كثيرون من هذا النص العام الذي ورد في القانون الجديد عن الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار . وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف . فإن القضاء المصري قد واجه فعلاً أفضية الاستغلال في الأمثلة التي قدمناها . وعالجها بالقدر الذي استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفي هنا ، وأن نصاً عاماً في الاستغلال . لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً . تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضى ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات . وتقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام في الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى (١) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق . وإن أفضية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى (٢) . وسرى ما بصير إليه الأمر في مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذي اشتمل عليه القانون الجديد (٣) .

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع درج إذ يقول في مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتي : «ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشيء كبير من القلق وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجي باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ - وانظر أيضاً مذكرات غير مصبوعة للأستاذ مورل (Morol) في بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ - سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً بقره ٢٠٣ في الهامش) .

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التي تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدني الجديد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التي مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذي كان معمولاً به في القانون القديم . أما العقود التي تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أي منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هي التي تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفرع الثاني

المحل

(L' Objet)

٢١٣ - تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم

المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيني أو بعمل أو بالامتناع عن عمل .

والالتزام بنقل حق عيني إنما هو التزام بعمل . ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته . فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحت شيئاً واحداً . فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته .

٢١٤ - الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام : يستخلص

من نصوص القانون الجديد (م ١٣١-١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون :
(١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلاً للالتزام بنقل حق عيني) . أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . (٢) معيناً أو قابلاً للتعين . (٣) قابلاً للتعامل فيه (١).

(١) انظر القانون رقم ١٤٩/٩٥ . ومما نصت على أنه « يجب أن يكون التعرض من العهد ممكناً جازماً ، وإلا كان باطلاً . فإن كان التعرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التصرف فيه ولزم تعينه بالبيع وأن يكون صنفه مبنياً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . وقد شتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، وصحت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتي : « يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين وحاثراً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلاً » . ولكن لجنة المراجعة عدلت هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالأحكام النصية التي وردت في المواد التسابعة (١٣١ م - ١٣٥) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٧ في الملامح) .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ - المحل موجود

٢١٥ - معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً فى هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود : ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به . فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، يجوز أن يقع الالتزام على شيء يوجد فى المستقبل .

٢١٦ - المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المندى الحديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (١) » . وقد يبدو أن هذا

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٢١٧ فى الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل . وينتجى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين . وليس ثمة محل للتفرقة بين بيع الثمار المنقذة وبيع الثمار قبل انقضاءها على نحو ما فصل التفتين المختلط (م ٣٣٠ - ٣٣١) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٠٨) .

النص بالبيدي . فهو يردد حكماً تقضى به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون الخلل القابل للتعين غير موجود وقت نشوء الالتزام . إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي (١) ، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فيصح المعدوم باطل . واستثنى السلم . وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبله على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة ٣٣٠ على أن «بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نياته باطل (٢)» . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح (٣) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت . بضمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناؤه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء . فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نرج ماشية قبل وجودها . فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج (٤) . والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون

(١) تقول العرف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كإبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الفرز ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بضمن مقدر جزافاً .

(٢) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدني المختلط على ما يأتي : « ومع ذلك فيجب الأثار المتقدمة وبيع الزرع التابت يشمل أيضاً الأثار التي تنعمد والزرع الذي ينبت بعد البيع » . أطرفي القضاء المختلط نظرية العقد للوئف فقرة ٤٥٧ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود الخلل ، أن يزول كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية . فبشر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٦) .

(٤) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً . فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ومراتب ذلك طبعاً في تقدير الثمن .

ن يكون قد أتم صنعها . بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مفاول عن الأجر في مقاولة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل . وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨م) . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٢١٧ - التركة المستقبلية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون

الحديد على ما يأتي : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون (١) » . وهذه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرته) في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدي على

الوجه الآتي : « ١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يميز التعامل في التركة المستقبلية برضاه المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيع للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يمتثل أن يؤول إليهم منها مادام المورث قد أقرهم على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٥ في الماخر) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع أعم من نص المادتين ٢٦٣/٣٣٢ من التقنين الحالي ، حيث يقتصر المحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصلها برضاه صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، ونصى ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لمدم =

القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني ، فقد كان هذا القانون يعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى

