

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية . وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل . كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١) .
ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ - استعراض بعض هذه الآثار : قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي (٢) . وهذه الآثار لا ترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها ترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا الإنصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء . والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

(١) وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجاً لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائر في التملك بالتادم الحمى ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشتري العقار بالتادم الحمى . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشتري يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، لأن المشتري يرت قبضة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتباره قد أوفد منه إرادة كاملة .

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ٤٠ وما بعدها .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا . ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايمة يستقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل آثاران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١ § — نظرية تحول العقد (*)

(Conversion du contrat)

(Réduction du contrat العقد انتقاص العقد)

٣٠٥ — **النصوص القانونية** : لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي :

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد (١) » .

(*) بعض المراجع : سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جايو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ م ٦٧٢ وما بعدها — بران (Perria) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بيد ليفر (Piedelievre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ م ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي مقال في مجلة القانون والاقتصاد م ٤٠٥ — م ٤٣٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنها كانوا يعلمان ببطلان العقد الأول » . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات =

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية : صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠ (١) . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدنى الجديد .

٣٠٦ - كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح :

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر . فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل - إلى التصرف الذى توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح « كميالة » لم تستوف الشكل الواجب فتحول من كميالة باطلة إلى سند عادى صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له : فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة : فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة . ومثل هذا يتصرف باطل في شيء كان

=لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضى معياراً لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكننا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكييف القانونى من القاضى يقع تحت رقابة محكمة التمس على أن يكون مفهوماً أن القاضى يبحث في النية التى كان مفروضاً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الانتصار على حذف عبارة « لو أنها كانا يعلمان بطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن المسألة نبط أمرها بالنية ، ولا محل للتفكير بعد ذلك بالعلم أو بأى طرف آخر ما دام الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضى . وأصبح رقم المادة ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧) .

(١) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألمانى بما يأتى : « إذا كان العمل القانونى الباطل يفي بشروط عمل قانونى آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذى يؤخذ به إذا قرئ نص العمل الباطل كما كان يريدانه لو كانا يعلمان بالطلان » . وبمجموع هذا النص شروط « الحذف » التى سياتى ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بإعدام الإرادة التمسكية على ما سياتى بيانه (أنظر في هذا الموضوع سالى في إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨) .

قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف ، فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ - شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المختلة إلى هذا التصرف الآخر (١) .

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل . وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً ، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة . لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تحول العقد ما يأتي :
« استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جديد) من الفنين الألماني أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانقاص التي تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يعقل نفسه عنهما ، ويبدلها من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصلي باطلاً أو قابلاً للبطلان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحول محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في عقد الأصيل الذي تم به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضي على أى تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنها تبينا ما بالعقد الأصيل من أساب البطلان . ويستثنى مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكيمية . فإذا كان يتولى عن التقدير إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما باتتات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو يتيح تقرب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المتراضة وتبنيها الحزبية . ولعل اعتبار الكيفية التي لا تتوقف ما يسمى ظاهراً الشرور الشكلية سداً أذنباً أو مجرد تعاقدي مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساهل في صدد فكرة التحويل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٥) .

فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف . بل لانتقاصه (réduction) . فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم . فتضمنت بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال . فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله» (١) . مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع قسمة الموقوف باطلاً ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطعن فى القسمة كلها أنها ما كانت تتم فى المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل فى وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف . أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للبطلان » . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهى تقرر نتيجة تستخلص فى غير عناء من النص نفسه ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١)

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من التقنينات الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألمانى وتقتنن الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (أنظر أيضاً للمادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسى والمراكشى) . وهى تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن يبعأ ورد على عدة أشياء وقع الماقد فى غلط جوهرى بشأن شىء منها ، فى كلتا الحالتين لا يعيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقتنن بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشىء الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويبطل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يتم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد (فارتز المادة ١٣٥ من التقنين الألمانى والمادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسى والمراكشى ، وهى تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية يستلزمها ألا يجرى تفسير لإرادة المماقدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠)

يدخل في نطاق قاعدة انقاص العقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتتقصص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتتقصص الفوائد إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينتقص العقد لا يتحول ما دام قابلاً للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك محل في حالة الانقصاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانقصاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا احتل هذا الشرط لم يميز التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢) .

(١) محكمة الزفازيق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ ص ٢٣٢ — وانظر في موضوع الانقاص مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — م ٤٠٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تعين الالتزامات السويسري . (٢) ومن ثم لا يعد تحولاً ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا ، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أمرى يتجمل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأخرى الذي قصد شراءه (أنظر آخراً فقرة ١٧٨) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أمرى إلى بيع شيء أمرى ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأخرى بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول .

ومحسن في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحويله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً . فعرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأخرى الذي قصد شراءه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأخرى — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي الاستئثار يجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الضرب بالاستئثار دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع العين ، فعرض ما يكتمل رفع العين =

ويجب أخيراً أن تصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصيل . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصيل ياطل . فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصيل ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر . ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا (١) .

سهر إدخال عنصر جديد فى العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال فى تسكئة الشئ إلى أربعة أخصس نحن للثلث فى بيع العقار للملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس . وجب أيضاً تصحيحاً لمقد القصة إذا كان نصيب المتقاسم المليون ما قسم من حصته إذا تحفه غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوخ إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقال العقد وهو إجبارى بمقتضى القانون لا اختيارى بإرادة المتعاقدين . ويجرى التصحيح ، كما رأينا ، بخير فى عنصر من عناصر العقد : إما بإبداله بعنصر جديد كما فى إبدال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتسكئة فى حالتى الاستفلال والغبن ، وإما بانقاس منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية وإقاس الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوخ . والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادية يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه - وتصحيح العقد غيرمراجعة القاضى للعقد . والتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقدين أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ معيماً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيماً كإقاس الالتزامات فى الاستفلال وفى عقود الإذعان ، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للسائل غير الجهورية التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وإقاس الالتزام المرهق فى نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا : استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى ، وإنما تكيف تكيفاً قانونياً غير التكيف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح . وأما إجازة العقد فهو ، كما سئرى ، استبقاء العقد القابل للإبطال بتناصره كما هى ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المحجاز على تكيفه القانونى الأصيل دون أن يكيف تكيفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول . (١) ويبر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التى قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، =

§ - نظرية الخطأ عند تكوين للعقد (*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ - كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد - وما هو جزاء

هذه الخطأ : قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ، ويضمن إلى ذلك ، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أي أساس قانوني يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

== وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح ، لو أنهما كانا يعلمان بطلان الطريق القانوني الذي اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التي قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية ، لا بالإرادة القانونية .

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذي تحول إليه التصرف الباطل . فلا تسكني الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي فتصرف لإرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هي كما ترى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً في الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لأعلى إرادة محتملة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة ، بل يكفي بانعدام الإرادة العكسية . فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

(*) بعض المراجع : إهرنج : أعماله المختارة جزء ٢ ص ١ - ١٠٠ - سالي في الالتزامات

في القانون الألماني بقرة ١٥٣ - بقرة ١٦٦ - سالي في إعلان الإرادة م ١٢٢م بقرة ١ - بقرة ٦ وم ١٤١ بقرة ٥٤ - بقرة ٦٠ - روبييه رسالته في المسئولية السابقة على التعاقد - لبرو (Legros) في المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ - رو (Roux) في التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ - هلتزاد في الالتزامات التي تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ -

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكمدبر شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل ، وكأن يلزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد . وقد يكون العقد قابلاً للإبطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد . وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجها القانون بنصوص خاصة . فالموجب الذي يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به : فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري ، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩ - نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج

(Ihering) الفقيه الألماني المعروف واجه هذا الترض في صورته المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعاه إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال المضارة التي توجب التعريض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilina) المعروف . فام يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأً يوجب التعويض . ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها (١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، ياتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد (٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ «بيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقطع الأول (ver) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه «يشترى» . فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعمييه بدلاً من أن يبيع . ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلفت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢

توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان ، فإنه يبنى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحملاه المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض .

وأما العقد الذي أخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنين . ولكن إهرنج بصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني . فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا ، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل صار يعتبر خطأ في القانون الروماني ، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا . فإذا قيل إن العقد باطل قرصاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كل آثاره ، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً . كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني (١) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصوصية هي أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلونه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ٢٨ - ص ٣٠ .

في التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif - Erfüllungs Interesse) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (intérêt négatif - negative Vertrugs Interesse) .

ويأتى إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة في فندق وتختلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد : فيدفع أجره الغرفة . أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توفئه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . - ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلاً : تاجر باع عشرة صناديق من «السجاير» ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات فى إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلاً ، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادمى فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . - وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بثلث ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً

بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكن رفضها احتراماً لتعاقده الأول . فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية . فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد . - على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعداً ، ففى المثال الذى نحن بصده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصاديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى . فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفتد مكسب ولم يتكبد خسارة (١) .

٣١٠ - أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة : وقد تأثرت بعض

القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفه الذكر . ونتعقب هذا الأثر فى القانون الألمانى بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد .

أما فى القانون الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كتنظرية عامة . بل فى مواطن متفرقة . فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة . دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة . وينتقع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب انبطلان أو القابلية للإبطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة : فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط .

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الدراسة الفرنسية) جزء ٣ ص ١٨ - ص ٢٢ .

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألماني على أن الطرف الذي يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد . دون أن يتجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل . ويتبين بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون دائماً ، استحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سوء النية ، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً . فهو محطىء في الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفروض التي قدمناها . فإنه لم يبين المسئولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسئولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا . وجعلها مسئولية مادية في الفروض الأولى .

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي ، وهو يقضى بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يعلم أن الشيء مملوك للغير . فصدر التعويض في هذه الحالة . في نظر سالي . لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية . وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد (١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية (٢) .

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني، فقرة ١٦١ — أضر أيضاً هذا المعنى بتوسع

كبير بودرى وبارد ١ فقرة ٣٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وإيمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ — ومع ذلك أنظر فقرة ١٨٩ .

مازو ١ فقرة ١١٦ — ١٢١ — هلنراند ٧٥ و ١٨٩ — من ١٩٠ .

٣١١ - رفض نظرية إهرنج والربوع إلى فكرة الخطأ التفسيري

دور الخطأ العقري : والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراراً لما ضاق القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن في سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أيا كان هذا الخطأ . فإذا ثبت في جانب من أن سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولاً ، ولن نحار في تكييف هذه المسئولية ، فهي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهي بين أمرين . إما أن تجعل قيام سبب البطلان في جانب التعاقد خطأً حتماً ، وقد يكون هذا التعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير في ذلك . فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التفسيري . وإما أن ترفض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد ونفسر عليه التعاقد قسراً ولا نمشئ في ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمى لا يستقيم لنا في كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان التقيصّر ، أيا كان القاصر . وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى يترتب إبطاله لنقص أهليته . ملتزماً بالعقد الضمى الذى يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر في العقد الضمى كما أثر في العقد الصريح ! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلاً في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمى ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصاحبة الإيجابية ينطوى على شيء من التحكم قد يصعب تبريره في بعض الحالات . كذلك الباقى من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - في كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره . والقانون الألماني ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كقاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

والأولى إذن الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد . واعتبار العقد الباطل واقعة ، فإنه قد استكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض . ويكون العقد الباطل ، من هذه الحالة أيضاً ، قد أنتج أثراً عرسياً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية (١) .