= مصروعية المثل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر الصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كسب أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن منهجاً لا يزال نصيبه من الديون غير كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من قانون الالتزامات والسببى والمادة ٣١٢ من القانون الألماني ، وكذلك المادة ١٢٧١ من القانون الإسباني والمادة ١٣٧٠ من القانون الهولندي والمادة ٥٨ من القانون البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هنا في الصرف وارتضاء . وليس يكفي لإتمام التعاقد في هذه الصورة رضا المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضا المورث ، ويجب أن يكون رضا الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان الصرف لا يتعد إلا اجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة تميز في القانون المصري الحالي ، لحقولة الحق لا تتعد إلا إذا اذعن رضا المحال عليه برضاء طرفي الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان الذي اصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة الصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنيات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستترة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا ممدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى في الصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار الصرف مخالفاً للآداب . وعلى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، غير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يعول دون الإفادة منها إلا المخطر القائم . فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وموافقته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأجى من قسمة بحريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لسائر وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد

المرات . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٣٠٨ — ص ٢٠٩) .
وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعمد عن هذا التجديد ، وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعادت نص المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١٥ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ — غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي من عليها في القانون . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في

مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذي يتعامل في تركه مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركه مستقبلية باطل ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها . وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه

التركة المستقبلية برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تعاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « ولو كان برضاء » زيادة في الإيضاح ونجاً على منوال التقيين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢٠٦ - ٢١١) . وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي - وتاريخ المادة ٣١٢ من التقيين الألماني والمادة ٦٢٦ من تقيين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثل لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادتان ٢٦٣/٢٦٢ قضيان بأن « بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاء » . ولكن التفة والقضاء في مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغيره (نظرية المقدم المؤلف فقرة ٤٥٦) .

إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة (١) . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية . فكما لا يجوز لـ رث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً . أما الطرف الذي يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية (٢) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سبق في نصيب كل منهما من الميراث . أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يترتب باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملاً في تركة مستقلة . ولا يعد تعاملاً في تركة مستقلة أن يؤجل المدين واه الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان البائع له على ذلك أهله في سداد الدين من التركة التي سيرتها ، ولا تأجيل المدين واه الدين إلى يوم موته هو ، فبس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقلة ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان البائع عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن المستحق في وقت قد حصل على أن يكون المستحق التالي في الوقت كقبلاً لمدينه توفراً لثبوت هذا الدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقلة . كذلك لا يترتب باطلاً تعهد أم لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على الأطلاق شيء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يترتب تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقلة وقد افترقت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية السكبية الوطنية في ١٨ يونيو سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٠ س ٩٩) .

ولكن يعد تعاملاً في تركة مستقلة أن يفتق الوارث قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأبي منهم باطلاً . كذلك يعد تعاملاً في تركة مستقلة تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الوارث دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وفرض المورث على أحد الوارث دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد . (٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه — وهذا يبيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقلة — وبين أن يبيع هذا المال الذي هو ملكه في الحال — وهذا يبيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا يعد إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المختصة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر السكبية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المحسوعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني . أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذلك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبحنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يجيد عن هذه الأحكام (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها سرتاً ، كل هذا يرتبط بالنظام العام . والتجديل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، ومحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه . سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث سراً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل افتتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه . بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتسلكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لصفتهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والقر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة سرتاً (نقض مدني في ١٤ يونية ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩)

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوازمته في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملاً في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تنفيذ التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديله أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً ببيع . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدني في ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٣٨) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التجديل على مخالفة أحكام الميراث ألا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام . وبني سجعاً تعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سفت الإشارة إلى أن المشروع النهدي تضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل . أو يهبه . أو يقسمه . أو يقايض به . أو يقدمه نصيباً في شركة . أو يصالح عليه . أو ينزل عنه بإرادته المنعقدة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١) . أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح . وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ جديد) .

§ ٢ - المحل ممكن

٢١٨ - الاصطاحه بقابل الوجود : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً . فإن الالتزام لا يقسوم . ويكون العقد باطلاً . لأنه لا التزام يستحيل . (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً (٢) » .