المطلب الثاني

الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ - **لاى غرض يربط العقد الباطل آثاره الأصلية:** قد يربط القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية ، بل باعتباره عقداً . فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة . يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لاسيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل . فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبنى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون ، الذى تدرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها لا يمتد أيضاً لإشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

٣١٣ - **أمنه من عقود باطله يرب آثارها الأصلية :** ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه . فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطله ، ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطلان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطلانها . وهذا

(١) فازن الدكتور حلمى بهجت بدوى في أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٩ - ولا ينبى عن المال أننا ، وقد جعلنا المسؤولية تقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسؤولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ونجب أيضاً أن نلاحظ أن الخطأ التقصيري يختلف عن الخطأ التقديري في الأهلية وفي مدى التعويض وفي الإعذار وفي التضامن وفي الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية ، وسيأتى على ذلك الكلام عند الكلام في المسؤولية التقصيرية .

الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .
ووجه ذلك أن الشركة التي قضى ببطلانها تعتبر في مدة السابقة على الحكم
بالبطان شركة واقعية (société de fait) . تنتج الآثار التي تنتجها الشركة
الصحيحة . ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً . ويخفى الشركاء الربح
ويتحملون الخسارة . ويقتسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها
في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه «يبقى
قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند
ملكه أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن
حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» . ويتبين من هذا النص أن عقد
الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكه قد
أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً
عليه آثاره الأصلية . ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .
وشبهه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكه . فإن أعمال الإدارة التي صدرت
منه قبل الفسخ . وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ،
تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعي . وذلك حماية لاستقرار
التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصوري . وهو عقد لا وجود له . ومع ذلك يقوم
بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري
تصرفات الوارث الظاهر . فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك
تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم أمام القانون
(error communis facit jus) .

المبحث الثاني

الإجازة والتقدم

٣١٤ - مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث

الإجازة والتقدم : العقد الباطل لا وجود له منذ البداية . فلا يتصور أن
تأخذ الإجازة أو أن يتقدم لدفع بطلان . أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته

الأولى، كما رأينا. يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالنزول عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانتضاء مدة معينة دون أن يستعمل. وهذا هو التقادم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم (١).

ونفصل الآن ما أجملناه.

المطلب الأول

(Confirmation) الإجازة

§ ١ - العقد الباطل

٣١٥ - العقد الباطل لا تلحقه الإجازة : نصت الفقرة الأولى

من المادة ١٤١ من القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً لاجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان : وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها : ولا يزول البطلان بالإجازة» (٢).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم. والعدم لا يصير وجوداً ولو أجزى. وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان، فهي تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقدين القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها مبرهنة عن العيب ، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يستند . أو ينطو على الماضي ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلاً من يشترى عقاراً كان قد سبق لمالكه يبعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التي تلحق بها صفة التصبر المدني ، فيظل مرتكبهما مشمولاً عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة التعاقد الآخر للتعاقد ، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المشاورة . (ج) ومادام العقد المطلق البطلان معدوماً، أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم . وعلى التمييز من ذلك بعدم البطلان النسبي بانتضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو بانتضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال قس الأهلية أو تمييز العاقل أو التدليس أو انتطاع سلطان الإكراه . ٢ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

(٢) أنظر تاريخ النص وما يلي (فقرة ٣١٩ في الخامس) .

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل ، فلا يجوزهم أن يسردوا ما سلموه » . فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذي يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا . فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها . بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته . التزام طبيعي ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسرد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعي (١) .

٣١٦ - ولكن يجوز عمداً من جدير : وإذا كان العقد الباطل

لا تلحقه الإجازة . فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection) (٢) . فالإجازة . كما سنرى ، عمل قانوني صادر من جانب واحد هو الحيز . ولذا أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد الخجاز . أما عمل العقد من جديد فيقتضي توافق الإرادتين لأنه عقد جديد . ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافق الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد . ويكتفى بتوافرها في الحيز وقت الإجازة .

٢٨ - للعقد القابل للإبطال

٣١٧ - العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة : نصت المادة ١٣٩

من القانون الجديد على ما يأتي :

- ١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .
- ٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد . دون إخلال بحقوق

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية لوضعية بأن الهبة باطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ يثبت عنها التزام أدبي في ذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أودع لا يستطيع استرداده ، ومعنى أنه يتقلب التزاماً مديناً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣) .

(٢) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification) . بإقرار العقد عمل قانوني صادر من جانب المقر ، وهو من الغير ، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً في حقه . كأنك يبيع الغير للسكة ، وكلوكل بقر عقداً أبرمه التوكيل محوراً فيه حدود الوكالة .

تعير (١).

وقد قلنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً ، دام بطلانه لم يتقرر . وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال . فإذا لحقته الإجازة استقر .

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد . فلا حاجة لاقتران قبول بها . ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢) .

والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فنأقصر الأهلية ومن شاب رضاه عيب مما إذا كان تصدر منهما الإجازة . ومنها ما يقضى به المنطق القانوني ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان . ولا يترتب عن الحق إلا من يملكه (٣) . ويجب في المميز وقت الإجازة أن يكون كامل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التقيدي على الوجه الآتي :

« ١ - العقد الباطل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتنحصر الإجازة على الأخص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وعموماً بذلك . ويشترط لإحراز العقد أن تكون مبررة . وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة دائماً خارجة عن كل عيب . ٢ - وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بخصوصه . » ، في حصة المراجعة حوز النص تعويبراً لفظياً ، وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانونيين الذين نقضوا . « مع تعديل أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتي : « نزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » ، مع حذف بقية الفقرة لأن في القواعد العامة ما يفي عن إيرادها . ثم نقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتساءل الرئيس كيف نحل الإجازة بحقوق الغير . « يجب أن ذلك يتحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قبالاً للآخر . فمرأى البائع إجازة هذا العقد ، المشتري الثاني يجب حمايته لأن التصرف الثاني يعتبر بمثابة سائر من حق الإجازة ، ولذلك يجب عدم نقض الإجازة في حق المشتري الثاني وبعد مناقشة طويلة انتهى رأي اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية . تضمنت عبارة « دون إخلال بحقوق الغير » ، وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في المتن المحدد . وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس النواب على المادة كما اقترحتها لجنة . (مجموعة الأعمال التضيرية ٢ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) .

(٢) استضافت منتظت في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وضد بيع ملك الغير ، إذ يجوز به أن تصدر الإجازة من المالك المختار مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . ويفسر هذا علة البطلان في بيع ملك الغير ، وحتى يرجع إل أن هذا البيع لا يفتقر للملكية أو الشئى ، فإذا أحراز المالك الحق في العقد لم يعد هناك ما يبرر إبطال الملكية ، بقضى علة البطلان ، بطل .

الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يجيزه . وألا تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة . غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان . فناقض الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية . فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجارته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب . حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الإكراه صححت الإجازة بعد ذلك .

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي) . بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح . بشرط أن تكون نية المحيز في الإجازة واضحة (١) . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان (٢) . أو بإتائه عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (٣) ، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين (٤) . وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر

-
- (١) استئناف محتلف في ١٧ بونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ - والتون ١ سنة ١٤٩٠ .
- (٢) استئناف محتلف في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ .
- (٣) كبنائه على الأرض التي اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف عيب الذي شاب عقد القسمة يعتبر إجازة صنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧) - كذلك بعد إجازة ضمنية للقسمه استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربح الجزء المفرز الذي وقع في نصيبه في قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .
- (٤) استئناف محتلف في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢١٥ . وتصرف البائع في ضمن إجازة صنية لبيع قابل للإبطال (استئناف محتلف في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . وسمح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكله بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية لتفقد الوكالة (استئناف محتلف في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤) . وتصرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد لآبيه في طلب قسمة عقار لم يسهل حره سمة لثمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية مثل بلوغ القاصر سن =

غير المحجيز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يبثها بجميع الطرق ولو بالبيئة أو بالقرائن (١) .

٣١٨ - أثر الإجازة : وإذا أجزى العقد القابل للإبطال ، زال

حق المتعاقدين التمسك بإبطال العقد ، واستفرو وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن ، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن (٢) .

= الرشد (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٧٥) . واستحجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ من ١٢٣) - ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ من ٤٥) - ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مبهامت المدّة ، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٤٦) - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م (٣٨ من ٤٧٢) ، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بني سويف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ المحقوق ١٥ من ١٣٣) - ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع التعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٨٥) ، ولا دخول التعاقد في مفاوضات للصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختاطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ من ٤) ، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال مادام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ - غارن دي هلتس ١ انظ (confirmation)

فقرة ١٢ .

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على التضييق الآتي : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشتري ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري ، وبعد إجازة انبثق تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١) . هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يبشر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ من ٤١٨ - بودزي وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

والإجازة لا تناول إلا العيب المتصور بهذه الإجازة . فإن كانت هناك عيوب أخرى بى باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقدا قاصر وكان واقعاً فى غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية . بى له الحق فى إبطال العقد للغلط .

المطلب الثانى

التقادم

§ ١ - المقدم الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تسقط بالتقادم : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتى : «تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد» (١) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بقرتها) : ورد هذا النص فى المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «للتقادم وللخاف العام والحاس والدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة ، كما أن للحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا تلغفه الإجازة ولا يزول بالتقادم» . وفى لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة «كل ذى مصلحة» لأنها أكثر شمولاً من التعبير الوارد فى النص الأصل . وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط . مثال ذلك هبة باطلة شكلاً إذا لم يسلم الواهب الشئ . الموهوب ، ومضى على الهبة أكثر من ١٥ سنة ، ورفع الموهوب له دعوى يطالب بالموهوب بمقتضى عقد الهبة الباطل ، فلو وافق أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواهب فى هذا المثل قد سلم هبة للموهوب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى بطلان الهبة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضى ١٥ سنة من وقت الهبة . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المنسقط ، لا التقادم الكسب الذى يقتضى أن الموهوب له بعد تسليم الهبة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتى : «تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به» ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة «دون الدفع به» من الفقرة الثانية لأن من المنطق عليه أن الدفع لا تقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم . والعدم لا يتقاب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم (١) . ولكن القانون الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية (٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين (٣) ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد (٤) . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فعكس المشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً الى القانون الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية (٥) .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دهنراً طويلاً ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلاً . ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ - ولكن الرفع بالطمأننة لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد

الباطل لا يتقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلاً ، ولم يسلم الأرض للمشتري ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشتري ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء

(١) نظرية العقد المؤات فقرة ٢٥ .

(٢) نفس فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥ .

(٣) بلائيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا النهى الدكتور حلى بهجت مدوى بك فقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نفس المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها . وقد سبق ذكرها فى

هادس هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٠ - ٢٥٣) .

خمس عشرة سنة . لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري : ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشتري فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض . ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب . وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية بسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق . وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل : وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سنرى . وفى المثل الذى نحن بصدده ، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى ، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض ، لاعن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عنه .

فقد التنازل حذو في السنة ذات المبيع ، نوضح على التشرى حقه في استرداد التمس .
فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان . بل إلى التقادم المكسب
لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١) .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٢١ - الدعوى والرفع بسقطته بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من

القانون الجديد على ما يأتي :

« ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » .

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، (٢) .

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يتم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان لطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال من اليوم الذي يتم فيه العقد . وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد . ٣ - وتسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إقاص الالتزامات في حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد . وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات انقطعه وأصبح رقم المادة ١٤٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني مجلس الشيوخ حذفت من الفقه الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديدة) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٩)

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع (١) . وهكذا يستمر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددًا بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز . يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقدم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقدم من حيث حقوق الغير . فقد قدما أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقدم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عبثاً ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقدم البطلان ويؤول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقدم البطلان رتب على العين رهناً . ثم تم التقدم ، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقدم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقدمها في العقد القابل للإبطال . فقد قدما أن تقدم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقبل العقد صحيحاً . بل يبني العقد باطلاً . ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقدمها . أما تقدم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقبل العقد صحيحاً كما رأينا . ويبني العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٢٢- مرة التقدم : وقد كانت مدة التقدم في العقد القابل

للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبني في خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك

(١) ويلاحظ أن اندفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن اندفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستخذ ، من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يقيسها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقدم ، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقدم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقدم ، لأنه دفع والدفع لا يتقدم .

حجر : ثلاث سنوات فقط . يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته . أو من وقت انقضاء العلق أو التدليس . أو من وقت انقطاع الإكراه . بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم يكشف العلق مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة . فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انقشاف العلق ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم .

وقد حذا القانون الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة . أما القانون السوري الجديد فقد أمعن ، كالقانون السويسري ، في تقصير مدة التقادم في البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسرى أن القانون المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستقر العقد في خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة . وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأ بإرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته في العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) ، فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية القياس الزمني وناحية مبدأ السريان

٣٢٣- - سريان مدة التقادم الجديده على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون

الجديده : ولما كان القانون الجديده قد قصر مدة التقادم في البطلان على النحو الذي قررناه . فإن هذه المدة القصيرة هي التي تسرى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل نفاذ القانون الجديده إذا كان التقادم وبها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون . وذلك ما لم يكن الباقي من مدة التقادم المقررة في القانون القديم أنقصر من المدة التي قررها القانون الجديده (٨٥ جديده) . ويتضح ذلك في المثال الآتي : قاصر أبرم عقداً في أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك القانون الجديده ، في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد ويقدم البطلان فيه لا يزال سارياً . إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أي في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب في هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التي قررها القانون الجديده . وهي ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانه من وقت العمل بالقانون الجديده . أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقادم في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديده . لا في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ . وكان قد أبرم العقد قبل ذلك ، فإن التقادم يتم في هذه الحالة في ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم ، لا في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديده (١) .

المبحث الثالث

تقرير البطلان

(دعوى البطلان)

٣٢٤- - مسائل مهمات : يعيننا في تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً :

(١) من الذي يتمسك ببطلان العقد . (٢) وكيف يتقرر البطلان . (٣) وما

(١) أنظر في كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديده . ونعمود لتطبيق هذه المادة في شأن التقادم في العمل غير المتروك . ويقاس تطبيقها في شأن التقادم في الإبراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين .

الأثر الذي يترتب على تقريره .

المطلب الأول

من الذي يتمسك بالبطلان

٣٢٥- العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : في العقد الباطل يجوز

أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما في العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر (١) .
ونفصل ما أجملناه .

§ ١ - العقد الباطل

٣٢٦- النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١

على ما يأتي :

«إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ،
وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة» (٢) .
وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً في تعيين ذوى المصلحة الذين
لهم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على
أن «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فإدام
البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد
المعدوم — فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً في التعاقد ،
كالستاجر مثلاً في حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاً تاملاً ، بل ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء
نفسه . أما البطلان النسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذي
يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدى يقضى في المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى
سبباً للبطلان المطلق أو النسبي يكون عليه إثباته » ، غذف هذا النص في المشروع التمهيدى لعدم
الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ٢٥٥ في الهامش) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ في الهامش .

لواردة في المادة السابقة .

٣٢٧- يتمسك بالبطانون كل زى مصلحة والمحكم من تلفاء نفسها

أنه تقضى به : العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع . وقد تقضى الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى . وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى . فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك (١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة . دون قيام هذا الحق . لا يكفي . فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع . والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائما كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة . وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالرهن من البائع يطلب انبطلان حتى يسلم له حق الرهن . والرهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان

(١) محكمة الصلوة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢

حتى يسرد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان . لا عن طريق استعمال حق مدينتهم بالدعوى غير المباشرة . بل بمقتضى حق مباشر لهم . فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائتون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني . والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ - متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن

طريق الدعوى . فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك في أى وقت كما سبق القول . ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٢٩ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد

على ما يأتي :

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد . فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ،

(١) استئناف محتلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ سر ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان للتلط ، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذي جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات (قديم) إيدأؤه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، إنما هو الدفع الحاس ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى و بطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود ، لأن الدفع يكون عنده من الدفوع الموضوعية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (تضمدنى في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٣١٣ ص ٥١٠) .

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الهامش) .

فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٣٠- لا يتمسك بالبطوره إلا المتعاقد الذي تقرر البطوره لمصلحته :

العقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان (١) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد . وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمنتضى حق مباشر لهم ، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة . كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطوره : ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى

أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي يبيناه في العقد الباطل .

(١) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون المقدم لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، تصح إجازته وبزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان المقدم باطلا لا حاز ذلك .

المطلب الثاني

كيف يتقرر البطلان

§ ١ - العقد الباطل

٣٣٢ - **لامهجة إلى حكم تقرير البطلان**: لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم يبطلان البيع أن يتصرف في المبيع ، فهو لا يزال في ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

٣٣٣ - ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالمحصول على حكم :

وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان . ويعرض هذا في بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، في مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر

على الكشف عن بطلانه .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٣٤ - لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالنقض: أما العقد القابل للإبطال

فله وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه . ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي . أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد . أي ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً . فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد . وليس له حق التقدير الذي سراه له في حالة النسخ (١) .

٣٣٥ - فهو يتقرر بإرادة منفردة : ويتبين من ذلك أن المتعاقد

ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد . فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك لكل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري (٢) . وقد كان المشروع النهائي للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ويكفي لإبطال

(١) استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألماني بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتنص المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أُجيز إذا كان الطرف الذي لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطائه ، أو دون أن يتخذ مادمه ، وتسرى السنة من وقت اكتتاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للژوليه ص ٦٤٨ هـ من رقم ٢ وهامش رقم ٣)

العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدلته . فإذا تم الإعلان عن هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعهما في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، ونخباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية» (١).

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٢٣٦ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد

على ما يأتي :

(١) كان هناك نصاب في المشروع التمهيدي هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجران على الوجه الآتي : « م ١٩٦ - ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتسكروا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة . وهذا البطلان تلحقه الإجازة ويزول بالتقديم . م ١٩٧ - ١ : يكفى في تقرير البطلان النسبي إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً - ٢ : وإذا كان العقد باطلاً إعلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان - ٣ : على أن لإبطال العقود النافذة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وفي لجنة المراجعة أدمج النص في مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وزد في مكان آخر ، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعهما في خلال سنة ، وبعد تحويل في اللفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملي من التقرير الفقهى ، فأصبح النص في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجرى على الوجه الآتي : « ١ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتسك بهذا الحق . ٢ - ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعهما في خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة في ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ونخباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لحنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ - ص ٢٤٠) .

١ - في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .
٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية . إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (١) .
ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ - إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويضاً يعادله . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد .
٣ - لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للأداب أن يسترد مادمه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تنمى مع منطوق البطلان . فأصبح النص مطابقاً لأوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٤ - من ٢٥٩) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « يد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتسك به . وتنتج القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره ، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه ، دون أن يحل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي (وقد اتبع المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا) . ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمتنقى العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاً حالة ناقص الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لتواعد الإنهاء بلا سبب . والثانية حالة وفاة أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للأداب ، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . وعلى هذا النحو أجاز المشروع وجه الحكم في مسألة أثير بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التفتيش الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التفتيش البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإجمالي ، والمادتين ٧٧/٧٢ من التفتيش التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من التفتيش الألماني ، والمادة ٦٦ من تدوين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٣٢ من التفتيش البولوني ، والمادة ٩٧١ من التفتيش البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من التفتيش الصيني ، والمادة ١٤٧ من التفتيش السوفيتي) .

٦٩- غيابين المتعاقدين

٣٣٧ - نوال كل أثر للعقد : إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (١) ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التصهيرية لا المسؤولية العقدية .

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه . رد للمشتري المبيع إلى البائع . ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يردّه إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقداً أعطاه إنمسا يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه (٢) . حكم القاضي بتعويض معادل . فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التصهيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه . وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التي استوفها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها . وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية ترتب على العقد الباطل .

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضى — كما سئرى عند السلام في دفع غير المستحق — بأن يشتري إذا كان حسن النية ، أي يعتقد أنه تسلّم ما هو مستحق له ، فلا يكون مشوّلاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آل إليها عند التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشتري سيء النية ، أي يعلم أنه تسلّم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يفديه من هذه المسؤولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (قارن نظرية العقد للدولف ص ٦٥٣ هامش رقم ١) .

بقي أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية .

٣٣٨ - مائة عدم المشروعية: (*) اشتمل المشروع التمهيدى للقانون

الجديد على نص في هذا الصدد . فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . فحذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي « لأنها لا تتماشى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان تقضي في العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شيء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية في العقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالاً ليؤده له ماسرفه منه . فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما في الرشوة والاتصال الجنسي غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك . فإن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده . لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه . فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur proprium turpitudinem allegans) . وقد أحرم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بآديء الأمر (١) .

(*) أنظر في هذا الموضوع وجيز (Wagner) في بطلان السبب غير المشروع رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ - أرييس (Arbus) في السبب غير المشروع رسالة من مونتبييه سنة ١٩٠٣ - ساتينيه (Savater) آثار الواجب الأدنى وجزاؤه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ من ص ٢٣٩ وما بعدها - كابتان في السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - والتون ١ ص ٣٤٧ - ص ٣٥٤ - الدكتور حلفي بهجت بدوى بك في مقال له في مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٣ .

(١) بوليه ٦ فقرة ١٢٦ و١١ فقرة ٦٢ - ١ أوبري ديوي ٦ فقرة ٠٤٦ مكرر ص ٣٢٢ خامس رقم ٨ - لارومبييرم ١١٣٣ فقرة ١٠ .

ثم تحول عنها لأن مشروع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه (١). أما القضاء الفرنسي فقد كان يدرمها كذلك . ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها . وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب (٢).