(١) فإذا تهد شخص بإيجار عين سنؤول إليه في تركه كان عبده باطلاً (محكمة النفس الفرنسية في دوائرها المجتمعة في ٢ يولييه سنة ١٩٠٣ داللوذ ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً مطلقاً ، كان العقد باطلاً .
٢ - أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون عبده ، صح العقد وألزم المدين بالتمويل لعدم وفائه بتمهده . . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا التصدد ما أتى : « إذا كانت الاستحالة مطلقاً ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أى لاصرة على الماتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم التعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . =

٢١٩ - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية: والمنقوض بالاستحالة

هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل فيكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته . ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . في هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على مثل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام . ويكون المدين مسئولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان منزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، في كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسئولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا (١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعاقد بهذا

= فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألماني والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ٦ و٧ من التقنين البولوني الخ...) على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً » . وأصبح رقم المادة ١٣٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلاً في ذاته » هو أن يكون مستحيلاً استحالته المطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة المجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١١ - من ٢١٤) .

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالته الموضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالته شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض . =

الالتزام . ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقض بنشئها بعد أن وجد . فتنبرأ ذمة المدين . ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد بحمام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك . أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

وبستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للنسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا . وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين (١) .

٢٢٠ - الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في

الأمثلة التي قد تها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد بحمام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهى الالتزام إذا جدد بعد ذلك .

ومن ثم فيبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستجيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع قس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م ٤٦٦ من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

(١) وقد نكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة فاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فينقض الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

ويبنى على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن الخامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسئولاً عن التعويض .

المبحث الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

٢٢١ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٣ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره . وإلا كان العقد باطلاً » .

« ٢ - ويكون أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر . التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :

« ١ - يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ - ويكفي أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفي لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حذف الطلان مدان استغني عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الإنسان الطبيعي يتدرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أي ظرف آخر » وإضافة العرف كمتخصص إليه تعميم في عبارة « من أي ظرف آخر » . فأصبح النص كالآتي : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرها لجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ من ٢١٤ - من ٢١٧) . أنظر المادة ١٩٠ من ٢ من الترتيب السناني وعبارة ٢٤٣ من الترتيب الألماني .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر (١) . »

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . فإذا كان المحل نقوداً . وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعين . أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أي اعتبار .

فتكلم : (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً .

٥ ١ - كيفية تعيين المحل

٢٢٢ - تعيين محل الالتزام إذا ظهر عمده أو امتناعا عن عمل :

إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :

« ١ - إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ - إذا لم يكن للنفد المدين في عقد سعر ثابت في مصر جاز للمدين أن يبيع دينه بنقود مصرية به . والفضل في الزمان والمسكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فيسعر قطعها في أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بخير ذلك . ٣ - إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بقرن السعر . دون إخلال بفوائد التأخير . وفي حنة المراجعة اقترح حذف اسم كله لأنه بقرار حكما في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص . وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبعاد الفقرة الأولى على أن يحدف منها العبارة الأخيرة » ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . فأصبح النص الذى أقره اللجنة هو ما يأتي : « إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر . » وأصبح رقم المادة ١٣٨ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المندى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٢) .

أضرب المادة ٢٥ من المشروع الفرنسي الإيضاحى . هذا وقد كان القانون المندى القديم يتضمن النص الآتى (م ٧٥ / ٥٧٧) : « إذا كان الشيء المستعار نقوداً لزم رده بين قيمته النقدية . أما كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت انعاقده . وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مفصلاً على عند الفرص . »

معيناً. فإذا تعهد مفاوض ببناء وحسب أن يعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعين. وقابليته للتعين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام. فإذا التزم المفاوض بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة للتعين البناء المطلوب. أما إذا اقتصر المفاوض على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أي نوع من البناء هو، كان الحمل غير معين وغير قابل للتعين، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعلوم.

٢٢٣ - تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق العيني :

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعين. وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين.

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة. فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة. فإذا باع شخص منزلاً، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها. وإذا باع سيارة معينة بالذات، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة. لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة. وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه».

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشموني وأن مقدار عشر قنطاراً. فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة.

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف . كما إذا قام متجر بتوريد ساعة لعمل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره . وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً . فلا يكون جيداً حتى لا يفين المدين . ولا يكون رديئاً حتى لا يفين الدائن (١) .