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة (٣) . ولم يخرج عليها إلا في أحكام قليلة (٤).

- (١) ديمونوم ٢٧ غرة ٤٣ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٣٩٢ —
بنوار من ٦٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ من ٨١٠ .
(٢) أنظر تحليلاً تفصيلاً في القضاء الفرنسي في كايتمان في السبب فقرة ١١٥ — فقرة ١١٨ .
ويستخلص كايتمان من استمرار القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية في جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام . ويذهب في ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يلقى أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تسئل بعدها من مثل هذه القضايا اللوثة ، فلا تحكم فيها بقبول أو برفض : أنظر بنوع خاص في هذا المعنى محكمة بوج الاستثنائية في ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستثنائية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سبيرة ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وأنظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المشروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١ دالوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ .
(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ من ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ من ١١٥ — وانظر في القضاء المصري تفصيلاً نظرية القصد للمؤلف من ٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ، ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢ من ٤٣٥ — ٤٣٦ . هذا وقد ذهب بعض الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانوني ليس له أن يطلب استئصال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ من ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٦٢ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٨٨) . ذلك أن المدين الذي دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، والملوث هو الدائن الذي اضطر المدين إلى ذلك (أنظر في جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط في ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد) .
(٤) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣/٨٥ من ٢٢٤ — وقضت محكمة الطائرين الجزئية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (البيانات ١٣ رقم ٣٠٧ من ٦٠٣) بأنه وإن اختلف الآراء في جواز استرداد ما أدى تنفيذاً لتعهد قائم على سبب مخالف للآداب أو للنظام العام ، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأي القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدي حتماً إلى إقرار حالة يأبأها القانون ، لأن حرمان أحد العاقدين من استرداد =

وقد أخذت التفتيات الحديثة بانقاعدة الرومانية ، من ذلك النصين الألمانى (م ١١٧) وتنين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى لإبطل (م ٢٧ فقرة ٢) (١) .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة التفتية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معينة من الوجوهين المنطقية والعملية ، فنطق البطلان بفضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل . وإذا كان الرومان يأمون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته . فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ ، حتى استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (*condictio ob turpem causam*) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث . ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجه المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فإدام الغرض بحاربة العقود غير المشروعة ، فلن يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر - كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر - أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا

== ما دونه عقاباً له على ما فرط منه من أنه يمكن العائد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تبدليه أو خروجه على الآداب العامة . ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا ترتب على العقد الذى الب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وبكى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدرجه فى المعامد حالماً للقانون والآداب .

(١) وأخذت بها بعض التفتيات الأقدم عهداً : القانون النساوى (م ١١٧٤) والقانون الإنسانى (م ١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ - ٦٩٢) - ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للحزبة تصرفه فى أغراض خيرية) .

غائلة القانون !!

لذلك أحسن القانون الحديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه . وقد حذف في المشروع النهائى كما قدمنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطوق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر : فإن القواعد العامة تكفى في معالجتها ، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاه إياها . وهو يريد الآن استرداد هذا المال . في مثل هذه الحالة لا نتردد في إنكار الاسترداد عليه . وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً . ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع (١).

٣٣٩ - مائة نفس الأهلية : وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص

أهلية أحد المتعاقدين . وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، كما نقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الحديد في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به» . وسيأتى بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق .

٢٤ - بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ - تأثر من الغير بالبطالة : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة

فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير . فإذا رتب المشتري على العين التى (١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التى يجب اتباعها في صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها في ظل القانون القديم . أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذى أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد . ويسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما حثت عليه الكثرة من الأحكام

اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، ثم تقرر بطلان البيع . فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك لو باع المشتري العين من آخر . فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

٣٤١- وجوب تسجيل دعوى البطلان: على أن البائع في المثل المتقدم ،

حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نقاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى» . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سىء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سىء النية . ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر - وليس هنا مجال التفصيل في ذلك - فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» .

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ - نسيئة آثار العقد من حيث الاستصحاب ومنه حيث

الموضوع : اذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة . ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزم به .

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولاً) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلاماً من هذين الأمرين .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ - المتعاقراه والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا

المتعاقدين . ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فتحن نبحت : (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ - الخلف العام والخلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول

أثره إلا المتعاقدين ، يجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين .

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب . بل المقصود هما ومن يمثلهما
في التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك
إلى الخلف العام . وقد ينصرف إلى الخلف الخاص (١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص
في دتمته المالية من حقوق والتزامات . أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من
المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها . والخلف الخاص
(ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة
بالذات أو في حق عيني عليها . كالمشتري بخلف البائع في المبيع ، والموصى
له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمتنفع بخلف المالك في حق الانتفاع .
والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه
أثره على التفصيل الذي نذكره فيما يلي .

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على

ما يأتي :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد
المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سيذكره في الجزء الثاني عند الكلام فيما
يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التهديد نصاً
هو المادة ٢٠٢ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « ينتج للعقد على دائني المتعاقدين
إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً . لحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه
مذكورة بالتفصيل في نصوص تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧٥ في الهامش) .
وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتي الكلام في الدعوى الثلاث المرفوعة : الدعوى
غير الناشئة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي
في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٦٨ - من ٢٦٩) .

وانصرف أثر العقد إلى الدائن لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة
إلى العقود التي يبرمها مدته في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

نص القانون أن هذا الأثر لا يصرف إلى الخلف العام « (١) .

٣٤٦- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص المقدم

أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشأ عنها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية - وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضي بالأثر تركه إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبرر الالتزام في التركة . دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضي . ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥-٩١٤) تنظم سداد ديون التركة . وتكفل حقوق دائئها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد . فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له ، عليه (٢) ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً) ، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظي تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧١ - من ٢٧٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلامة القانونية شخصية بحتة . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع . وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يترتب العقد من حقوق والالتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملاً . بيد أن حكم الالتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يتقدم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧٢) .

(٢) وسرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، ولا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ .

٣٤٧ - متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً :

على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥ . وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً ، وهي ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حتماً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد . فلا ينتقل إلى الوارث من بعده . صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً لنظام العام أو للآداب . فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته . فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأتي أن ينتقل من المتعاقد إلى خاتمه العام . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقتضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بتمتضي عقد على إيراد مرتب طوال الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقتضى انقضاءه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولو حظت فيه شخصية الملتزم أوصفة خاصة به ، ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقتضى بالألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما قفصت به المادة ٥٢٨ من أن

(١) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يبتقى من أرباح الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا في حدود الوصية .

الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن
للإنجور تنقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة أو لاعتبارات
أخرى تتعلق بشخصه . وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى
بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل
أو الوكيل .

٣٤٨- متى لا ينصرف أثر العقر إلى الخلف العام باعتباره من الغير :

وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون
يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد
بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث في
هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات . فالقانون يبيح للمورث
التصرف في جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا
التصرف بالورثة . وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف في
ماله لما بعد الموت بطريق الوصية . وهو تصرف لا يكلفه شيئاً في حياته ،
فيتحكم بذلك في حظوظ وراثته تحكماً يأباه النظام العام ، فإن القانون -
والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه
المسألة - يتقدم لحماية الوارث ، ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيح له
أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف
صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو في مرض موته لوارث
أو لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى في
حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع
حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ . فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى
عهد كان المورث فيه غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم
أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن

(١) وهذا بخلاف أن فإن القانون يجبه أكثر مما يحسى الوارث ، فلا يبيح للغير
أن يتصرف في ماله ولو وصية إذا قصد الإضرار بالذات . وفرد ما بينهما أن الوارث يتلقى
المال من غير عوض ، أما الذات يتلقاه بعوض .

العقد قد صدر في مرض الموت . وقد نص القانون الجديد عن ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (١).

المطلب الثاني

الخلف الخاص (*)

٣٤٩ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من القانون

الجديد على ما يأتي :

«إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى

(١) وقد قضت محكمة النفس بأنه لا يمتد الوارث فائتاً مقام المورث في صدحجة التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة حلول هذا التصرف من محل طعن ، فإذا كان التصرف بحسب حق وارث في التركة عن طريق العس والتدليس والتجمل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتد من الأعيان ، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعه بكتابة الطرق (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ من ١٥٠). وبلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ العرفي للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير ، ولا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ النات للتصرف - وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف في مرض الموت إما أن يكون بحجر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأعيان ، ولا عبء في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يجعله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ مدني (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت . وظاهر أن هذا ترحيب يمنح للوارث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرف بحيث إذا لم يتم إثباته كان التاريخ العرفي المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بالحامدة ٣١ رقم ١٣٣ من ٣٥٧ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر السككية الوطنية في ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ بالحامدة ١١ رقم ٣٧٨ من ٧٤٠ - استئناف مخلط في ٨ مايو سنة ١٨٩٠ من ٢٤٠٩) .

(*) أنظر في هذا الموضوع مقال الأستاذ لبارنييه (Lapargneux) في مجلة القانون المدني النصلية سنة ١٩٢٤ من ٤٨١ - من ٥٨٣ - وذلك الآخر للأستاذ حامد فهمي (باشا) في حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاس في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية الصدق الرابع من ٤٤ - من ٦٥ .

خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه» (١) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد . فإنه — كما تقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا «تأصيلاً لتطبيقات القضاة المصريين والفرنسى في هذا الشأن» .

٣٥٠ — وضع المأنة بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف

أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . ويحسن بادىء الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء . والشيء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشيء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به . وهذا استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنته . وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استنباطه فى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٥٠ — ووافق عليه مجلس النواب — وفى لجنة القانون الذى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « إذا أنشأ العقد حقوقاً والالتزامات » عبارة « إذا أنشأ العقد الترتيبات وحقوقاً شخصية » لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها العقد . وحذف من النص الأخير من النص عبارة « أو يستطيع أن يعلم به » حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به بدقة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها لجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٥ — ص ٢٧٨) .

فلا يكون خلفاً خاصاً له . بل يكون دائماً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له (١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حتى شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقابلة ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢) .

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه . كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها . فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهي أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ،

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يقطع في تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، كما إذا باع المؤجر العين متوافقاً مع المشتري حتى يتخلص من حق المستأجر . فرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ .

(٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي ، كعقد أو وصية ، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دي هندس ١ في الخلف فقرة ٢٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠١ - قرن لايبورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها) . والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادي ، فغير وحده الذي ينشئ مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى .

فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في الضمان العام للمقرض ، وليس للمقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) .

ونأتي بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصددتها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه . فهل ينتقل للمشتري حق البائع في التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين . ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثان . فهل ينتقل إلى المشتري الثاني التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١- متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع القانون

الحديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لما جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور القانون الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستزمات الشيء إذا كانت مكتملة له . كما تعتبر الالتزامات من مستزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « الخلف الخاص هو من يكسب من ينخلفه حقاً عينياً على شيء معين . كالمشتري والوهاب له والمنفع ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للملكية الشيء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يمتد أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا كان المستخلف - في ذلك الوقت - (أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ الحامدة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٥٢٨) .

المكلمة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من تواج هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه . لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك . ومن ثم كانت الحقوق المكلمة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات هذا الشيء . تنتقل معه إلى الخلف الخاص . وننظر الآن في تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين .

٣٥٢- الحقوق المكلمة للشيء: الحق، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف،

يجب أن يكون مكملًا للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

(١) الحقوق العينية التي ترتب لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قدرتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين . فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق (١) .

(٢) الحق الذي يكون تأمينا للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً . لأن التأمين يعد مكملًا للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول اللدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك (٢) .

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملًا لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق . ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون الدني لمجلس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكان التأمينات دعاوى الفسخ فهي من شأنها تأكيد الحق ، فالمحال له بالتأمين ينتقل إليه الحق الناتج في السح إذا لم يتوب الثمن من المشتري ، بخلاف دعاوى البطلان فهي لا تنتقل إذ هي نتان مع الحق لا تؤكد . كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تمييزي بالدين الجمال به (محكمة استئناف أسبوط و ٩ مارس سنة ١٩٤٨ الجمادة ٢٨ رتبة ٢٨ ص ١٠٤٨) .

مع المنزل المشتري (١). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين (٢).
ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق
أو ضمان عيب ، فالبايع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في
الضمان (٣). ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر
للمتجر أو في تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ،
هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملّة
للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكلاً للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف .
وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف
أو درء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض
التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق
صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوى إليه السيارة (جراج) : فإذا باعها
لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن
يعان بتفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضي بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيد
معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصري
والظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف
(حكمة مصر الوطنية مستعجل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ -
استشاف مختلط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٣ : ص ٣٥) . ولكن الذكرّة الإيضاحية
لتشروع التبيدي تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : «... أن تكون المخدود والالتزامات
الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق
مكلاً له كعقود التأمين مثلاً ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو
الحيان في الالتزام بعدم البناء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٥) . انظر أيضاً في هذا
المعي ونوياً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٣) وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمن الاستحقاق أو بضماد
العيب أو بأي ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان .
بأن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع للبائع .

عليها مستثنى منتقلا ، وتعاقداً مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستثنى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستثنى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستثنى لا بالأرض التي يبعث . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبني المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ - الالتزامات المحررة للشيء . والالتزام : حتى ينتقل من

السلف إلى الخلف . يجب أن يكون محدداً للشيء (١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف : (١) الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبته السلف التزاماً شخصياً كالإتزام المؤجر : بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا بنص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (٢) .

(١) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان القانون الأدنى القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضي بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة في تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فلجأ الفقه إلى قاعدة الاستزاط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الدائن (نظرية العقد للؤلؤف ص ١٤١ : هامش رقم ١ - فارناندكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما في القوانين الجديدة فلا حاجة بنا إلى هذا التصوير بعد أن اعترف هذا القانون بحوالة الدين ونظمها في نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح الآن يكفي وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تحت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدمه لا ينتقل إلى المشتري للمتجر ، فلا يجبر المشتري على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك . ويبقى البائع وحده مسؤولاً نحوهم . كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشتري - هذا ويلاحظ أن المتجر في ذاته مجموع من المال . ولو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لاشفقت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري ، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال . ولكننا نعتبر مشتري المتجر خافئاً خاصاً بالثمن ، لأن المتجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون شيئاً معيناً وليس بجزء شائع في هذا المجموع .

(٢) الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حدمعين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاعات عينية ، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاعات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(٣) التزام السلف الذى يفرض على من استعمل بعض حقوق المالك . كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة (١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذى انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا ينتقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالإلتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والالتزام بائع السيارة نحو صاحب الجراج لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق (٢) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذى

(١) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة ، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتري ثان ، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشتري الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ - ٣٣٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٢٧) .
ويقع أن تباع الحكومة أرضاً ، وتشرط على المشتري أنها ، إذا زرعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلزم إلا برد الثمن فقط ، فإذا باع المشتري الأرض لشتر تار التزم المشتري الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري الأول .
(٢) وبموجب النول بوجه عام إنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

انتقل إلى الخلف من الضرر . سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته (١) .

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وُهب لبائعه ، على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته ، قضاء شيء من ذلك .

٣٥٤ - ومبوء علم الخلف بالالتزامات والحقوق متى تنتقل إليه : ويغني عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه .

ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع انتمهيدى والمشروع الهانى للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم : ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به (٢) .

ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ - الخلف قد يكره من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا في أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

(١) استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ - ولا ينتقل للمشتري الالتزام الذي نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع العين للمشتري .
(٢) أنظر الأعمال التحضيرية التي سبقت الإشارة إليها آخراً بقسرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨) .

فالخلف العام يكون من الغير . كما رأينا . إذ أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت ، فلا يسرى التصرف في حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الائتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له .

ونتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هي ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف ، عاما كان أو خاصا ، يصبح في أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية .

٣٥٦- الغير الأجنبي أصلا عن العقد : أما الغير . الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذي يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى في حق بقية الورثة . والعقد الذي يصدر من أحد الشركاء في الشيوخ لا يقيد بقية الشركاء إلا في حدود الفضالة . ويبيع ملك الغير لا يسرى في حق المالك الحقيقي الذي لم يكن طرفاً في العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هي دعوى أحد المتعاقدين على الآخر في عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص في القانون . من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن يندره المؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هي دعوى المستأجر الأصلي في عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً في هذا العقد . وكذلك يكون للمقاولين

من الباطن وللعمال الذين يشتغنون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العدل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) . وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وسنعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام في الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ، وكالإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال . ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرد المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو منبى على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراداه المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد ، إذ تقول : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠١ — ص ٣٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « الأصل في العقود أن تقتصر آثارها على عاقدتها . فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف حقها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢) .

وبنابل هذا النص في القانون الجديد النصوص الآتية في القانون القديم :

« م ١٤١/٢٠٢ : لا يترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدتها ... »

« م ٢٠٣/١٤٢ : لا يترتب على المشاركات ضرر لغير عاقدتها ... »

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في دمنه التزاماً .
والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير . ويكسبه حقاً .
ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير .
(٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير (*)

(Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — **النصوص القانونية:** نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده .
فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (١) .

(*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتييه (Savatier) في (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ١٠٠ — نظرية المقدم للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سبيت بك فقرة ٣١١ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به ، إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالذاتين — ٢ — أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد . وفي غنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقه =

ولا مقابل لهذا النص في القانون القديم. إلا أن النص لا يتحدث حكماً جديداً. فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد.

٣٥٨ - الصور العمليّة للتعهد عن الغير: والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية. ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذى الشأن نسبياً، فيلتزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشئوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسية، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويغنون توفيق الإجراءات المعقدة للقسمه القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل.

٣٥٩ - مفردات التعهد عن الغير وتمييزه عما بهاء به: ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية:

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي. فالوكيل يعمل باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه. والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته. فيلزمه عمله. أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه، وينصرف إليه هو أثر العقد.

= ١٥٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها، لأن التعهد يؤدي معنى الالتزام وهذا ما لا يفيد الوعد، وحذفت عبارة «إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن» من الفقرة الأولى، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٣٠٥ - ص ٣٠٩).

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاquede ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة محل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاقده المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سترى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أيرمه المشترط . وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقتضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١) .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه من القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد . فالمتعهد إذن يلتزم ذاتاً بعمل شيء (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد . فإنه يلتزم بهذا التعهد . وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل . أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عيني كما إذا تعاقد الشركاء في الشيوخ متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع . والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بالوصول إلى غاية (obligation de resultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفي أننا ببذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد . ولكن إذا قبل الغير التعهد . وقف التزام المتعهد عند هذا . فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير) . فالأول يحول الغير حقاً مباشراً ، على تقييد الثاني فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ، ويكون من واجبه أن يعرض من تعاقده معه عيناً أو قهداً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠)

ولا يكفل إيجاده . أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه (١) .

٣٦٠- للغير أنه يقبل التعهد أو يرفضه: والغير حر في قبول التعهد أو رفضه . ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا . فهو أجنبي عن العقد أصلاً (penitus extranei) . فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .
ويبي أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد . (٢) ورفضه أياه .

١٨ - قبول الغير للتعهد

٣٦١ -- كيف يكون القبول: يكون القبول صريحاً أو ضمناً . ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانوني ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك . كما في الرهن الرسمي والهبة .

٣٦٢ - أثر القبول : يعتبر التعهد - وهو عقدين المتعهد والمتعاقد معه - بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب . وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه .
ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد . ومن حيث الالتزامات

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا السند ما يأن : «إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلزم بأمر ، ونسب فيه زعياً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذي بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكفي عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره . وهذا ما يفرق الواعد بالتزام الغير عن الكفالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسري (م ١١١) بأن التعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير لحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير في القانون السويسري يتضمن الكفالة .

التي تنشأ . ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما
أما من حيث أطراف التعاقد . فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه .
والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك في العقدتين .
هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف . وهو المتعهد في العقد
الأول والغير في العقد الثاني .

وأما من حيث الالتزامات . فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شيء في
ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد . والعقد الثاني ينشئ التزاماً
في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . وقد
مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب
والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول
من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة
أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد . كما هو
صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء
في الشبوع متعهدين عن قاصر فيهم . وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ،
فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي . يستند إلى وقت
تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي . فإن هذا الأثر
ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ)
أن (ب) يبيع متقولاً يملكه إلى (ج) . ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ،
ثم قبل التعهد الصادر من (أ) . فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ،
المررة الأولى إلى (د) . والمررة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر
رجعي أضر هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج) . لذلك لا يكون
للقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ،
فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل (١) .

(١) وقد كان الفقه في القانون القديم يميل إلى أن يجعل لقبول آثراً رجعياً (أنظر نظرية
العقد لنوآف ص ٨٧٠ - ص ٨٧١ وبنوع خاص الماشيئين ٢٥١ في ص ٨٧١) - هنا
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي: « ويتحلل الواعد =

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاماً على النحو الذي بيناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . والالتزام الغير بالعقد الثاني يقضى الالتزام المتعهد بالعقد الأول . إذ أن التعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

٢٤ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - **عدم مسؤولية الغير** : قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أى التزام (١) .

٣٦٤ - **مسؤولية المتعهد** : ولكن المتعهد يتبرء مسؤولاً عن العقد الذي تم بينه وبين المتعاقد معه (٢) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبي . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً (٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبي كان مسئولاً . وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . وتقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

== من التزمه بمجرد إقرار الغير لبرعه . والواقع أن التزم الواعد بتقضى في هذه الصورة من طريق الوفاء . ويرتب على الإقرار أن يصبح الغير مدينأ مباشرة للمتعاقد الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار يترتب منزلة القبول من هذا العقد الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ - ص ٣٧) .

(١) استئناف مخلط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مخلط في ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٣) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة القاهرة) أن يكون الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلاً بشخصه لا تستطيع ورثته أن تقوم به .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير . فالإلتزام المتعهد بتنفيذ هذا الإلتزام هو إذن الإلتزام بدلى . إذ الإلتزامه الأصيل هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ الإلتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١) .

المطلب التالى

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ - **المصرح بالقانونية**: نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد

على ما يأتى :

« ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا ترتب على امتناعه هذا أية مشولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالذات . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام ينقل حق عيني أو بعمل شئ أو بالاستمتاع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد كان الفقه المصرى فى القانون القديم متردداً فى أن يجوز للغير أن يمدل عن التعويض لى تنفيذ الإلتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف ، وقضى بجواز ذلك .

(*) **بعض المراجع** : رسالة الأستاذ لامبير باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة الأستاذ شامبيو

(Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ - سالى فى الإلتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٥٨ - رسالة الدكتور حامد الهيمى فى الإشرط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٢٥ - مقال للأستاذ لاييه (Labbé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ - مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) فى المجلة الاقتصادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ - مقال للأستاذ بيكار (Picapi) فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥ .

الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية . مادية كانت أو أدبية .

« ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

« ٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع . إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (١) .
ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

« ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط . إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة (٢) .
ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه الاختلاف عما هو إلا في بعض تعديلات لفظية . وقد أقرته لجنة للإراحة ، عد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بعد لفظ « المتعهد » في الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التي قامت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ - ص ٣١٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ قيل في تفسير عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » إن نص الاشتراط يكون مخالفاً لا يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشرط والمنتفع تقوم مثلاً على هيئة من الأول للثاني ، ونكون هيئة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

« يجوز في الاشرط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة (١) » .

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشرط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٩٨/١٣٧ ويجرى بما يأتي :

« من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٢) » .

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وعموض ، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح ، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشرط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه في ظل القانون القديم (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز في الاشرط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة : ١٦٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلية » بعد عبارة « شخصاً مستقبلاً » لأن الاشرط يجوز أن يكون لمصلحة جهة نشأت فيما بعد ، وعدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة : ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ - ٣١٩) .

(٢) أنظر في انتقاد الفوضى والاضطراب في هذا النص ، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في التمهيد عن الغير أو في الاشرط لمصلحة الغير نظرية العقد للوثائق فقرة ٧٧٨ .

(٣) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عندما تقول في هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشرط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات بخصوصها . ولهذا العلة استبدل المشروع بالمادة الفاضلة الوحيدة التي تضمنها الفقيهين الحالي نصراً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشرط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجب أن يكون للمتشرط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام المتشرط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشرط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر ، بل وأماحت له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشاركة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها . وبالتالي فالمنتفع بمقتضى الاشرط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته ، وفي هذه الناحية تجعل الفكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . ويجوز للمنتفع أو المتشرط أن يطالب بقضاء هذا الحق ، لأن لكل منهما مصلحة في ذلك . وأخيراً نص على =

٣٦٦ - وضع المسألة: ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في التعهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشرط والمتعهد . يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثاني ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكنا عاجلنا الاشتراط مع التعهد في مكان واحد لوحدة الأساس القانوني . ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير : بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد ، تم بين المشرط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف ثار المشرع المصرى ، في القانونين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى في هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقهاء تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصرى الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه في النصوص التى نقلناها عن هذا القانون . فنحن نبحث : (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

= جواز الاشتراط لمصلحة شخص من قبل أو شخص غير من وقت العقد ، وبمقتضى ذلك نصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .

١٤ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية

٣٦٧- القانون الروماني: بدأ القانون الروماني في عهده الأولى أميناً على القاعدة التي تنص بأن العقد لا ينشئ، حقاً للغير. ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد. فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصي، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير. ولكن كلاً من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الروماني. وبعيد هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

فإن القيود التي ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية. فالمدين الذي يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائته سداداً للدين، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية. والابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً. لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية. وكلتا المصلحتين، المادية والأدبية، جديدة برعاية القانون. فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشتري لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً في العقد، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع. ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض، فأعطى المشتري دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائي. ويكفي لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية. ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد. يستطيع أن يطالب به المتعهد.

واستمر القانون الروماني في تطوره. فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد، ولكن في صورة دفع (exceptio). ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio)، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية. وهذه الحالات هي: (١) الحبة إذا اشترط فيها الواهب

على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشترط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشترط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهرأ للمتفع ، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردها العين للمتفع . وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ - القانون الفرنسي القديم : وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني . وأضاف إليها استثناء جديداً . كان الرومان لا يعطون فيه للمتفع إلا دفعا فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هي حالة اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ - قانون نابليون : واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية ، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشترط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون . هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المتفع . وهذه هي الهبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه . ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم . فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسي فقد وسع من جهة . وضيّق من جهة أخرى . وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيّق في أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط للغير حقاً إلا إذا كان مقروناً باشترطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ - القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة بقي مستمر أبوجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر

في تطور قاعدة الاشراف لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة (stipulation) الواردة في المادة ١١٢١ . لا بالاشراط كما هو معناها الدقيق . بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته . فيكفي أن «يتعاقد» المشترط لنفسه . ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشروطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفي عقد التأمين الذي يبرمه رب العمل لمصلحة عماله . نرى التعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً . ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشراف لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد بشرط أن تكون فيه فائدة شخصية للتعاقد ، والمشرط قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير ، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية . وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشرط دور شخصي في التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته — لم يلبث أن احتجى هو أيضاً (١) . وأصبح يكفي أن يكون للمشرط مصلحة مادية أو أدبية في الاشراف لمصلحة المتفجع . وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشراف لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل في خدمته . فالمتفجع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره (٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيولد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد

(١) و(٢) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف لفقرة ٨٠٢ .

ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالمتنفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين . ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفي بوجوده وقت تنفيذ العقد (١) .

٣٧١- القانون المصري القديم والجديد : هذا هو التطور الذي وصلت

إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه القانون القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها ، وما عبر عنه القانون الجديد في عبارات صريحة واضحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير . وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط ، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها . فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

(١) أنظر في هذه المسألة نظرية العقيد المؤلف بفرقة ٨٠١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالقنن الفرنسي ذاته ، وأغلب القننات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جيماً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، ويبسط نفاذه على سائر الحالات ، إلا في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقداً التأمين من نمو وذبوح . وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، واتمى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنفع شخصاً مستقبلاً أو شخصاً لم يبين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن . وقد قل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ - ص ٣١٧) .

٣٧٢ - التطبيقات العمومية لقاعدة الاشتراط للمصلحة الغير : والقاعدة .
في آخر تطور لها على النحو الذى بيناه . لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر
منها ما يأتى :

١ - التطبيقات التفسيرية : ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط
الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير .
ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين
إلى الدائن المرتهن (١) ، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري وقد أصبح
ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢) . وقد طبقت محكمة
الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشتراط فيها البائع
على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري ، فكسب المشتري حقاً من
هذا العقد الذى لم يكن طرفاً فيه (٣) . كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ - وفي ١٨ يناير
سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان
بأن يدفع بعض المتحق عليه من فرق البذل في نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى
هو شريك له فيها على الشروع ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح
فيه للتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب التعهد بتنفيذ تعهده (نقض
مدن في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين
إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاشتراط
لمصلحته (٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣) . ونرى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في
عقد البيع ذاته ، وبكفى أن يصدر منه قبول والمستقلاً عن البيع ، وبهذا تقضى القواعد المقررة في قبول
المتنفع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصي قبل المشتري . وقد قضت
محكمة الاستئناف المختلطة وهذا المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على
العقار المبيع ، فإن هذا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل
المشتري ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان
بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل
الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا يترجع ملكية العقار (٤ يناير سنة
١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون
القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار
الشموع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا المظهر عن طريق تصور الشفيع متعمداً =

باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين . فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد : كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين (١) .

٢- عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط

لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إدامات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائته . حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (٢) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل . فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (٣) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج

= بالاستئاع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشتري . أما في القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد) .

(١) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥ .

(٢) قارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٣) أما إذا أمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا أمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشروطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائئاً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتبرص في هذه الحالة لمزاولة دائئ المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ - وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسؤول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد) .

العمال مجاناً . في هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الضيـب إذا أهمل علاجهم أرفض ذلك (١). وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (٢) . وقد يؤمن المدين الرهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشيء منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الفرق أو الفرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض في حالة تحقق الخطر لأي شخص يكون مالكاً في ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه .

٣- عقود الامتياز والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على

احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاختكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك . فإن مانع الاختكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المتفاعين من الجمهور . فبشترط مثلاً خدماً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه . في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاختكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضي المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته (٣). وقد أكد هذا المبدأ القانون المدني الجديد في النصوص التي أفردتها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص في المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و٦٧١) .

(١) والنون ٢ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ - وفي ٢٥ يناير سنة

١٩٢٣ م ٢٥ ص ١٦٥ - - فآرن استئناف مختلط في ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

٤- عقود المقاولات : وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال . لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوي عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه . وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمده من عقد المقاوله التي لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

§ ٢- شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣- متى ينضم الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشرط (stipulant) ، والمتعهد (promettant) ، والمتنفع (bénéficiaire) . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يتعاقد المشرط باسمه لا باسم المتنفع . دون أن يدخل المتنفع طرفاً في العقد . (٢) أن يشترط المشرط على المتعهد حقاً مباشراً للمتنفع .

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الأكتات العامة ، فإذا فتحت جريدة أو مجلة كتاباً لعمل خيري أو عمل عام ، أمكن القول إن للكتيب تعاقداً مع من انضم الاكتاب مشروطاً لمصلحة الغير (والنون ٢ من ٥٨ - من ٥٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (الحمامة ١٨ رقم ٢٦٥ من ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لعن الورثة أت يهيم بإياها ، بل أراد إما التعايل على نظام صناديق التوفير الذي لا يجبر لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن يزيد وديعته على حسابه جيبه ، وإذ الرصبة بتلك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع . وبجرد بقاء الدفتر تحت يد المورث لا يكفي لإثباته ، بل الراجع الذي يؤيده العرف الجاري بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه في الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلي فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المتنفع دائماً إلى يوم القعد نفسه ولو كانت النفعة لا تؤول إليه فعلاً إلا بعد وفاة المشرط كما في حالة التأمين على الحياة .

وملاحظ أن الحكم في رصه الأخير كيف القعد بأنه وديعة اشترط المودع فيها أن يسلم المودع عنده المال بعد وفاة المودع لشخص بالذات وهبه المودع هذا المال حال حياته .

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كدت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية» .

٣٧٤ - **المشترط بتعاقد باسمه** . باسم المتفع : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة . اتفاقية كانت أو قانونية . فالنائب ، وكبلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً أو فضولياً أو غير ذلك . يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المتفع . والأصيل لا النائب هو الطرف في العقد . ورضاء النائب يعنى عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المتفع هو الطرف في العقد . وقبول المتفع للاشتراط ضرورى حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترتب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولى اختلافاً جوهرياً . فالفضولى نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المتفع . وقد كان هناك رأى . تبين الآن فساد ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المتفع ، وقبول المتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولى فيقلب هذا وكبلا . وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المتفع . أما فساد هذا الرأى فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تنبئ عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتى :

١ - لما كان المشترط ليس بنائب عن المتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تفضى بذلك كما سترى عند الكلام في الفضالة .