٢٤ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ - تعيين النقود - العملة الورقية ذات السعر القانوني :

إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أي محل للالتزام . فيلتزم المدين مثلاً أن يؤدي للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملائم . وتقضى المادة ١٣٤ ، كما رأينا ، بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً اتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبي كما إذا باع شخص شيئاً لمن يترك تقديره لحسبه . فإذا قدر الحسب الثمن كان تقديره ملزماً للتعاقدين ، وقام الغرام المشتري على محل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم بتأنيه و التقدير ، لأن عمل العقود لا يدخل في مهبة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمة ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

هذا وقد اشتمل المشروع التيهدي على نص يمرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتي : ١ - إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس يعادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ - ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحس اختياره ، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذرت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يمرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في المامش) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها . أنظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألماني ، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التيهدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة .

يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود . سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن . وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدي المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد . جنياً أو قروشاً أو ملايم . بل إن المدين يؤدي دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه . فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى . فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء .

٢٢٥ - العملة الورقية ذات السعر الإلزامى (شرط الذهب) :

فإذا تقرر للعملة ورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة . لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية . وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . فذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً . وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) . فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية . وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن فى هذا

الرأى تفتق مع القضاء الفرنسى (١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين (٢).
وما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق
قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب : فينعدم الفرق بين الورق والذهب
فى نظر القانون . ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد . لأن القانون إنما

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ -
و فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق هيرب (Hubert)
محكمة مريس الاستئنافية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ -
وفى ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ .

(٢) أورى ورو الطبعة الخامسة : ص ٣١٨ - ص ٣٦٠ - كايان و دالوز الأسبوعى
سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١٧ و ص ٣٣ . وسنة ١٩٢٧ ص ١ ، وسنة ١٩٢٨
ص ٥٣ - ديموج فى مقال له فى جريدة مونتقى العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١
ص ١٢٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ - جيز فى مقال له فى مجلة العلم والنشرى السالى
(Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ - ليون كان
فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - سافانيه جازيت دالوز : ١٩٢٥ ص ٨٩ وتعليقه
فى دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ و سنة ١٩٢٧ - ٢ - ١٥٦ و ١٥٣ -
بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا
الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى فى المعاملات الداخلية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ -
ديويس (Dupuich) فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٣٧ - اجبى فى مجلة القانون
المدنى ربيع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ - لالو (Lalou) فى تعليقه فى
دالوز سنة ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ و ٩٧ - وسنة ١٩٢٦ - ٢ - ٦٩ و ٩٥ - مار
(Mator) فى مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ص ١٩٣ و ص ٢٨٩ و
ص ١٩٣ - جوران ٢ فقرة ٨٥٩) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً فى هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بماياتى :
« ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامى للنقد الورقى فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو
بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية
محسوبة بسعر قطعها » . وفى هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس
قيمة الذهب باطلاً فى حالة تقرير سعر إلزامى (حتى فى المعاملات الدولية : الرسوم بقانون رقم
٥ : لسنة ١٩٣٥ - قانون القانون الفرنسى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوى
للمشروع الفرنسى سنة ١٩٢٨) ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط
هو الدافع الحافز على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تختب
بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبى . وليس فى هذا مساس بسعر فى القانون لأن النقد
الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلاً . ثم إن العدل يقتضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء فى المعاملات
الدولية على أساس سعر القطع الذى يمثل العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى » . وقد =

أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي إنما يبطل « شرط الذهب » في المعاملات الداخلية في فرنسا . أما في المعاملات الخارجية . وهي التي تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها . كما إذا صدر تاجر في فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج . وكما إذا عقدت دولة قرصاً في أسواق أجنبية ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما في المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة . ولا ينفذ اعتبار المشرع في غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١) .

= حذف لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى في المشروع النهائى لأنه يفرح كما في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص - (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ في الهامش وص ٢٢٠ - ص ٢٢١) . وسنرى فيما يلى أن هذا القانون الخاص الذى تركت المسألة لحكمه هو الرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويبطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدولية) . ويفل أن تترك التفتينات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون الدئى السورى الجديد على أنه « إذا كان يحمل الالتزام نقوداً ، التزم الدين بقدر عددهما المذكور في المقعد دون أن يكون لارتضاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ، مالم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبى » .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٤١ وفى ٣ يونية سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ١ - ٥ وفى ٢ يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعى ١٩٣٥ - ٤٥٧ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ بقرة ٢٦٧٠ - محكمة بورديو الاستثنائية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة باريس الاستثنائية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - وفى ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعى ١٩٢٦ - ٥٣٧ - وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٩ - محكمة بيزانسون الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سبويه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسى وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٣٨ ودونون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر في هذه المسألة بلايول وريبير وجابولد بقرة ١١٨٠ وبقرة ١١٨٥ - جوسران ٢ بقرة ٨٦٠ مكررة - كولان وكابتان الطعة العائرة سنة ١٩٤٨ بقرة ٤٩٢ .

٢٢٦ - شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري

فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب - وهذا هو السعر القانوني - وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب - وهذا هو السعر الإلزامي - وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالعملة الذهبية . بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جددت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي . فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعض قضى بصحته . وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فيميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (١) .

(١) أنظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ١١٢ - وفي معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ١٨٢ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٢٥٦ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٩١ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٣ - وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٣٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تخزي أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فبعض حكمان وهما اللذان يقرران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي بتنفيذ على الأجانب دون حاجة لتوافقة الجمعية التشريعية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، لأنها مصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي يحض على بطلان شرط الذهب فلا يعتمد على الأجانب في رأى هذه المحاكم لأنه مصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وهو =

(المرحلة الثانية) وبقي القضاء المصرى يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرخ المصرى بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهرى ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجة أو المعاملات ذات الصيغة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم فى شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً فى هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلاً فى المعاملات الخارجة ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ . لأن النص الذى ورد فى مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجة كما قدمنا . وتقول المدكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يخلل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه . وليس ذلك لأن النص عام فحسب . بل هو فوق ذلك صريح قاطع ... فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا بدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرر أمراً من أمور النظام العام ، على

= يتناقض مع المادة ٩٠٩ من القانون التجارى المختلط التى تنص بأن وفاء السكبياله يكون بالعمارة التى تذكر فيها ، ولم يوافق عليه الجمعية التشريعية . أنظر فى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ - وفى ٢ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ - محكمة مصر الكلية فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ (قضية الدين العام) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختصة فى ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل فى أعمال السيادة وذلك لتزجيم أحكامه وربت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً (أنظر فى هذا الحكم وفى غيره من أحكام أخرى نظرية العقد المؤلف من ٥١٥ حاشية رقم ١) .

ذلك النوع من الاتفاقات . عملاً بنص المرسوم المذكور وروحه . وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصاححة البلاد العامة (١) .

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيريّاً

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تنفيذ للأحكام المصرية التي هُضم بالتبيز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية تنقله فيما يلي : « اتفق لبعض الأحكام في بيان منحها في تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التي تنشأ ويكون براءتها في القصر المصري) أن تنجز — عرساً ودون أن تقيم الأدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسرى على الاتفاقات ذات الصفة الدولية . وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يفي المدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنسكرك تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنكنوت سعر رسمي إلزامي حتى في داخل القصر المصري إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صفة دولية لأن في ذلك إضراراً بلباً بالدائنين الذين يقضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المساواة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستند التمييز بين فصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسي ، وإنما جاز ذلك التمييز في فرنسا لعدم وجود حكم تشريحي يقضي بطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البنكنوت جعل لها سعر إلزامي إلى جانب سعرها الرسمي ، فكان للمعاكم مطلق الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً متسوحة في ذلك أسباب النظام العام القومي وحدهما . ورغمما من الحملات المتكررة التي حملها بعض الفقهاء على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم بطلان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصفة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإيرام الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً مانعاً إذا كان المدين فرنسويًا وصحياً حيث يكون من شأن وفاة أجنبي بدئته دخول الذهب في فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتماد صفة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصفة الدولية إطلافاً . ويرى بعض السراخ أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدته . وقد أيد قانون تثبيت التعمد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية لشرط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد ، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لقضاء المحاكم الفرنسية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانوني مقبول) غير مسلمة في جميع البلاد . فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التي نظرت في دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية للسكراب » قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) بطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات صحة الشرط المذكور ، دون أن يجعل أي تلك الأحكام الثلاثة للصفة الدولية للاتفاق أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان . ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضي على الحكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البنكنوت (وكان لها سعر إلزامي) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للسكرابات ولو نص العقد على خلاف ذلك . ومن ذلك القانون ممدولاً به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تنحرف في تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لمصها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضي بطلان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من =