٢ - يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ،

لأنه قد اُخذ باسمه. أما الفصولى فهو ، على التقيض من ذلك ، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية في إدارته لشئون رب العمل .

٣ - الفصولى ، وهو يعمل لحساب رب العمل ، يلتزم بالمضى فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط ، وهو يعمل بحسابه ، لا يلتزم بالمضى في عمله ، بل هو ، على التقيض من ذلك . يجوز له الرجوع في الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

٣٧٥- المشترط بشرط عفا مباشرة للمنتفع : فإذا كان الحق الذى

اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه . ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير . فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب . وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود الفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه في ذلك سائر دائى المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين . فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه .

ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع . بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والتمهد . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولاً . ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن في هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً ، ثم حول الثمن إلى دائن له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشتري . وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه . ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالمراث . ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس في كل ذلك اشتراطاً لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما . ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المنتفع لا يتفاه عن المشترط عن

طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد . ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد . وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذي تم بين المشتري والمتعهد .

ولا يشترط في المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً في ذلك الوقت . بل يجوز ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التي أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة . وهذه هي ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ - المشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير: ذلك أن المشتراط

إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هي الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفي أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى في العقد. وقد رأينا في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشتراط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى في هذا الاشتراط ، لا مشروطاً لنفسه ولا متعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنتها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد لابن دون أن تلتزم الأم بشيء قبل الأب . ففي هذا الفرض ترى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنتها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب في ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية في الاشتراط ، وهي مصلحة أدبية ، فهي مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط

عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور . وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل . فيتحقق في هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصي .

§ ٣ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ - **الموقوفات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير** : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنفع . وعلينا أن نبحت علاقاتهم بعضهم ببعض . فتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنفع . (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنفع .

٣٧٨ - **عمومية المشترط بالمتعهد** : هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما . ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعيدها . وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو شترط قد دفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى المدة المتفق عليها . وللكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب ضخ العقد أو وقف تنفيذه .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنفع كما قدمنا . فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بيننا قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبني حق المشترط في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنفع . فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم

المنفعة للمطالبة بذلك . وهي دعوى قوامها المصاحبة الشخصية الثابتة للمشترط . بل قد تصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع . دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ . كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها . دون أفراد الجمهور . بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشترط هو الذي تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه . كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع : إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

كذلك للمشترط : إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع : أن يطالب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشترط ، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه . فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً بجوز الرجوع فيه (١) .

٣٧٩- مفهوم المشترط بالمنتفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع .

وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة . وسرى أن للمشترط نقض الاشتراط . سواء كان تبرعاً أو معاوضة . ما دام المنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمنتفع . جاز للمشترط : حتى بعد أن يقر المنتفع هذا الاشتراط : أن ينقض حق المنتفع طبقاً لقواعد الرجوع في

(١) قرن نظرية العقد المؤقت من ٩٠٨ هامش رقم ١ .

الحبة (١) . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشرط والمنفعة . إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل . فهي تخضع لها من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع في المشرط . وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد . فإذا صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنفعة سميء النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشرط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنفعة . بل هو مقدار ما دفعه المشرط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنفعة . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم . فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له . بل هو مقدار الأقساط التي دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف . واشترط عليه التبرعاً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة . فإن المقدار الذي وهبه المشرط للمنفعة هو خمسمائة لا ألف (٢) .

أما إذا كان المشرط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المنفعة يحددها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستعقاً أمانة التأمين الذي تعاند عليه مع شركة تأمين ، فهذا الشرط لمصلحة الغير الشرطه مؤتمن له على الشركة لمصلحة المستعق لا يربح حقاً للمستعق قبل المشرط أو وراثته من مده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع الشرط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستعق على المشرط . وليس هو حوالة من المشرط للمستعق تعبد بذاتها مديونية المشرط له بمقابل قيمتها (نقض مدني في ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ من ٢٩٦) .

(٢) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هي القيمة التي تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة في العلاقة ما بين المشرط والمنفعة . فلو طعن دائن المشرط بالدعوى البوليصية في عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بمقتضى هذا العقد أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ من ٤٨ — أنظر أيضاً في حق الورثة في الرجوع بأقساط التأمين على المنفعة باعتبارها وصية لا تنفذ في حقهم (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع في الهبة فإنه يرجع على المنفعة بمقدار الأقساط التي دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشرط قد قضى حق المنفعة فإنه يسترد الحق في مبلغ التأمين لا في الأقساط وحدها .

٥٥. وقف الأول من الثاني بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مديناً للمنتفع .
والمشترط له وفاء لدينه . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط
لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعوضة إذا كان
بفوائد . ومثل القرض الوديعة . فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح
بالنسبة إلى المشترط حافظاً لوديعة وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما . وهكذا .

٣٨٠- عمدة المنتفع بالنتفع - من مباشر مصدره عقد الاشتراط :

وعلاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع
يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المنتفع - ولم يكن طرفاً في
العقد الذي ألزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit
propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة
الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً
للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد
في هذا الصدد : «ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً
قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف
ذلك» . فالعقد الذي تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر
الذي ثبت للغير . وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق . وإذا قيل كيف
ينشئ العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .
ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير
يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً .
وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ .
وقد قضت ، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن
العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها .
وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير . وهذا ما صرح
به القانون المدني الجديد (١) .

(١) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير

ما كنا لنسهب في تقرير ذلك مع وضوحه . لولا أن الفقهاء يعتقدون عادة

== والذي قرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأ حق المنتفع هو ماسبق أن قررناه في كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في عبارات لا يخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « الذي يحول في القواعد العامة دون إرادة شخصين عن أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لاحائل يعول دون ذلك ، لأن القواعد التي تنتهي إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص : ٣٥٥ - ٣٥٥) . ويبدو أن الدكتور حلمي بهجت بدوى لم ينسب لبرأى الذي قلنا به ، فهو عندنا عرّس للنظريات التقليدية في هذا الموضوع حشراً ما بين قهاتها (أنظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك بقر ماسبق لنا أن قررناه .

ونحن لم تقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة التمسك عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إيمان في النظر . ولم نر ما يمنع في المنطق القانوني من أن تقوم قاعدة التمسك عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، تلزم الغير بعقد التمسك ذاته لا مقيد جديد . وفسرنا قصور قاعدة التمسك عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا حال المنطق القانوني دون ذلك .

وهذا ماسبق لنا أن قلناه في هذا الصدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث ، بعد تدرج في التطور ، أصبح يعترف بأن التعاقديين يستطيعان بإرادتهما أن يشترطا حقاً للغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن التعاقديين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن يشترطا التمسك في ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، وألهمها لم تقتض بعد جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانوني دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ٨٦٤) .

ثم قلنا في الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة باليه ، وورثناها عن القانون الروماني ، ونحن نستقيها الآن اسماً لافصلا ، وإلا فنحن نخرج عليها كما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه ... وليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التمسك في ذمته . وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائماً أو مديناً بالزعم من إرادته ، ولكنه إذا قبل جتر الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمته قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتمسك عن الغير في ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً أما التمسك عن الغير فيولد التمسكاً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولا يصح أن يتمسك في ذمته التمسك من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضروري في الحالتين كما قدمنا . ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المنتفع كاستسرى . كذلك في التمسك عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فإذا =

حقاً تقديماً يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذي ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون في عقد جديد تم بين المشرط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشرط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع . أو لعله يكون هو حق المشرط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تنفيذها جنسية . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشرط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروف (théorie de l'offre) . لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشرط . وليس معناه أن المشرط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire) ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية في الحالة الأولى وانعدامها في الحالة الثانية . وليس معناه أن المشرط يكسب الحق لنفسه أولاً ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession) . لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشرط ولا يعتبر خلفاً له فيه . بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط . سبق أن فندنا كل هذا . ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء (١) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان للمتعهد وحده لا للمشرط حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

= صدر هذا القول فما الذي يمنع ، من حيث المنطق القانوني ، من اعتبار الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً في ذمته ، متولداً من العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ؟ (نظرية العقد ص ٨٦٤ هامش رقم ١ و٢ — أنظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢) — هذا ولم يرض القانون المدني الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التمسك عن الغير عند مرحلتها الفاصلة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال في المادة ١٥٢ : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) أنظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وبارد
١ فقرة ١٦١ — كولان وكايتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط مُصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشأ حقاً للغير . ثم إذا وصلوا إلى المسكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع سوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة دأبها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقبه على أن يرجع هذا الحق إلى مفاد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط . وليس للحق مصدر غير هذا العقد (١) . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر . لم يتلقه المنتفع من المشترط . ولكل من هاتين الخاصيتين - حق مباشر ، وحق مصدره عقد الاشتراط - نتائج عملية هامة ترتب عليها .

٣٨١- عرفة المتعبر بالمتفع (تمت) - ما يترتب من التأمج على أنه من

المتفع من مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي ترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشترط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة . وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم . بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائني المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلاً في تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى إذ تقول : « ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على التعاقدين دون غيرهم . فالتعهد يدرم قبل الشرط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد ، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدرراً لهذا الحق . ولهذا التصور على بساطته ووضوحه فضل الشكك عن وجه هذا النظام وإراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلاً عن ذلك يقلل من عدا استظهار سائر وجوه التفسير والتخريج التي جهد الفقه نقادى في التماسها وتفصيل حرياتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٦) .

ديون أبيهم . وهذه هي أهم مرتبة للتأمين . وقد استقر النفع والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (١).

(٢) كذلك لا شأنٌ لدائني المشترط بهذا الحق حال حياته . فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشترط حتى يكون داخلاً في ضمانهم العام . وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينتهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائني المشترط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها . فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصية في هذا العقد . في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب) . وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) . فيشترط التواطؤ بين (أ) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصية . دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقال إليه من (أ) . وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن . وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) . (والتصرف

(١) هيك ٨ فقرة ٥١ — بودري وباردو ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والتون ٢ ص ٦١ — ص ٦٢ — نظرية العقد للوئلف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلمي هجيت بدوي بك فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشدت أبو ستيت بك فقرة ٣٢٨ — قص فرنسي في ٢٢ يولية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفي ٢٩ يولية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة المنا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ — استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ — وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

الثاني) هو الصادر من (أ) إلى (ج) عن طريق الاضطرار . فإذا كانت العلاقة بين (أ) و(ج) هي علاقة تبرع . فإن دائن (أ) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه ائبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (أ) و(ج) هي علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيها بينهما .

(٤) ولما كان المنتفع لا يبتنى حقه من المشرط بل يكسبه مباشرة من عقد الاضطرار . فيصبح دائناً للمتعهد . فإنه يترتب على ذلك أن دائن المتعهد ، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم . يشترك مع المنتفع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المنتفع بأي دفع من الدفع الواردة على عقد الاضطرار . ولهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) (١) .

أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذي تم ما بين المشرط والمتعهد فهي ما يأتي :

(١) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاضطرار . فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢) . لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته في الاستفادة من الاضطرار . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع . فلا يكون هذا ما نعتاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته . ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاضطرار . جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية . لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاضطرار ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

(٢) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاضطرار ، فإن المتعهد يستطيع

(١) ومما يترتب أيضاً من النتائج على أن التمهيد أصبح مديناً للمنتفع لا للشترط أن التمهيد لا يستطيع أن يتمسك بالقبض بين حق له على المشرط والتزامه نحو المنتفع (استئناف مختلط في ٩ بونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ويترتب أيضاً على ذلك أن التمهيد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يهاب تجريد المشرط (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ .

أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفع الجائزة في هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجود البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد» (٢).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشتري والمتعهد ، فهذهين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما . ويرتب على ذلك أنه يجوز للمشتري أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشتري وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٣) . ويرتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين - المشتري والمتعهد - أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلاً للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك . وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة في الاشتراط ، فلا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البديل في نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع (٤) .

(١) أنظر في الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة في الوفاء نظرية العقد للمؤلف ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٢) وإذا كان العقد ما بين المشتري والمتعهد عقداً سورياً ، جاز في نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيراً» في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمدحه من هذا العقد ، وشرط الغير في الصورية ألا يكون حقه الذي تراد حمايته من الصورية مستمداً من العقد الصوري ذاته . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها بيان أوفى عند الكلام في الصورية .

(٣) أنظر آتياً فقرة ٣٧٨ - وقد ضربنا مثلاً لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشرطة عليها شروطاً لمصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (أنظر في هذا المعنى استثناف مختلط في ٣ بونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ - والتون ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

(٤) قضى مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - أنظر أيضاً استثناف مختلط في ١٧ بونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧ .

٣٨٢- عمدة التمهيد بالمتنوع (تمت) - هو ان ينضمه من المتنوع : وحق

المتنوع المباشر الذي يكسبه من عقد الاشرط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول : يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنوع إلى المتعهد أو إلى المشرط رغبته في الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

والذي يثبت له حق النقص هو المشرط . إلا إذا نزل عن هذا الحق . وقد يكون حق النقص مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم . كما إذا كان حق المتنوع هبة من المشرط لا يجوز فيها الرجوع (١) . وقد يشترط المتعهد أن المشرط لا يستعمل حق النقص إلا بموافقته إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام للمتنع . وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقص بشرط أن يحل محل المتنوع المشرط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته (٢) . وحق النقص حق شخصي يرجع لاعتبارات خاصة بالمشرط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين . ولا ينتقل إلى الورثة . فإذا مات المشرط دون أن ينقض الحق . فليس للورثة حق النقص ولو لم يصدر إقرار المتنوع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورسهم .

ويوجه المشرط النقص إلى المتنوع أو إلى المتعهد . ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقص حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المتنوع (٣) . وليس للنقص شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً بصح أن يكون ضمناً (٤) .

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد ذكر هذا المثل أمثها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ٧١ - وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . أنظر أيضاً بلانيول وريبير وإسبان ١ فقرة ٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .

(٤) ومن قيل النقص الجزئي أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائه ، فلا يود مبلغ التأمين إلى المتنعين إلا بعد أن يتوفى الدائن حقه (استئناف مختلط في ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .

وقضت محكمة النقص بأنه إذا اتفق البائع والشري على أن يحتفظ الشري ببعض الثمن تأمينا =

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرىء ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو ، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع ، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين . ويجوز للمشرط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول . وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ ، إذ تقول : «ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة . وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر . سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العتد دائماً . ويعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير (١) .

= وضمانا لدين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشرط الحق في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له . ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتسكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشتري ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً في ذمة المتعهد (هنا المشتري) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما اقتضى بالوفاة فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يشاره باسمه (نقض مدنى في ١١ يونيه سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ من ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشرط ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن التمس لم يعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهب المحكمة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإصاحبة للمشروع التهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «والمشرط أن ينقض المشاركة قبل إقرار المنتفع بها إلا أن يكون ذلك منافعاً لروح التعاقد . وله عند نقض المشاركة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعها ، ما لم تكن نية المتعاقدين قد اضررت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط . ولما كان نقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائياً فيكون للمشرط عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له نوق ذلك أن يطالب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستجبل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٧) .

٣٨٣ - معرفة المتعبر بالمنفعة (مأمنة) - وجوب إقرار المتعبر لحقه : ولا

ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المتعبر (١) . فإقرار المتعبر إذن هو تثبيت لحقه ، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا . ولا بد من صدور إقرار من المتعبر كى لا يثبت له حق بدون رضاه . فإذا صدر الإقرار ثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المتعبر أن يصدر إقراره في أى وقت شاء ما دام المشترط لم ينقض الحق (٢) . ولا يسقط حقه في إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذي يسقط بالتقادم هنا هو حق المتعبر الذى لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل في خلال مدة التقادم .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً ، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المتعبر الحق تبرعاً . فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعلم المتعبر إقراره للمتعهد أو للمشرط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى في حقه . والإقرار كالنقص تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقص ، كان المدين بهذا الحق

(١) وإذا صدر حق من المشترط وإقرار من المتعبر قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقص والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فمن أعلن المتعهد أولاً هو الذى يسرى تصرفه ، ويعتبر حق المتعبر منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقص للمتعهد ، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقص إذا سبق المتعبر إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسان ١ فقرة ٢٦١) .

(٢) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٨٤ - وفي ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ - وقضت محكمة النقص بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على ذمته أن يظهر رغبته في قبولها في زمن معين ، وكل ما اتضاه منه في حالة عدم القبول أن يعلن الرفض ، أما القبول فيمكن فيه السكوت (نفس مدنى في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) .

هذا ويجوز لسلك من المشترط والمتعهد أن يحدد أجلاً مقبولاً للمتعبر يختار فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا اتضى الأجل عد رافضاً . وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل مقبولاً (أنظر المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذي تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشرط كما قدمنا (١) .

وقد يرفض المنتفع : صراحة أو ضمناً : الحق الذي اشترط لمصلحته . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشرط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض . كالنقض والإقرار : تصرف قانوني يعقد بإرادة منفردة . ويجوز لدائني المنتفع الطعن فيه بالدعوى اثبولية إذا توافرت شروطها كما قدمنا . وغنى عن البيان أن المشرط يجوز له ، عند رفض المنتفع ، أن يعين منتفعاً آخر محل محل المنتفع الذي رفض : ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثاني

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤- نسيئة العقر من حيث الموضوع : العقد نسبي أيضاً في أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسئولية هي التي نسميها بالمسئولية العقدية ، وهي الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزمة .

فنحن نبحث إذن أمرين : (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية .

(١) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يطن المتعهد أو المشرط بإقراره ، وراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني يعقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم في فترة معقولة . ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولما كان للمشرط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ ، وهو يتلقى عن الفضولى من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى التذمة مع ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتسكك قبل المنتفع بالدفع التي تنصرف عن العقد ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥- كيف يكون تحديد موضوع التعاقد : لا ينزله المتعاقد إلا بما ورد في العقد . وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير . فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه . ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد في العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد . (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

(*) بعض المراجع : ديريه (Deroux) في تفسير الصفحات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - جونو (Jounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ - جي (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ - سالي (Saleilles) في الالتزامات في القانون الأساسي - وفي إعلان الإزادة - بلايول وريبير وإسمان ١ - فقرة ٣٧٣ - فقرة ٣٧٥ - بلايول وريبير وبولانجيه ٢ - فقرة ٤٤٩ - فقرة ٤٥٩ - الدكتور الشيتي في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ - حامد فهمي (باشا) والدكتور محمد حامد فهمي بك في القبض في المنواد المدنية والتجارية - والتون ١ ص ٣٦٢ - ص ٣٩٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٨٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سقيت بك فقرة ٣٤٦ وما بعدها .

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة . فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل . وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى في المعاملات (١) .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي :

١- يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (٢) .

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في القانون المدنى القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى» .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها» .

م ٢٠١/١٤٠ : « فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهده» .
ولم يستحدث القانون الجديد فى تفسير العقد قواعد لم تكن فى القانون القديم . ولم يعد أن قن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة « وبالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدى . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكفاء بعبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين » ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ١١٨ .

واضحة . وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد
الفقرة الثانية من المادة ١٥١ في تفسير عقود الإذعان . وقد جرى القضاء
المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام في عقود الإذعان .

وسكن القانون الجديد . مع ذلك . أبرز في وضوح أن التفسير يتجه إلى
الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة . بأن أوجب البحث عن
النية المشتركة للمتعاقدين والاسهداء في ذلك بطبيعة التعامل وانعرف الجارى .
وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هي المصدر الذى تستخلص
منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ - البحث في تفسير العقد يأتى بعد البحث في انعقاد العقد وفي صحته :

ويلاحظ بادئ الأمر أن البحث في تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث في انعقاد
العقد والبحث في صحته . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً .
حتى يكون قابلاً للتنفيذ (١) .

ونطاق البحث في انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث في تفسير العقد
لتحديد آثاره . فى انعقاد العقد وصحته بدور البحث حول الإرادة . التى يؤخذ
بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة . فإذا كانت هى الإرادة
الباطنة فهل اتفقت أو اختلفت عن الإرادة الظاهرة لتتفرع هل هى صحيحة
أو معيبة . وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخصص منهما إرادة مشتركة
للمتعاقدين . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره . فنحن بعد أن نكون
قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين . نتف عند هذه الإرادة الظاهرة
لتفسير معانيها . ما وضع منها وما غصص . مفترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين

(١) ويلاحظ الدكتور الشبلى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى
الجديد » (ص ٥٥ ؛ - ص ٤٦) أن تفسيره غير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى
تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكلى من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت
هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة
الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى إرادتى المتعاقدين المتطابقتين ، وهذا هو
تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشبلى من ذلك الأهمية البالغة التى أحرمتها التفسير ،
ويعتبر أنها هى المحك الذى يغير ما بين النظم القانونية المختلفة .

الإرادة الباطنة حتى يتم التبرؤ الدليل على العكس . وسعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي .

٣٨٨ - القانون والواقع في تفسير العقر : وبعيننا أن نبين منذ الآن

ما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها .

ويمكن حصر مسائل القانون في تفسير العقد في المسائل الثلاث الآتية :
(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون في تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض . فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

- (١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلي لهذه القاعدة تفصيلاً . وبين إلى أي حد تنبسط رقابة محكمة النقض في ذلك .
- (٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن الية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فالعبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين (١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً ، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه (٢) . أما

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٥٥ - استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ .
(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ - قس فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ - ١ - ١٥٩ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ - ١ - ١٣٨ .

ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهزاء في تعريف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي . وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدي ولا يؤدي به إلى تعريف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المدعى . فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد . إذا خالفها القاضي نقض حكمه . وسرى فيما يلي مدى تطبيق القاعدة ، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التي تقدم ذكرها . فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير في الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سئرى . ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية بسطها محكمة النقض في كثير من أحكامها . ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده . يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً ، غير مناقضة للثابت في الدعوى . وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي . فإذا أثبت القاضي مصدرها للواقعة وهماً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه (١) .

(١) قض مدني في أول مارس سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ارقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - انظر أيضاً ما قرره محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلالاتها المقدمة له تدرجاً صححاً ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا المزم دليلاً وهماً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض =