

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملزماً في ذلك التواعد القانونية التي تقدم ذكرها . كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف وماربته عليه من آثار لرقابة محكمة النقص . لأنه يطبق القانون على الواقع . وتطبيق القانون بعد من المسائل القانونية (١) .

= ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النفس مخالفة لقواعد الإثبات القانونية . فإذا انتحل الحكم للعائد الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه فعلا من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نفسه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(١) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقص على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — مارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقص رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ — حامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك في النقص في المواد المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقص بأن من حقها أن تعرف على محكمة الموضوع فيما تطهيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تبينه في حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بمقد مسجل بشمن معين أقر قبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري تبين له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمكت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة . يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الواردة في إقرار المشتري ومنتما لمقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد هلت ملكية الرقة والمنفعة معاً إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ، ويكون لمحكمة النقص أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالاته ، فتعتبره وصية لايماً صحيحاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلاً أو عمداً ، والتعمد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع ، كريباً فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم ، وكشركة خاصة هي في الواقع قرض (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكبيه هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشتري (زقاقين استئنافي في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ =

أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو

= الحقوق ٢٣ من ٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استثناط وطني في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسية ٢٥ رقم ١/٥٢ - أنظر أيضاً استثناط مغلط في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ٩٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣٦٤ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٩٤).

وكثيراً ما انتشر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تبين إرادة التصرف ، وأن تكيف هدد الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة النقض ( أنظر نظرية العقد للمؤلف من ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استثناط مصر تكييف التصرف تارة بأنه وصية وضوراً بأنه بيع - ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي : استثناط مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ من ٤٨ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ من ٣٠١ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ من ١١٢ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ من ١١٧٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ من ١١٨١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ من ٧٣٧ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ من ٣٧٣ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ من ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة النقض هذه الصفات لرقابتها تارة عن استظهار نية التصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (هض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) ، ونية التصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكعقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد واستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استثناط مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ من ٦٦٤) - وضوراً عن طريق إخضاع التكييف القانوني للتصرف لرقابتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيف التصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم آخر كيفته هبة لا وصية ، ففضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وطروفيها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى خفيه ببيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع يبيع تلك الأقطان لخفيه يبعاً قطعياً لارجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشتري ، وأنه سلم الأقطان للمشتري لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلاً تاماً ، واستمر البائع واهضاً يده على الأقطان ، ثم تنازع مع المشتري على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة مند من المشتري مقتضاها أن تنفي الأقطان تحت يده هو يستغلها لخبر وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، إذا حصل =

هذه السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها

= ذلك وحكمت محكمة الموصوع اعتبار هذا القيد صفة بناء على ما بان لها من الظروف التي لا يست تحرير العقد وحالة القائم وظرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبا ، فكان حكمها خاتماً في تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتشار هذا المقعد عقد تبرع منجز أي هبة مسترة في صورة بيع ، فهي هبة صحيحة . (نقض مدني في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدني القديم أمراً محجراً (أنظر إلى ما جاء في ذلك من الصواب نظرية المقعد لمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الحاشية رقم ١ وتجد الأحكام مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ - ص ٩٣٣) . وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقتضي بأنه «إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمجازة العين التي تصرف فيها وبمخفه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك» . ويبرر ملك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على الساهل في تصرف التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيلاء لوارث ، فكان القضاء يبالغ بهذا الساهل عيباً في القانون ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسماها الحقيقية ، وما دامت الوصية الساقطة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المسترة .

وقد كانت محكمة النقض ، قبل القانون المدني الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بمجازة العين لا بمخفه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح في القانون الجديد قرينة قانونية — لاسيما إذا افتقر ذلك باسئراط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع : أنظر في هذا المعنى نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — ومع ذلك أنظر : نقض مدني في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفي ٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألقى شرط المنع من التصرف) — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المقعد قرينة على أنه وصية (نقض مدني في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ =

من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ض ١٠٧ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ -  
 وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - وفي ٢٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن  
 رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر . ومع ذلك أنظر: قرض مدنى في ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة  
 عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ - وانظر في أن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تعبير العقد :  
 نقض مدنى في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية ، وفي أن تسليم البائع  
 العقد للمشتري وتخليه من الحيازة له قبل الودة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع)  
 يدل على التبرير وعلى تخطي المورث عن فكرة الرجوع في التصرف: قرض مدنى في ١١ مارس  
 سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم  
 ٥١ سنة ١٩ قضائية لم ينشر ، وفي أن التصرف بغير وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد  
 البيع مفرداً ولم يقبس ثمناً ولم يسلم العقد للمشتري بل احتفظ به طوال حياته : قرض مدنى في  
 ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر ، وانظر في الجهة بعوض  
 وهي سافرة : قرض مدنى في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٨ ، وفي الهبات  
 المستترة في صورة سندات : قرض مدنى في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢  
 ص ٢١٠ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ - وفي ٢٩ أبريل  
 سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤  
 رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد - وهي احتفاظ المورث  
 بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى حياته - هي الشيء الثابت في هذه المسألة . وهي مبررة فإبالة  
 لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا النسي ،  
 كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق  
 أن المشتري قاصر وأن البائع بائع الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض قرينة  
 أن التصرف وصية .

واندى يعني أن حرره هنا هو أن المحكمة النفس رقابة تامة على التكليف القانونى للعقد .  
 وقد قضت بأن تملك كل من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة مملو على الخطر  
 والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان وورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، وهو  
 من قبيل الرقبي المحرمة شرعاً (قرض مدنى في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩  
 ص ٤٩٩ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في التركة المستقبلية فقرة ٢١٧) .  
 وقضت أيضاً بأن العقد الذى يزيد فيه ما يدفع من الثمن تقدماً عما يدفع منه عيناً هو بيع لا مقايضة ،  
 فتكليف محكمة الموضوع القصد على هذا التحو لا غبار عليه (قرض مدنى في ٣٠ مايو ١٩٣٥  
 مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤) .

(١) وقد قررت محكمة القرض هذا المبدأ في أحكام كثيرة . من ذلك . قضت به من أن  
 استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل في سائفة قاضى الموضوع ولا رابة  
 لمحكمة النفس عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن =

## ٣٨٩ - حالات التفسير التام : رأينا أن القانون المدني الجديد نظر

=المقدين قصداً أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائي، ولم يقصد أن يكون بيعاً بمرور أو بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ (قضى مدني في ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ من ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع . فلها أن تقرر معناها على أي وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين ، ولا رغبة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت عبارة القدر المحتمل المسمى الذي تأخذ به (قضى مدني في ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ من ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهارية التصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التي سردتها المحكمة في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التي قررتها (قضى مدني في ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) . وقضت بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً ، وفي موازنة بعضها ببعض الآخر ، وترجيح ما تظنن نفسه إلى ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه في ذلك ولو أخطأ في نفس الأمر ، لأن خطأه يكون في فهم الواقع في الدعوى لا في فهم حكم القانون في هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا في مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هي أن يثبت القاضي مصدرًا للواقعة التي يستخلصها يكون وهماً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستجلب عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (قضى مدني أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ من ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضي الموضوع أن يبين الحقيقة التي ائتمن بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتبع الخصوم في مناحي أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه في مرافقتهم ، مادام قيام الحقيقة التي ائتمن بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمني المسمت لتلك الأقوال والحجج والطلبات (قضى مدني في ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ من ٤١٤) .

أنظر أيضاً في هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها : قضى مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ من ١٤٢ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ من ٢٠٥ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ١٥٥ من ٢٩١ - وفي ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ من ٣٢٧ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ارقم ٢١٥ من ٥٢٠ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ من ٦٤٦ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ من ٢٤٠ - وفي ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٧ من ٥١ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ من ١٤٠ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ من ١٧٧ - وفي ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ من ٢٣١ - وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ من ٢٥٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ من ٢٩٤ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ من ٣٩٣ - وفي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ من ٤٨٨ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة =

إلى حالات ثلاث في تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة . فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملزم في غير عقود الإذعان . ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

### ١٩ - عبارة العقد واضحة

٣٩٠ - **القاعدة التي تنبع في التفسير** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنيناً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق في العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده . أما في تفسير الشروط الظاهرة فلا تجوز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

٣٩١ - **العبارة الواضحة قد تكون محل للتفسير** : ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضي قد يجد نفسه

= عمر ٤ رقم ٢٨ من ٥٨ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ من ١٥٤ -  
وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩١ من ٢٥١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤  
مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ من ٢٥٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩  
من ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ من ٢٧ - وفي ١٥  
فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ من ٥٦٧ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٥  
مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ من ٦٨٠ .

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض ( نظرية العقد للثلاث من ٩٢٢ هامش رقم ٢ ) .

في حجة إلى تفسير العبارات الواضحة . مهما بلغ وضوحها . وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدا معنى . وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر . ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشوهه . ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب . وفي هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها كما تراه هي أوفى بمقصد المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصد العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن ينبني عليها(١) » .

(١) قض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤١ من ٨٣ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقد وما قصده الماقدات منها دون أن تنقيد بالفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بنت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها ، ولذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هي الظروف والملابسات التي رجحت عندها ما ذهب إليه (تجس =

## ٣٩٢ - رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما

= مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤). وقضت أيضاً بأنه مها  
يقول بأن المحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما آراه هي أنه مقصود العاقدين ، فلا  
شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن  
المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذي أخذت به ورجعت أنه مقصود  
العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت في تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة  
يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيياً بقصور أسبابه  
(قض مدني في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه  
إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت في  
أسباب حكمها الاعتبارات التي دععتها إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً ، فلا يصح  
النهي على حكمها أنها مسخت الورقة التي قصدت لتفسيرها أو أنها حرقت معناها (قض مدني في  
٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤) .

أنظر أيضاً في هذا المعنى : قض مدني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٩  
ص ١٦١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ - وفي ٥  
يناير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦  
بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ - أنظر كذلك «النقض في المواد المدنية والتجارية»  
لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وأنظر  
فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا الكتاب في عهد قضاء محكمة النقض المصرية والفرنسية في  
هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفي هذا الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب في أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض  
المصرية كما سلفت الإشارة : أنظر قض فرنسي في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ -  
١٧٦ - وفي أول يوليو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٧ - وفي ٣ فبراير  
سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ -  
١ - ١٠٤ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٢٦٧ - وفي ٢٦ يناير  
سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ - ١ - ١٢٧ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢  
- ١ - ٧٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ - وفي أول  
يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٨٦ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه  
١٩٣٠ - ١ - ٣٦٥ - وأنظر في تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية واليهود الثلاثة التي  
مر بها هذا القضاء كتاب «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد  
حامد فهمي بك فقرة ٨٩ - فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية  
(في رسالته في الصرف المجرد نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدني الجديد،  
فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد . وقد  
رأينا أن هذا النص في القانون الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض في هذه المسألة ،  
تتبع وليس . من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين يتناهما .



قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا ألزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود العاقدين . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب . فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغ سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبب (١) . ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يجرها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك . بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين . وأن هذا وذلك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

### ٣٩٣- هل اللفظ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أم بالارادة الظاهرة:

وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نتساءل: ما دام القاضي لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص (٢) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « وبلاحظ أخيراً أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضي المدني ما يتبع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣) .

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لتلك ما يأتي : « لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهي ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هي عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تسييراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق للتفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حراماً بالفاً في مراعاتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١) .

بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . ما دام لا يجوز الانحراف عن الأولى ؟ إن الإطلاق الذي رأيناه في نص القانون قد تنبذ بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغييراً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد - وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا - لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس ، ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة .

## ٢٤ - عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤- البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تقول الفقرة الثانية من

المادة ١٥٠ : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا . فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر . بل تحتتمل أكثر من معنى . وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً . لأن الإرادة المشتركة هى التى تتى عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتتمل فى جزئياتها أو فى جمعتها أكثر من معنى ، نعين الالتجاء إلى التفسير . والجوهري فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٧ ) .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ تشعبت الآراء في ذلك . فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح كما قلنا . وما دام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة . وإلا لدخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (١) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهذا إن صح في السكثرة الغالبة من الأحوال . إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفقا عليه ، ولكن عبراً عنه تعبيراً غير دقيق ، فتنحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا نكون في هذا الفرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح

---

(١) ويقول الدكتور محمود أبو عافية في هذا المعنى ، بعد أن ينمى على الفقهين الفرنسي والمصري المخلط بين صحة الصفقات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهذا خطأ بين يجب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر الصرف مسألة لا توضع إلا بعد التلخيص بصحة ، وصحة الصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية ، فلامعنى إذن لإهمال الإرادة الملتزمة بمجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقييد بمضمون الإرادة الملتزمة ... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة الصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر الصرف . والنتيجة التي تترتب على ذلك هي أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً بتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الملتزمة ، وإنما وسيلة الاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير . ولا نزاع في أن للقاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المتعلقة لهم فقط بمعناها المقصود في الحقيقة والذي يتبين من مجموع الظروف الخارجية التي لا يستتبع التعبير . ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يقلل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » (الصرف المجرى : نسخة عربية من ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

أنظر أيضاً في تحديد منطقة كل من اللفظ والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ١٨٦ .

والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما تكون في منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة . فلا تكون هي محل التفسير . بل يجب نيلها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد . ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأسس هي دائماً محل التفسير . رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في العادة عن الإرادة الباطنة . والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان . فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير ، ما لم يقيم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة . وأن بين الإرادتين تعبيراً . فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة . وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر . مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به (١) . فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر . ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تحصيله هو الذي تنف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان . ويتساومان . ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيهان معاً ، ولستنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالي (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي هذه

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور الشبيبي في رسالته في تكوين العقد وتفسيره في القانون

الإرادة القانونية التي يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحى إحداها لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هى إرادة من صنع القاضى ، هو الذى يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً (١) .

ونحن نؤثر ألا نتحاز لرأى من هذه الآراء . وأن نستبقى للمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك . وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين - وهى النية المشتركة التى نبحت عنها - من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير تستهدى بها ، هى التى نتولى الآن الكلام فيها .

### ٣٩٥ - العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة

**التمتعافرين :** ويستهدى القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر القانون الجديد بعضاً منها لأهميته . فهو يستهدى «بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » (م ١٥٠م فقرة ٢) . وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضى .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسبها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسبها بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هى عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضى فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين -

---

(١) سالى: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧ من ٢٢٨ وما بعدها) - واطظر انتقاد الدكتور الشينى لرأى سالى فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» من ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

وهذه مسألة نفسية خفية - بعوامل مادية ظاهرة . ونتكلم في كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

### ٣٩٦ - العوامل الراهلية في تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة

التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضى في تفسير العقد بالرجوع إلى العتد ذاته . ذكرها القانون المدنى الفرنسى لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . وتقول كلمة موجزة في كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معانٍ مختلفة ، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة . إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيهما طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته . فإذا نتج عن أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التنازل حقوقاً موروثاً من تركة أخرى (٢) .

(١) أنظر أيضاً : استئناف مخلط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ - قضى فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢١٣ .  
(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

ويستهدى القاضى بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد . والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه . فالأمانة في التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب . وهذه هى الثقة المشروعة ، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ أعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين ، واشتروط الدائن أن يستولى على ربيع الأرض في نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة - إذ هو يجمع خصائصها - فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الحراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه في الفوائد<sup>(١)</sup> . وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص يتبدى العام . ولا يدخل في المبيع ما لم

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدنى الجديد . وأنظر في أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

يذكر في المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلاً ضمن مفروشات المنزل .  
وإذا قام التناقض بين عبارتين . اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما . فلو أمكنه  
إعمال العبارتين معاً فعمل . وإلا اجتهد فى إعمالهما إلى أقصى حد دون إرهاب  
للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستصعب معه الجمع بين  
العبارتين على أية صورة . اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا  
يريدانها دون الأخرى (١) .

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً  
زراعية . وكان من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع ، فليس  
هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل  
التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً .  
أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يقوم شك فى  
أن المبيع يشملها فصرحاً بذلك حسماً للنزاع . أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة  
على هذه المواشى فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض  
للقاعدة السابقة التى تنص بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب .  
وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذى يدعى لتفسيره .

### ٢٩٧ - العوامل التجارية فى تفسير العقد : ذكر القانون منها العرف

الجارى فى المعاملات . ونضيف إليه الطريقة التى ينفذ بها العقد .  
فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل . إذ المعقول فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة - فى دعوى طلب إثبات صحة نفاذ  
دفعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره -  
قد بسطت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق ، ثم حصلت من المكاتبات التى تودلت بين محامى  
الطرفين أن المدعى أنكر التصاقد منذ حصوله ، مستعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من  
تلك المكاتبات مؤدية إلى ماوصلته ، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد فى مكاتبة منها  
على لسان محامى المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع فى  
تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفههما هى ، وهى إذ تتألمج  
تفسير محررات متبادلة متراطة إنما تفسرها بما تفيد فى حملتها لإبما تفيد عبارة معينة من عباراتها  
(نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ من ٤٦٩) - أنظر  
أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ .



المسائل التي تولد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجارى ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاع الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء (١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢٥٪ من قيمة الصفقة (٢) . والعرف يكون عاماً (٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص (٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً (٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضى بأن يكون نرح البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب (٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض (٨) ، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظموه في عموض . وهناك مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية و عقود التأمين والحساب الجارى ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضى إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدرأ من مصادر القانون ، فإن القاضى إذا خالف العرف في الحالة الأولى

(١) قطن مدنى في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢ .

(٤) مسينا جزء ١ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١ .

(٨) قطن مدنى في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ ص ١٤١ .

لم يكن حكمه عرضة للنقض ، أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه .

وقد تنضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها . مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (١) .

### ٣٩٨- بآية إرادة بؤرهن في تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضي

في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة . ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة . وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (٢) .

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

---

(١) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٨ .

هذا وقد تنضح إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل آخر خارجي عن العقد . مثل ذلك ماقتض به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أفادت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والفرائض الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ من ٣٩٠) .

(٢) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertauenstheorie) التي أشار إليها الدكتور الشبلي في رسالته في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري الجديد، ص ٥١ - ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .

### ٣٨ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

#### ٣٩٨ - يفسر الشك في مصلحة المرين - صبرات هذه القاعدة :

وضع القانون نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - بقضى بأن يفسر الشك في مصلحة المدين . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك في مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى . ويرر هذه القاعدة الاعتبار الآتية :

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين . فذلك لأن الأصل براءة الذمة . والالتزام هو الاستثناء . والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد . فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام . فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه . وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك . فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير (١) .

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام يملية الدائن لا المدين . فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالحظاً خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان في مقدور المدين أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى حتى لو كان

(١) وتتم المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي : « إذا عرض ما يدعى إلى تفسير العقد ، وبقى الشك بكتنف إرادة المتعاقدين المتكثرة رغم إعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب الفقهاء ، وهي ترد إلى أن الأصل في الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود ذمته باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل . فإذا بقى شك لم يوصى الدائن إلى إزالته من حق المدين أن يعيد منه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ ) .

دائماً . فإن عقد الإذعان يملية الطرف القوي على الطرف المدعن في جميع مشتملاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضاً من إملائه . فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المدعن وهو من الدائن .

### ٣٩٩- نطاق تطبيق القاعدة : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ،

ويرد عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك . بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضى أن يبين ولو وجها واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه . فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقياً عندها . بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر ، فلم ينعقد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضى أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين - مهما كان هذا عسيراً - واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة . ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين (١) .

أما الاستثناء الذى يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن» . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً . على خلاف القاعدة التى نحن بصدها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة الذى يجبره تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعد هو الاشتباه الذى يقوم في نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبته بشمن القطن المبيع له أنه سلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه ( قض مدنى في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ ) .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ١١٨ - وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وينبغي كذلك تفسير ما يفيض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمدعى ، =

٤٠٠ - تطبيقات للقاعدة : فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها . وفسر العقد الملزم بجانب واحد لمصلحة الجانب الملزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذى يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر . فإذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين ، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعدار (١) . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٢) . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أسير عليه وأخف مؤونة (٣) . وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (٤) .

## المطلب الثانى

### تحديد نطاق العقد

٤٠١ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

= دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الجانبين ، يد في هذا النصوص « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - وفي ١١ يونيه

سنة ١٩٠٨ م ٣٠ ص ٢٧٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٤) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازت ١٢

رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة

١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة

٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - استئناف مختلف في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢

- وفي ٦ يونيه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص

١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ =

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته . وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (١) .

وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد . وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

### ٤٠٢ - التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه : وهناك

مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً

---

س ٥٣ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٤٧ س ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٨ س ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ س ٢٠٠ - وفي ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ س ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ س ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي نعتينا هنا ، مرجعنا الفقرة الأولى إلى المطب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى : « وفقاً للقانون والعرف والعدالة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائى . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى للقاضى سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار لقاعدة أن المتد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها . وبعد مناقشة استعيب عن عبارة « ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » بعبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » في آخر الفقرة ، وقالت اللجنة في تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٢٨٧ - س ٢٩٠) .

للسنة المشتركة للمتعاقدين . بل يجاور ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه ، طبقاً لما اشتمل عليه - والمشتملات يعرفها القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق - ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ( م ١٤٨ فقرة أولى ) (١) .

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

### ٤٠٣ - العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد : لا يقتصر

القاضي ، كما قدمنا ، في تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر . أهم العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففي تفسير العقد نرى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد نصيب إلى هذه النية المشتركة ما لم تناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفي تنفيذ العقد يجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هي شريعة المتعاقدين . فلا يجوز قص العقد ولا تعديله إلا بأخاف الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، ويجب تعديله طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهب هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقي كلا منهما في الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن : « وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد ، وتمن ... على العرف الجاري في شرف العامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالمباراة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة . فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف في شرف العامل (أنظر م ٢٢١ من القوانين اللبناني) . وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط في الواقع بعضها ، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧) .

هذه المستلزمات . ومن ثم في تحديد نطاق العقد . وهذه هي : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة . (٣) العرف وبضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) . (٤) العدالة .

#### ٤٠٤ - طبيعة الالتزامات : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation)

تملى على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة (١) . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكن ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضيه به طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ جديد) . ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التي لا غنى عنها في تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التي تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢) .

#### ٤٠٥ - القوانين التكميلية والمفسرة : والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives)

العقد . ذلك أنه يصعب في كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما

(٧) وقد رأينا أن نص الم شروعين التمهدي والنهائي واضح في أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . وغرض هذا المعنى بعد التعديل الذي أدخلته لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول في تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس حوهره . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والمادة كلها عوامل تساهم في تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جرتنا في شرح النص . (٢) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ من ٤٠٠ - ويقول الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجي في وسيطهم إن القضاء الفرنسي يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد . الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثاني هو الزمان الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون الزمان الضمان هذا في بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه الزمان في كل العقود التي تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sécurité) ، وهو الزمان تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص . الذين ينقلهم من مكان إلى مكان ( بلانيول وريبير وبولانجي سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٠٠ - ٤٠٩ وفترة ٩٠٨ - ٩٦٣ ) .



بيهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفاصيل ، إما لأنهما لم يتوقعاها . وإما اعتماداً على أحكام القانون (١) . وهنأتأني الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فيعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلان بعض التفاصيل كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفاصيل بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكيلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها . وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمداً على هذه الأحكام المفسرة . وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورها ، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد ، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من القود بالسعر القانوني في ظل القانون القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة) فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥/٠ .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه ، فهي ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ ، والتي مر ذكرها ، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددنا أغفلوا بعض التفاصيل لأنها لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفاصيل التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما ، ولكنها لم يسعيا الوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين في مسح العقد .

## ٤٠٦ - العرف والشروط المألوفة : رأينا أن العرف يجرى مجرى القانون

في المسائل التجارية والمعاملات البحرية و عقود التأمين والحساب الجارى . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) . فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة يدراجها فيه . وهي شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة . حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذى فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تنطوي به هذه الشروط ولو لم تذكر . لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم . فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً . ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد . فالشرط الخاص هو الذي يعمل به (١) .

## ٤٠٧ - العدالة : وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة في

استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع لا يلتزم بحسب أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري . بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . وقد يورد القانون في شأنه نصواً صريحاً (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدني الجديد) . و بائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافس منافسة يترع بها عملاء المتجر . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل . إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده في الابتداع . ولو لم يشترط رب العمل في العقد

(١) استثنائ مخلط في ٦ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ١٨٢ .

أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات ( م ٦٨٨ فقرة ٢ جديد).  
وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين  
ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية . إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة  
التي تتحملها الشركة . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة - وقد وضع  
لها القانون الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة - إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة  
في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث  
استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ  
الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

### ٤٠٨- تمييز نطاق المقره من مسائل القانونه : وإذا حدد القاضي

نطاق العقد، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فستطيع هذه المحكمة  
أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه .  
فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص  
من نطاق العقد ووجب نقض الحكم (١) .

(١) وإلى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد  
خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . ففي دعوى القاول الذي لم يدفع للمدعى عليه  
(وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطاءه وكلف بإيداع التأمين النهائي  
امتنع ولم يجرر عقد التوريد وطلب إعفائه من التعمد ، فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى  
غيره في استيراد المطلوبه - في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها  
الذي كان يجب تطبيقه ، فلحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط  
الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها  
الأخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتبه من تفسير  
هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع  
فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (تقضى مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة صم ٢ رقم ٧٩  
ص ٢٢٣) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود  
الأخرى يوجب نقض الحكم (تقضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة صم ٢ رقم ١٧٣  
ص ٥٣٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى والنقض في المواد المدنية والتجارية لحامد فهمي باشا  
والدكتور محمد حامد فهمي بك ص ٢٩٦ - ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع من  
تفسير العقد وتحديد نطاقه) .

## المطلب الثالث

### إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ - القاعدة العامة والاستثناء منها: القاعدة العامة هي أن العقد شريعة المتعاقدين . فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد القانون الجديد . عند الكلام في آثار العقد (١) . على هذه القاعدة استثنائين . الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) . والاستثناء الثانى ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضى للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) . ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها (٢) . ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية . فإن العيب الذى يلحق العقد فى هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه . لا عند تنفيذه كما هو الأمر فى نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال . يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان فى المكان الذى وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكل بتلك .

فإذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبحث مسألتين : (١) القاعدة وهى تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

### ١٥ - تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ - النصوصى القانونية: نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧

من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة نرفت فى أماكن مختلفة كما سنرى .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١١٨ وما بعدها .

«العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون(١) .  
ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :  
«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية(٢) .»

### ٤١١ - العقد شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد

نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون ، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب . ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام القانون ، تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون» . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٦) .  
(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي .

على الوجه الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه عرف التعامل» . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المبادئ العامة كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وعللت هذا الحذف في نصها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يفني عنها» ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٩٠) .

هو القانون الذى يسرى عليهما . وتوارى النديل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذى قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : «العقد شريعة المتعاقدين» . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى فى هذا المعنى : «الانفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون» . (Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi . à ceux qui les ont faites . وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا (١).

## ٤١٢ - فمما يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب

التي يقرها القانون : والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين . هي أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل . ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقرها القانون .

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢٤٧ - ٢٤٨ - فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بين الطريقة التي صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لتقتضيات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هي أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيبقى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحمل لإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التي صنع بها فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلقى إلا بالطريقة التي صنع بها ، وتضرب العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة التقض عليها أما تضرب القانون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التقض .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً . إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل . أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بغيرها . كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة . كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) . وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠) . وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل (١) .

### ٤١٣ - ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يبرمه حسن النية:

كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي . والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني » . (٢) ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « المقدم شرعية المتعاقدين ، ونسكه شرعية اتفاقية ، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه من وقع صحيحاً . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي . لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن نقض المقدم أو تعديله إلا بتراضي عاقديه — ويكون هذا الرضا بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هي الشأن في أسباب الرجوع في الهبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

الشيوع . عند ما حذفت المعيار الثانى الخاص بزاهة التعامل من المشروع  
النهائى . قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى . أما ما ذكرته  
فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقر المعيار المادى ، لأن فى عموم  
تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يعنى عنها (١) فغير صحيح . لأن  
المعيار الذاتى لا يعنى عن المعيار المادى . لذلك يجب . بعد هذا التعديل .  
الاقتصار على المعيار الذاتى . وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفداه بطريقة  
تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ  
جميع العقود . ولم يعد هناك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود  
حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de  
bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية (٢) .  
ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد  
أن الما قول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها  
من أقصر طريق ممكن (٣) . وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من  
الطريق الأصلىح بالنسبة إلى صاحبها (٤) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد . فيمنح المدين نظرة  
الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) .  
ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدى فى هذا الصدد ما بأتى : « ويستخلص  
مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها البىأتى دون المانى كما  
كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق  
بتعين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨) —  
وتقول الأستاذة بلانبول وريير وبولانجيه فى وسيطهم (جزء ٢ فقرة ٥٥ : — فقرة ٤٥٧)  
إن القاضى كما يمنع التدليس (dol) فى تكوين العقد ، كذلك يمنع الغش (fraude) فى تنفيذه .  
والتدليس والغش شىء واحد يتخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو غش  
عند تنفيذه .

(٣) تمضى فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٤) تمضى فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيره ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .



بالتعويض عن الضرر الذي كان لا يمكن توفعه وقت التعاقد إذا كان هذا  
المدين في عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١ فقرة ٢) .  
وهذا وذلك يمان عما ورائهما من قاعدة مستترّة نهى عن الغش وتأمّر بحسن  
النية في تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية في التنفيذ في صورة التزام  
بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في  
تنفيذ العقد . ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد  
أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا  
الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من القانون المدني الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون  
المدني الفرنسي) . وفي عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يحظر المؤمن  
بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما في وسعه للتخفيف من  
الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ في فرنسا : م ١٧  
و١٩ و٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يحظر المؤلف عما تم  
في بيع كتابه . وعلى المشتري أن يحظر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت  
ملائم (م ٤٤٠ جديد) . وإذا كشف عيباً في المبيع وجب عليه أن يحظر البائع  
به في خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من  
إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) .  
ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي  
والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك . فإذا كان تدخل المؤجر لازماً  
لإتمام شيء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) .  
ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ،  
كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب  
عليها أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى  
الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة  
(م ٧٠٥) . وعلى أي وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل  
بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧) (١) .

(١) الدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ٣٩١ - ص ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات  
كثيرة لفكرة التعاون .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام التعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية بغنى في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التمسك في استعمال الحق . فإن التعاقد الذي يجحد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسئولية التقصيرية للتمسك في استعمال الحق (١).

## § ٢ - نظرية الحوادث الطارئة (\*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ - النصوص القانونية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من

القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلًا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

(١) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧ .

(\*) بعض المراجع : برينيه (Brunet) رسالة من أوكس سنة ١٩١٧ - سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ - موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ردوان (Raoulant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ - بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ - فواران (Voirin) رسالة من نانسي سنة ١٩٢٢ - لايبير (Lapeyre) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢٣ - مانيان دي بورنيه (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - ديغونكيير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ - أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكي رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (في القانون الإنجليزي) - دي جودان دي لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونبيلييه سنة ١٩٣٥ - باربر (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ - فوليا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكس (Zacksas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك في مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والستون من ١٩٤٩ وما بعدها (وشرح فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولي في سنة ١٩٣٧) .

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (١) . وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بعد عبارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو عارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت للجنة العبارة الأخيرة من المادة وهي « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يجعل محلها عبارة « تبعا للظروف » توضع بعد عبارة « جاز للقاضى » . وأضافت في آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائى . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى إيضاح النص من الحوادث الاستثنائية العامة تصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يمد انتشار الدودة نادئا استثنائيا عاما لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ماساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى للرخصة فى إقامس الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة التقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه الرخصة . ولما اعترض على عبارة « ينقص الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إقامس الالتزام المرهق كان الرد أن الإقامس غير مقصود به الإقامس المادى وإنما قصد به التعديل وينسب دائماً إلى عبء الالتزام ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هى تفسير إرادة التعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، وبدعوى أن النص يثير مشا كل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أن حادث سياسى قد يترتب عليه نارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً فى العقد وهو فى هذا يعمل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ — ٢٨٦) .



نظيرتها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين . ومن ثم تتوزع تبعته بينهما . وفي النظريتين الأخيرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن (١).

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بها القانون المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً في حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولاً) في التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدنى الجديد .

## ١ - التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

### ١٦٤ - النظرية في المصود الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة

= عاصراً لعقد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يدمر أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انتقامه على الأقل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

(١) وتبين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ المبني للعهد وتنفيذه من طريق التمويض . ففي تنفيذ العقد من طريق التمويض لا يلزم المدين إلا بتعميض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وما نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ المبني ، فلا يلزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التميدى في هذا المعنى ما يأتى : « ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المحكومة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التمويض . إذ تضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التميدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلزم إلا بتعميض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ المبني إلى حد بعيد عما كان في الوسع أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال ذات مبداء شخصي : استغلال هوى جامع أو طيشين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فهما مبداء مادي : حادث طارىء عام واحتكار لسعة أو مرفق .

ذات جانب أدنى بارز . فهي تسعف المتعاقد المنكوب عند ما يختل التوازن الاقتصادي للعقد . فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي . ولها أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي (١).

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو وجد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التي عقدت في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود ، وبخاصة في عقد الإيجار . فيفسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (٢) .

(١) أما في القانون الروماني فلا نسع لها مدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) البدائع ٤ ص ١٩٧ — والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كمن استأجر حماماً في قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من عن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده باليب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ٤٦٣) . وإما أن يرجع المنذر للمستأجر ، نحو أن يفسخ فيقوم من السوق ، أو يريد سفرأ ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكذا إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنتقض الإجارة من غير حق ، كما لو =

## ٤١٧- النظرية في القانون المحرّب - اثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنيين من رجال القانون الفرنسي القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لافقها - على خلاف في الرأي - ولا قضاء .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون المدني . فقيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسبانته (١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتح الباب واسعاً للتحكم - وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضاً لإلحاق الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسدياً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد (٢) . ويزد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة - وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين (٣) . ويرد على ذلك

= استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو قطع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٥٨ - ابن عابدين ٥ ص ٢٦) .

ونظرية المنع في الفقه الإسلامي - كما نرى - واسعة . وقد وضع الفقهاء للمنع معياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : « والماصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبره دون هذه وتلك . تازن أيضاً تصحيح المسكر (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٦١ ص ٢٠٩) .

(١) ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٢) تازن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

بأن الدائن لم يثر بلا سب . بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد - وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً . إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وحده . وإلا لكان الغبن سبباً في بطلان العقد - وقيل أحياناً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق . فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد إبرأخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف . فإذا هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً (١) - ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضي تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون (moratorium) ، وفي عقود الإيجار . وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية . وفي بعض العقود التجارية (٢) .

أما القضاء المدني فلم يقر النظرية . لا في فرنسا ولا في مصر .

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية نافهاً كل التفاهة (٣) . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية في فرنسا

(١) بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٤٦٢ .

(٢) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر في فرنسا في ٢١ يناير سنة ١٩١٨ - وراجع موران (Morin) - وأنظر في اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء في حالات استثنائية الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٣٢٩ من ٤١٥ - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - وأنظر عكس ذلك في وجوب تدخل المشرع بنفس عام يقرر النظرية في جملتها الدكتور حامد زكي (باشا) في رسالته في الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي من ٣٧٥ ونظرية العقد للثؤنث من ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) قضى فرنسي في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ١٨٧٦ - ١ - ١٦١ - أنظر

حكماً آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٦ .



بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً ، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء (١) .

والقضاء المصرى ، فى ظل القانون القديم ، كالقضاء الفرنسى لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطر القضاء المختلط فى هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام (٣) .

والقضاء الوطنى أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية فى حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من «الذرة العويجة» بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة فى حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها

---

(١) قضى فرنسى فى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيره ٥٦-١-١٢٩- أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : قضى فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٩٠٧ سيره ١٩٠٨-١-١٠٩- وفى ٦ يولية سنة ١٩٢١ سيره ١٩٢١-١-١٩٣ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩-٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤٤ ص ٣٦٨- ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٥٥- ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨٤ ص ٢٠٢- ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٦٠- ٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤- ٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦- ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧- ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨- ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦- ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩- ٦ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨- ١٣ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥- ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣- قارن استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١- ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه فى رسالة الدكتور حامد زكى (باشا) ص ١٤٠-١٤١) .

(٣) ٢ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلًا استحالة مطقة لحادث قهري . إلا أنه يجب أن يكون ذلك معياداً بمقتضيات عدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد . وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها في العقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال . فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف . ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الحراب . وإن نظرية الطارئ بما لم يكن في حساب المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبري . إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية . وتلك تتطلب استحالة نسبية . أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاقاً للمدين . وإن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها التي تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد . وقد أخذ بتطبيقاتها في نظرة الميسرة وفي الضرر غير المتوقع (١) . ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة . وقرنتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق من حيث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص في القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها . ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة في حكمها : «أنه لا ينقضى الالتزام العقدي بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحريم منه ، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب ، فلا ينقضى الالتزام . وإذن فالحكم الذي يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ في كليهما . زعماً بأن القانون المصري ، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين .

---

(١) استئناف مصر الوطنية في ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحلدة ١٣ رقم ٤١ ص ٦٣ -  
واطر تطبيقاً للدكتور حامد زكي (باشا) في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك . وبأن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر - الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ نظرية حساب الطوارئ في بعض الأحيان . إلا أنه قد استبقى زمامها بيده . يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولمصلحة العاقدين كليهما . فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه» (١) . ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام ، لا لرده إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصود القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهي إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعي عام يجعل الجزء إنقاص الالتزام لا انقضاءه . بل هي تصرح بذلك في الحكم ذاته إذ تقول : «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعمو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية في حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما» . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد قد سد هذا النقص . وأتى بالتشريع الذي كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر . فإن القضاء الوطني بقي ، في ظل القانون القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة . فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها ، لا إدخال أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين (٢) . وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه «ليس في أحكام القانون المدني (القديم) ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد . بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . ولئن كان هذا القانون في المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضي في أحوال استثنائية أن يأذن في الوفاء

(١) قض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ .

(٢) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحامة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين . وأجاز له في المادة ٥١٤ أن ينظر في أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه . فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لا بد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفي أعقابها وفي أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل في عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية - ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ . فيتدخل فيها شاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون محطاً في تطبيق القانون (١) .

#### ٤١٨ - ازدهار قانون القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة

إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص . فقد ازدهرت في القانون العام . بدأت في القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية ، فهي تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف في هذا القانون . ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد (٢) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى في هذا المعنى (٣) .

(١) قض مدنى في ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ من ٤٣٥ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ - ٣ - ١٧ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ - ٣ - ٢ - وفى

٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ٣ - ٣٣ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه

١٩٢٦ - ٣ - ١٠٨ .

وقد أخذ القضاء الإدارى - دون القضاء المدنى - بنظرية الحوادث الطارئة لسببين :

(السبب الأول) أن الأفضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعت وإلا أفلست ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالكثرة الغالبة من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أفضية إدارية - كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أفضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة - فإنه يزرع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأفضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية تورب الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها - والقضية التى تنظرها قضية إدارية -

أن تسيّر وراء مجلس الدولة في فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جند في مصر . لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة . أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإداري . وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدني . (والثاني) ظهور القانون المدني الجديد . وقد وجد فيه القضاء المدني ذاته النص الذي كان يتلمسه للأخذ بالنظرية .

### ٤١٩ - ظهورها أميراً في القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية

الحوادث الطارئة تنتعش في السنين الأخيرة . حتى في دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة . ظهرت في قانون الالتزامات البولوني ، ثم في القانون المدني الإيطالي الجديد ، ثم في القانون المدني المصري الجديد (١) . أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي : «إذا جرت حوادث استثنائية . كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية . فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد . جاز للمحكمة . إذا رأت ضرورة لذلك . تطبيقاً لمبادئ حسن النية . وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره . بل وأن تقضي بفسخ العقد» .

ثم تلى قانون الالتزامات البولوني القانون المدني الإيطالي الجديد ، فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي : «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية . جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد . وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

(١) أنظر في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مقالاً للأستاذ ليني أولمان في حوايات القانون التجاري سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ - ورسالة الدكتور حامد زكي (باشا) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٣٠ .

وثالث التقنيات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدني المصري الجديد . وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

وبرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة . وأن ثلاثة من أحداث هذه التقنيات أوردت نصاً عاماً يقررها (١) .

## ب -- نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد

### ٤٢٠ - شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط

أربعة . نسطها فيما يلي . ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الأول منها : (أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراحياً : ذلك أن طرء

حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضى أن تكون هناك فقرة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير متراح . وضرت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً . فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي ما يأتي : «وقد استحدثت المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذ استثنى مبدأ الضواري غير التوقفة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد باذر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى في هذا السبيل قديماً مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدني في فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطواري غير التوقفة ، وألغت في هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (٢٦٩م) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (١) فبراعى من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطواري غير التوقفة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففي الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تمييز المشروع مرهقاً يتجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحجلاً ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) وبراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية تبيِّن السبغة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره ، في بعض ما سلك من - بقات ، مخلط بذلك بين العلة والمعلول ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) .

التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى . أما القانون الإيطالى فقد نص على الشرط . بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية . فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى ( وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها ) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلا زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه . فهى عقود مترخية<sup>(١)</sup>

(ثانياً) أن نجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال . أو حرب . أو إضراب مفاجيء . أو قيام تعبيرة رسمية . أو إغاثها . أو ارتفاع باهظ فى الأسعار . أو نزول فاحش فيها . أو استيلاء إدارى . أو وباء ينتشر . أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصرى بأمثلة . تاركاً ذلك للفقهاء والعمل . وكذلك فعل القانون الإيطالى . أما القانون البولونى فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع النهيى للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون احوادث استثنائية . كما فعل القانونان البولونى والإيطالى . ولكن اللجنة المراجعة . رغبة منها فى توضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد . اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . « والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل فى اللجنة - أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس . كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض . أو غارة غير منتظرة للجراد . أو انتشار وباء<sup>(٢)</sup> . ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين - كإفلاسه أو موته أو اضطراب

---

(١) أقر الدكتور عبد الحى جازى فى عقد المده من ١٦٣ - ص ١٦٦ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٥ - هذا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة لأنها جميعها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير ( بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٦ ) .

(٢) مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ من ٢٨٢ .



أعماله أو حريق محصوله - لا تكني لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١).

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، فبيضان النيل (إلا إذا كان فيضاً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة (٢) ، وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث في الوسع توقعها (٣) . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئة فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويرتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعه عدم تنفيذه (٤) . أما الحادث الطارئة فلا يقضي الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع

(١) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .  
(٢) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان عمل الالتزام هوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتضاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر .

(٣) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد قلناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل في هذه اللجنة وفي لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالي غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤) .

(٤) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، فالمدين الذي اتضح التزامه لاستحالة تنفيذه بغيره لا يحمى من تبعه في صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعه عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد يفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين دافعاً ، فيتحمل المدين التبعه من هذه الجهة . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الفسخ .

الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث (١) .  
والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مر  
ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فإ يكون مرهقاً لمدين قد  
لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد  
لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام  
يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ،  
فإن التعامل مكسب وخسارة .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد . فلو أن  
المدين تهدته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ،  
كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع  
ثروته . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ،  
فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ،  
ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة  
المألوفة . ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ،  
فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد  
مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت  
شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت  
الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها . ولا  
يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شىء هين بالنسبة  
إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته  
ظروف موأية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فإذا التزم تاجر

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا  
كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب  
النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فن الأهمية يمكن أن نستين  
وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطوارئ غير المتوقعة تنتظمه مع القوة القاهرة ففكرة المفاجأة  
والحم . ولكنه يفتقر عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً ، بل  
يجعله مرهقاً يتجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل  
بالجزاء . فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعاً كاملة .  
أما الطوارئ غير المتوقعة فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المقبول ، وبذلك يتقاسم  
الدائن والمدين تبعته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

بتوريد قمع ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمع ، ثم علا سعر القمع لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين (١) .

### ٤٢١- الجزاء في نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة

الذكر ، «جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢) . وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي «ينقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة في تحرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائي ، فيصبح على القاضي أن « يرد» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (٣) . وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذى يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق .

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً بقدر له الزوال في وقت قصير (٤) . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً

(١) أنظر في هذا المعنى بلانول وريبير وإسبان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦ .

(٢) هذه هي العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ - ص ٢٨٦ - أنظر أيضاً آتياً فقرة

٤١٤ (في الهامش) .

(٤) بلانول وريبير وإسبان ١ فقرة ٣٩٦ .

ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد . فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف صرر جسيم يلحق صاحب المبنى (١) .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق . وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب . فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد (٢) » . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعه الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله . بل أيضاً تبعه الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً . وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك - ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة . فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضى السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) أن القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر . بل يجيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصح للمدين . إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء .

(١) قارب من ذلك نظرة البسرة النصور. عليها فى المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

(٢) مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ ص ٢٨٥ .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية . ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه . حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل (١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن «يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول» . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول . فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . وبالعالم القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

(١) بلانيول وريبير وإسان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٨ .

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ «إن أساس النظرية هو نضجية من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لأن يتحملها أحدهما بإبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — وأنظر أيضاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

رأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون - بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في أن يدرأ طلب النسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة. وقد أراد القانون الإيطالي بالطريقة التي اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضي، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ في شأن الجزاء الذي قرره القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام. فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه. وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال: «ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢). (٢) أن مهمة

(١) والجزاء الذي جمعه القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة - وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول - هو كما نراه جزء من ييسر على القاضي أن يبالغ كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين. ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكيم القاضي. وفي هذا يقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، فهي تستهدف لذلك باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي. بيد أن المشروع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار، فأضفى عليها صفة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطوارئ غير المتوقعة وفي أعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء بقدره تقديرأ ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خیار المحكمة في هذا الصدد إذا رأته ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك»، (وقد استبدل بها في لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهي لا تقل في الموضوعية) بديلاً من هذا النص. وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي الرزعة. وفضلاً عن ذلك فإذا ثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع، وعمد إلى أعمال الجزاء بإتهام الالتزام الذي أصبح يحاوز السعة، فهو ينقص منه إلى «الحد المقبول»، وهذا قيد آخر مادي الصفة لا تقبله في التقنين البولوني» (مجموعة الأعمال التحضيرية: ٢٨٠ - ٢٨١).

(٢) وقد اقترحت هذه اللجنة المراجعة، وروعي في إثباتها أن الجزاء قد يحدو سوريا لاقية له إذا سمح للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يعل شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢). وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يبيح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحوادث الطارئ. وهو أقل خطراً من القوة القاهرة، وذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعه القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعه الحوادث الطارئ فغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها. =

القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد . بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

## ٤٢٢ - تطبيقات تشرعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الجديد :

ولم يقتصر القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما ، نص في نظرة الميسرة (٢) ، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل (٣) .

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه في عقد الإيجار (٤) ،

== هذا ويجوز للدين المرحق ، بعد وقوع الحادث الطارىء ، أن يتفق مع دائئه على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على الدين . فيجوز للدين إذن أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارىء ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص . (١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارئ غير المتوقفة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ ) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنه نص في القانون ، أن ينظر الدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حاله ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا وقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارىء ، وقد مررت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صورته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تمويصاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا ==

وفي عقد المقاولة (١) ، وفي حق الارتفاق (٢) .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ، حادثاً عاماً . بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزاء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣- سريانه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من صيغ الرضاه : وقد رأينا فيما قدمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث

= اقتضى عمله أن يغير على إقامته أن يطلب إنهاء لإيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك . وتسمى المادة ٦٠١ على أنه . إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موثرهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ . وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية — وبلاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه . إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتسامى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . — وبلاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام ، كما تضحى بذلك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما تضحى به هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الموضع الذي عين أصلاً للاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرغوب به ، فذلك هذا استقرار أن يطلب هزل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر مملوكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لملك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث عام .



الطارئة ، وأن القانون الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً . وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى - عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك في أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد . فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه . وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل القانون القديم .

الحالة الثانية - عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد : لا شك هنا أيضاً في أن القانون الجديد هو الذى يسرى . وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة - عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون : كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان القانون القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فوري (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ القانون الجديد ، ولا تسرى بأثر رجعي (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون (٢) .

(١) والأصل أن المقدم يحكمه القانون الذى انقضى في ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث اهتصاصه ، حتى أنه لو تكون المقدم في ظل قانون معين ، ثم أنتج أثره أو اقتضى في ظل قانون آخر ، ففانون المقدم هو القانون الأول ، ويستبدل القانون الجديد في تطبيقه الرجعي (rétroactif) وفي تطبيقه الفوري (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ - وأنظر في سريان التفسير الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد المحي حجازي في عقد المدة ص ١٤٣ - ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فوري - لا بأثر رجعي - على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون . مثل ذلك أن يبدل قانون جديد من السعر الاتفاقي للعائدة ، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان القانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما الفوائد التى استحققت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعي (أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تخفيض السعر الاتفاقي من =

## المبحث الثاني

### المسئولية العقدية (جزء العقد) (\*)

(La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤ - نظام المسئولية العقدية<sup>(١)</sup> : المسئولية العقدية تقابل المسئولية

التقصيرية . فالأولى جزء العقد ، والثانية جزء العمل غير المشروع . ويعتينا هنا المسئولية العقدية . أما المسئولية التقصيرية فتتكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

= ٠.٨ / ٠.٧ : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٨٤ - وأنظر عكس ذلك محكمة النفس الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٢ جازيت دي بايه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي (١٤٧) .

(\*) بعض المراجع : مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - ساوانيه في المسئولية

المدنية - بنكاز (ملحق بودري) جزء ٢٠ - ديموج في الالتزامات جزء ٦ - بلانول وريبير وإسمان جزء ١ - بنوايه مذكرات لقسم الدكتوراه - هنري مازو مذكرات لقسم الدكتوراه - جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - مينييه (Maynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - ماري مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - أميو (Amioù) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ - رابوت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ - ليففر (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ - نيل بيكه (Emile Becqué) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ من ٢٥١ - ٣٢٠ - كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ من ١١ وس ٦٥ - هنري مازو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ من ٥٥١ - إسمان مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٣ من ٦٢٧ وما بعدها - فيني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ من ٤٢ وما بعدها - بيندكس (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ من ٦٥٧ - جاردينا (Gardenat) تطبيق في الأسبوع القانوني (Sem. Jur.) ١٩٣٩ - ١ - ١٠٢ - تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٥ من ٢٣٥ وما بعدها - صليب ساي باشا مقال في المجلة سنة ١٢ عدد ٩ - نصيف زكي بك مقال في المجلة سنة ١٣ عدد ٢ - نظرية المقدم للذلف فقرة ٨٤٨ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها - الدكتور احمد شحات أبو ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها .

(١) سنجدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر ما يلي فقرة ٥١٣) .

وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : «يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً» . فإذا أمكن التنفيذ العيني - وطلبه الدائن - أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني - ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسؤولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . وتجب المادة ٢١٥ - وهى نص جوهرى فى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام - بأنه وإذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه . فإما إذا ثبت أن الأركان التى تقوم عليها المسؤولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشمل عليها المسؤولية العقدية .

ويتبين مما تقدم أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدى (١) . وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي . وإنما تتحقق المسؤولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي .

## ٤٢٥ - تَسْتَمَسائل المسؤولية العقدية - فطلة السمى : ومسائل

المسؤولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أمكنة متفرقة ونحن فلم شتاتها هنا . ولكننا مع ذلك نترك الكلام فى التمييز بينها وبين المسؤولية

(١) ويترب على ذلك أقيام للمسؤولية العقدية إذا كان عمل الالتزام العقدى هو دفع مبلغ من النقود ، فالنفيذ العيني هنا ممكن دائماً ، ولا عمل للمسؤولية العقدية ( بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧ ) .

التقصيرية . وهل تعدد المسئوليتان . وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا . إلى باب العمل غير المشروع . وترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقدير أفضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . وما يسبق استحقاق التعويض من إعدار ، إلى الجزء الذي نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام (١) .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . ولكننا - توخياً للإيجاز - سندمج آثار المسئولية العقدية في أركانها ، على خلاف الخطة التي سننبعها في المسئولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط .

وأركان المسئولية العقدية - كأركان المسئولية التقصيرية - ثلاثة : (١) الخطأ العقدي . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

## المطلب الأول

### الخطأ العقدي

( La faute contractuelle )

٤٢٦ - **مسائل مهمات** : الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه الشخصي . ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التي في حراسته ، كما هو الأمر في المسئولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي . (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

---

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسرى على المسئولية العقدية . ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التي تقررهما في المسئولية العقدية . فمن المسائل التي تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية : علاقة السببية والسبب الأجنبي - السبب المنتج والسبب المباشر - دعوى المسئولية - تدمير الضرر - التأمين من المسئولية ألخ ألخ .

## ١٥ - الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧ - مذهب الخطأ العقدي : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد . فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة في هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى : « يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . وتقول المادة ٢١٥ : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه » .

فيذا لم يرق المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي . ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده . أو عن إهماله . أو عن فعله ( أي دون عمد أو إهمال ) . بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية - وهي ركن في المسئولية العقدية - تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه ينبغي فهم المادة ٣٧٣ ، وهي تنص على أنه « ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عينياً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، أيا كان السبب في ذلك .

## ٤٢٨ - نوعاه من الالتزامات : الالتزام بتعويض غاية والالتزام

ببديل عناية : ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات . فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام .

فالالتزام ينقل حق عيني - أيا كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن مل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة . هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل . فتفنيدها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية - أيا كان السبب في ذلك - ببق الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في النسخة الفرنسية بعبارة ( obligation de résultat ) ، ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية» .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام يبذل الجهد للوصول إلى غرض ، يتحقق الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتفنيده مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ففى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد ( م ٥٨٣ فقرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد ( م ٦٤١ فقرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ( م ٧٢٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد ( م ٧٠٤ ) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام في عمومه ، فنصت على ما يأتي :

١ - في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى . وأولم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ - وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) . وقد اصطلاح على تسمية هذا النوع من الالتزام في الفقه الفرنسى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « ١ - في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود - ٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله في شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصداً ذلك . وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفي لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية في آخر الفقرة الأولى : « هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكتفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد في القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٢١٧ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٣١ - من ٥٣٤ ) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين . تنتظم أولاهما ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشيء أو إدارته أو توخى الحيلة في تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة اخرى ما يتصل بالإلزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الالتزام . والأصل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف في عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أياً كان مبلغ تشدده أو اعتداله أو تهامله في العناية بشؤون نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تنصرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك ما يقع في الوكالة والوديعة غير المجورة . فظالماً ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منها بشؤونه الخاصة ، دون أن تتجاوز في ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى تقيض ذلك يقصد في عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين - يبذل ما يبذل من العناية في شؤونه الخاصة ، على ألا يقصر في ذلك عن درجة العناية الوسطى . ومتى تفرقت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير في بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يرتب مسئولية المدين . ومهما يكن من أمر فن السلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٣٢ - من ٥٣٣ ) .

بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة (obligation générale de prudence et diligence) ونسميه نحن « الالتزام ببذل عناية (١) » .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العتدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العتدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية (٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العتدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة (٣) .

### ٤٢٩ — إثبات الخطأ العفوى : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات

الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانوني ، التزم ببذل عناية . والالتزام بعدم الإضرار على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانوني ، التزم ببذات .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٩ — ٢ والمواشئ والمراجع انشار إليها في هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً في الالتزام غاية ألا ينفذ المدين الترامه عمداً أو بإهماله أو بقله . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي هي انعدام الخطأ (absence de faute) ، وإنما يوجد سبب أجنبي فالخطأ العتدى قائم ليفطى منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العتدى يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبي ، فالسبب الأجنبي لا يفتى الخطأ بل يفتى علاقة السببية كما هو معروف . (أنظر الدكتور سايمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العتدى في الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التصيرى ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، وسرى أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التصيرى (مازو ١ فقرة ٦٧٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوضعية هذا المذهب في حكم حديث لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطأ في المسؤولية التناقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفي هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذى نبنى عليه مسؤولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بنبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام ببذات — ومثله كما هو مقرر فيها الالتزام الضمنى في عقد النقل بلازمة الراكب في أثنائه — ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم ، دون نظر لى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التي تمهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما بين من سلوك الملتزم ومطابقته لا بسلوك الرجل الحريص (استئناف اسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .



تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً .  
فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلاً) . فإذا ادعى  
المدين أنه نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك . وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني .  
أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ  
الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي  
يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن  
إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه (١) . فإذا أثبت ذلك كان هذا  
إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن  
يثبت الضرر ، وكانت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سئرى .  
فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذي أصابه يكون  
قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات . فاستحق التعويض . وهذا ما لم  
ينف المدين السببية المفروضة بإثبات السبب الأجنبي .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففي الالتزام بغاية ، كالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع . يثبت الدائن -  
وهو هنا المشتري - عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك  
في جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في  
وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع . لأنه ملزم بتحقيق غاية .  
وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لثني علاقة السببية ، وإلا فالخطأ  
ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة . ولا نقول هنا - كما كان يقال  
عادة - إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدي مفروضاً في جانبه ،  
بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي ، وقد أثبتته الدائن ،  
فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين ، بل هو خطأ ثابت (٢) . وللبائع ،  
عند ما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت  
الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام  
 بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبة بالتعويض ،  
 فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق انتزاع العيني .

(١) مزو ١ فقرة ٦٦٤ والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة .

(٢) مزو ١ فقرة ٦٦٢ - ٢ ص ٦١٩ - ص ٦٢٠ .

وفى الالتزام بعناية . كالتزام الطبيب بعلاج المريض (١) ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه وهذا هو العقد الصريح أو الضمني —ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل في علاجه العناية المطلوبة . بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي . فتتعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي . بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض (٢) .

(١) التزام الطبيب ملاح المرض ليس التراماً بتحقيق عاية هي شفاء المريض ، بل هو الترام يبذل العناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٧ — الدكتور سليمان مرقص في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٨٩ — ص ٩٧ — ومع ذلك فارق بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٦٩٩ — نظرية المقدر اللؤلؤ فقرة ٨٥١ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٣ وقرة ٣١٨ — فقرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدعى ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدعى بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . غير أنه في الالتزام يبذل عناية ، إذا عجز المدعى عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ الترام ، فالتائب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدعى في المسؤولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة ، فمن المعقول أن تفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو لإخلال بالتزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات ، فلي هذا المدعى أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ الترام طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أمره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبرأ الدائن بإثبات الالتزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليدين بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدعى أنه قد نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبادىء المدعى مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدعى من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، =

٤٣٠ - نظرية مهجورة - ندرج الخطأ (gradation des fautes) :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهميل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به - وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معناد - وخطأ نافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ النافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني ، وهي ليست منه ، بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم . نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية (١) ، ونراها مبسطة بوضوح عند بوتييه (٢) . ولكنها هجرت في القانون الحديث . وهي نظرية متقدمة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ؛ فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غايته . وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدي في جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه . وقد يكون مقصراً تقصيراً جسماً . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً تقصيراً نافهاً .

= بل يتقدم بأدلة هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلة ، والقاضي يوازن ما بينها ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكمه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه . وإن كان هو المدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام . (فارن مازو ١ ص ٦٥٥ - ص ٦٥٣) .

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطأه فى جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، فقلنا إن المدين قد يتمتع من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنفى بوجود السبب الأجنبي ، فتعدم المسؤولية لانعدام السببية لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدنى الفرنسى ، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ . تناقض ظاهرى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يدرأه فيه . والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالاعتناء فى المحافظة على الشيء يازم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد . ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى . وهذا صحيح . وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام (١) . وقد أتى القانون المصرى الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى (٢) . فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم

(١) أنظر ما زو ١ فقرة ٦٥٩ - فقرة ٦٦١ ، وانظر فى هامش فقرة ٦٥٩ عرساً للآراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين - الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ - ص ١٠٠ - وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ . (٢) أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصى القانون الفرنسى المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن الدين لا يكون مشلولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ خطأً منه (أنظر المواد ١١٩/١٧٧ و ١٧٧/١٧٨ - =

عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ نافع تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن القانون المصري الجديد (١) . فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (م ٢١١) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل

= ٢٤٠ - ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء في مصر ، في ظل القانون القديم ، كانا يفسران هذه النصوص بما يفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه في المقدم خطأ في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ١٠٧ - ص ١١٢) .

(١) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصاً كمنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلاً مادتان ٣٧٦/٤٦١ في الإيجار وللمادتان ٤٨٢/٥٩٠ في الرديمة) ، ويطلب طوراً العناية التامة فيحاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلاً المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/٥٦٩ - ٥٧١ في عارية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في قهبا .

العتاد كما رأينا فيما تقدم (١). كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لها الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢). وسرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإعفاء من المسؤولية (٢).

## ٢٤ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

### ١ - المسؤولية العقدية عن الغير :

٤٣١ - نطاق المسؤولية العقدية عن الغير : المسؤولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذي أضر بالدائن في الالتزام العقدي . فيوجد إذن : (١) المسئول وهو المدين في الالتزام العقدي . (٢) والمضروب وهو الدائن في هذا الالتزام . (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروب وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضروب هو المؤجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلي ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك

(١) أنظر مثلاً المادة ٥٢١ في الشركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ في الإيجار ، والمادة ٦٤١ في العارية ، والمادة ٦٨٥ في عقد العمل ، والمادة ٧٠٤ في الوكالة ، والمادة ٧٢٠ في الوديعة . (٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسؤولية العقدية في بعض العقود المسماة : عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بنهاية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ - والتزام البائع بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية هو التزام بنهاية م ٤٣٩ و ٤٤٧) - عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بنهاية م ٥٨٣ - والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بنهاية م ٥٨٤ - والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بنهاية م ٥٩٠) - عقد العارية (التزام المعير بتسليم العين التزام بنهاية م ٦٣٦ - والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بنهاية م ٦٤١ - والتزام المستعير برد العين التزام بنهاية م ٦٤٢) - عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بنهاية م ٧٠٤) - عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بنهاية م ٧٢٠ - والتزام المودع عنده برد العين التزام بنهاية م ٧٢٢) - عقد رهن المحلظة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون التزام بنهاية والتزام برده التزام بنهاية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً) .

أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون الغير معهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، فذلك لأن مسؤولية المسئول نحو المضروب هي مسؤولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسؤولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذي أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضروب ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضروب في أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها في مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسؤولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة في عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسئولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضروب لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم في هذا المثل مسؤولية تقصيرية ، هي مسؤولية المتبوع عن تابعه ، إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح في المثل الذي نحن بصدده ، فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية . إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسؤولية - إذا تحققت - من العقد ، بل تكون مسؤولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذي أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب في البطلان ، فيكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية هي مسؤولية المتبوع عن التابع . فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه في تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه في ذلك ، فإن تدخله في الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسؤولية المدين ، ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد : فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم ، حتى لو كانوا

مستأجرين من نفس المؤجر (١)، في انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية ، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، فمفتدئ تنفى مسؤولية المؤجر بتاتا . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد من يسكن معه ، ومسئولته في الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن قائمه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير .

### ٤٣٢ - نصوص القانون المرئى الجبريد الواردة فى المسئولية العقدية

عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن الغير ، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة فى المسئولية التصديرية عن عمل الغير (٢) . ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » . ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فما دام

(١) أنظر المادة ٥٧١ . فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد .

(٢) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية التبوم عن تابعه .



أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً . هو أن المدين مسئول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العفدي .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة : من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي : « ١ - على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار منبى على سبب قانوني يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عن تلقوا الحق منه إنما هي مسؤولية عقدية عن عمل شخصي ، أما مسؤوليته عن الأعمال التي تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير (١) .

وفي عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي : « ١ - يجوز للمقاول أن يكمل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرّض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ - ولكنه يبقى في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل » . فهذا نص صريح في مسؤولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

وفي عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي : « إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،

(١) أنظر أيضاً في مسؤولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل

ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامين في المسؤولية، وهنا أيضاً نص صريح في مسؤولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير.

### ٤٣٣ - شروط المسؤولية العقدية عن الغير وأصلها: ويتبين مما تقدم

أن الغير الذي يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ العقد. فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل. والمستأجر من الباطن والمنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر. وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلي مسئولاً عنهم نحو العميل. والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين (١). ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل. والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر. وبوجه عام كل من كلف - اتفاقاً أو قانوناً - بالحلول محل المدين في تنفيذ الالتزام، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي، أو بمساعدته في تنفيذه، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين، يكون هو «الغير» في المسؤولية العقدية عن الغير. ولا يشترط في الغير هنا، كما يشترط في المسؤولية التقصيرية، أن يكون تابعاً، فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» في هذه المسؤولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» في المسؤولية التقصيرية.

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه، على النحو الذي ستراه في مسؤولية المتبوع عن التابع. وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها، وفي الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة، فخطأه هو وخطأ الأصيل سواء.

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية العقدية عن الغير، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذي استخدمه في تنفيذ التزامه. واختلف في الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية. فمنهم من يقيّمها على خطأ مفروض

(١) أنظر في المسؤولية العقدية عن البواب، في صدد سألين هاتين مما سرقة المنزل وضياح

فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبينها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف عينه نجد في تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هنا بالتفصيل .  
وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد . وإما بالمسئولية التصديرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون .

### ب - المسئولية العقدية عن الأخطاء :

٤٣٤ - نطاق المسئولية العقدية عن الأخطاء : إذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشيء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شيء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسئولية التصديرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولاً مسئولية عقدية ولكن لا عن «فعله الشخصى» بل عن «فعل الشيء» . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن - البائع يسلم الآلة المبيعة للمشرى فتفجر الآلة فى يد المشرى وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولاً مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشيء محل العقد للدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شئ آخر فى حراسة المستأجر - كمواد متفجرة - تدخل إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشيء ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء ، والشيء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن ، ويكون المدين مسئولاً عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة ، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطائرة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب ، إذ هو ملتزم سلامته ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية . ولكن لا عن فعله الشخصي ، بل عن فعل الشيء .

### ٤٣٥ - المسئولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل

الشخصي تحكمها قواعد واهمة : والفروض الثلاثة التي قدمناها لا فرق في الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصي . فالمدن بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصي أو إلى فعل شيء في حراسته ، فمسئوليته متحققة في الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما . ويعتبر «فعل الشيء» في الفروض المتقدمة هو فعل شخصي للمتعاقد ، لأن الشيء في حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هي كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصي (١)

### ٣٤ - تعديل قواعد المسئولية العقدية

### ٤٣٦ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين على

المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين في المسئوليتين . وتسنوى قواعد التأمين أيضاً ، وسنفضلها عند الكلام في المسئولية التقصيرية .

### ٤٣٧ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق - النص

الفأورية : تنص المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) أنظر في الموضوع ما زو ٢ ص ٣٢٥ - ص ٣٤١ .

١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف - على ما يأتى : « وفى كل حال يبنى المدين مسئولاً عما يأتية من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظي فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقييداً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يحمل عبء المسئولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجئ ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على قبيض ذلك ، بإشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أيا كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للنظام العام . على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيماً ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

(٢) انظر آخراً ذاً فقرة ٤٢٨ - وأنظر تاريخ النص فى هامش هذه الفقرة .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقي من قواعد المسؤولية العقدية . وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيدهما في نصوص تشريعية .

### ٤٣٨- الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق:

ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العتد . وكان العتد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية . فإن لها أن تعدلها . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة . بل هي حكم القانون . وسرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعد بالاتفاق . كما جاز في المسؤولية العقدية .

### ٤٣٩ - الأمطام التي قررتها النصوص في جواز تعديل المسؤولية

العقدية بالاتفاق : والأحكام التي قررتها النصوص . والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدأين رئيسيين :

**المبدأ الأول :** يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية .

فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (١) . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بالألّا يجعل المدين مسئولاً حتى عن تقصيره .

**والمبدأ الثاني :** يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز

التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من

(١) استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

المسئولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدى . لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالنقل العمد ، وبأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأً جسيماً ، فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض (١) .

## ٤٤٠ - تحليل لهذه الاعطام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام

بغاية: وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها في ضوء ما عرفناه من قواعد المسئولية

(١) استئناف مختلط في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - ٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذهبى بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك في أصول التمهيدات فقرة ٤٧ .

وفي عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسئولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط في ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله في جانب الدائن كما كان الأمر في فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختططة بمد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسئولية في عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - قارن استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ - ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختططة على حكم قانون رابيه دون أن يكون في مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة في عقود النقل تجعل التشديد في مسئولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر في هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ - ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسئولية في عقود النقل .

أما الإعفاء الاضاق من المسئولية العقدية عن عمل الغير في الخطأ اليسير فجاز في مصر في القضاء والفقه (استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - والتون ٢ ص ٢٧٢ - ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً ، فكان القضاء في مصر لا يجيز الإعفاء من المسئولية (استئناف مختلط في ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، ويجيزه الفقه في الخطأ الجسيم (التون ٢ ص ٢٧١ - ٢٧٢) ، والقانون المدنى الجديد يجيزه حتى في المد كما بينا (قارن ملازو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها .

العقدية . رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي . وتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً (١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسئولاً عن الفعل العمد . وعن أى خطأ ، جسماً كان أو سيراً أو تافهاً . بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صورها ، فلا يكون المدين مسئولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك يتقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسئولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (٢) . وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية . فيشترط إعفائه من المسؤولية عن الخطأ التافه . ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى التافه ، هو القدر الذي يصلح لتفاه في رأينا من نظرية تفرج الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس التي قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فاده وكان السبب في هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية الخفيفة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة ، فأولى أن يقع في المسؤولية الخفيفة . ففي عقد النقل — حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب ، والتزامه التام غاية فيكون مسئولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين النقل إعفائه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يبرأ ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لاعتبار أمين النقل . أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب ، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية يسقط المسؤولية العقدية ، فتبقى المسؤولية التصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالحيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصيرية ، وسرى عند الكلام في المسؤولية التصيرية أنه لا خيرة بين المسئولين ، وأن المسؤولية العقدية إذا تحققت لا تنسخ للمسؤولية التصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١) .



مسئولا إلا إذا أثبت الدائن في جانبه عمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته . ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم . ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك (١) . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع . وهو التزام بغاية . يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه . أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «يفع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة . حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص . هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي . ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسؤولية . فيصبح مسئولاً عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية . إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد في مسؤوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد بتخفف من مسؤوليته ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير .

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ - ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفائه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد يتقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد يتقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ الزافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، بتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والالتزام بعناية (١) .

### ٤٤١ - الآثار التي تترتب على شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً على النحو الذى فصلناه ، فإنه يعنى المدين من المسؤولية بالقدر الذى يتسع له الشرط . ويتنبى المدين مسئولاً فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى - واقتمدى به القضاء

(١) هذه القواعد التى بطنانها فى الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية العقدية فى حاجة إلى مزيد من التأمل فى فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها :

(١) قد تشترط شركة إعفاءها من المسؤولية العقدية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقى التقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلها عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فشولية الشركة عن فعله تعتبر مشولية عن فعل شخصى لاعتق الغير . فلا يجوز إذن للشركة أن تمنى نفسها من المسؤولية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تمنى نفسها من المسؤولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

(ج) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسؤولية العقدية عن الضرر الذى يحدثه بالائس فى جسمه بخطأه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، مع أن هناك ميلاً إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا فى الضرر الذى يلحق المالك دون الجسم (أنظر ما زو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط فى عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضى أن يبطله ، وما إذا ورد فى غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً فى جميع الأحوال . ويحسن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر فى شأنه تشريع خاص يواجه ملبساته المختلفة .

المصرى في ظل القانون القديم - يصيق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسؤولية التصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية ، وللدائن الخيرة بين هاتين المسؤوليتين . فإذا كان هناك شرط يعنى من المسؤولية العقدية ، بقيت المسؤولية التصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ فى جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسؤولية العقدية وقد أعنى المدين منها ، بل على أساس المسؤولية التصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسؤولية التصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . وهذه النتيجة تازم من يقول بالخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام فى المسؤولية التصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعنى المدين من المسؤولية العقدية . ولا محل للمسؤولية التصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك (١) .

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . ويصعب فى كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء . لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً فى ورقة مطبوعة هى « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » . أو فى ورقة موضوعة فى مكان غير ظاهر فى فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان فى مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء : أولاً احتمال أن يكون الدائن لم يبر هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة . والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تعسفى للقاضى أن يبطله . أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلاً وفقاً للقواعد التى

(١) هذا وقد قدمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسؤولية العقدية فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ الناتج . فإذا استقام هذا التفسير فى عقد ، جاز القول فى نظرنا إن مسؤولية المدين العقدية - لا التصيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن فى جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تصيرياً ( أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ فى الهامش ) . ولكن يظن أن يتناول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه فى هذه المسؤولية ، فيشمل المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ الناتج عن الخطأ يسيراً . دون المسؤولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، بهذان لا يجوز الإعفاء من مسؤولية عنهما كما قدمنا .

تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء (١) .

## المطلب الثانى

### الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢- عبء إثبات الضرر : الركن الثانى فى المسئولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسئولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه . ولا يفترض وجود الضرر بمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصبب الدائن ضرر من ذلك . ففى عقد النقل مثلا ، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة . أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكفى لاستخلاص وجود الضرر . بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر (٢) .

ويستثنى من ذلك فوائد التقود . فإذا استحققت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسئولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير .

(١) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ - فقرة ٢٥٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، يبطل العقد كله ، ولا يتحقق هذا نادراً .

وتسرى القواعد التى قدمناها فى صورتين نعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسئولية العقدية : (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية ألا يتجاوز مسؤليته ، إذا تحققت ، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسئولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر ، فهذا هو الشرط الجزائى . (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

(٢) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢ .

أما الشرط الجزائي فلا يغني عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

### ٤٤٣- مسألتاه للبحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتعويض

عن الضرر في المسؤولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين: (١) الضرر المادي والضرر الأدبي. (٢) مدى التعويض عن الضرر .

## § ١ - الضرر المادي والضرر الأدبي

### ٤٤٤ -- كيف يتحقق كل من الضرر المادي والضرر الأدبي :

قد يصيب الدائن في المسؤولية العقدية ضرر مادي في ماله أو في جسمه ، كالمعير لا يستطيع استرداد الشيء المعار ، وكالراكب يؤذى في سلامته عند النقل . والضرر المادي هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر في المسؤولية العقدية ، أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط في الضرر المادي لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبي .

### أ - الضرر المادي (préjudice matériel) :

### ٤٤٥ - الضرر الحال (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر

الذي وقع فعلاً . والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سنرى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا

كلف الموكل وكيهه أن يقيد رهناً لمصاحته . فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين . فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

#### ٤٤٦ - الضرر المستقبل (préjudice futur) : وقد لا يقع الضرر في

الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات بدخرها للمستقبل من الأيام . فيحل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية . ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الحديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال . إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بخادث في أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض ، وجب التربص حتى يُعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنهالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسؤولية التقصيرية .

#### ٤٤٧ - الضرر المحتمل (préjudice éventuel) : وقد يكون الضرر محتملاً :

لا هو قد تحقق فعلاً ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خلافاً يخشى معه أن تهدم العين . فالخلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحققت . وسنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعرض عنه إلا إذا تحققت كما قدمنا ، وتنويت القرصة ، ويعرض عنه في الحال .

#### ب - الضرر الأدبي (préjudice moral) :

#### ٤٤٨ - أثره على الضرر الأدبي في المسؤولية العقرية : سنرى عند

الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيلحق به من

ألم أثر يحدث فيه من تشويه . وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض . وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية التصيرية . فإن وقوعه في المسؤولية العقديّة نادر . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد . فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سرّاً للمريض لا تجوز إذاعته . فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً . والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً سمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيخ جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

### ٤٤٩ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقديّة :

وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقديّة بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقديّة . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تميز هذا التعويض ، وقد ردد دوماً وهوتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم

القانون الروماني . ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تجيز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية (١) .

أما في القانون المصري ، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاءً (٢) . وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

٤٥٠ - إمام : وسنتوفي بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . فما يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة في تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

## ٢٤ - مدى التعويض عن الضرر

### ٤٥١ - الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسؤولية

العقدية : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً . لاني المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية . فلا يعوض إذن في المسؤولية إلا عن الضرر المباشر (direct) .

ولكن في المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) أنظر في الفقه الفرنسي ما زو ١ فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩ .



التعاقد (١) .

ونأى بمثال يوضح ذلك نقله عن « نظرية العقد (٢) » : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة . وتلتف بعض المفروشات في أثناء النقل ثم يكون في المنزل الحديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع . وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أدخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسئولية التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً حتى في المسئولية التقصيرية (٣).

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦ ) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويجريان على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويكون للمسئولية التعاقدية ، في حالتها الفسح والخطأ الجسيم ، حكم المسئولية التقصيرية . أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتعرف عن الوفاء بمجردهما ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فإذا لم يتحقق و النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التويض عنها . ویراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مده » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥ ) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩ .

(٣) استئناف مختلط في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفي ١٠ يناير سنة

١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — قض فرنسي

في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيرة ١٩١٧ — ١ — ٣٨ .

فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسهم الشخصي . لا باعتبارهم ورثة . فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم . لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع (١) .

## ٤٥٢ - ماذا يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر

**المتوقع** : ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش - أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين . فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولاً بالعقد ، حتى لو كان سبب النية في عدم تنفيذه . ويرى أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (٢) . ونرى من جانبنا أن نلتمس مبرراً للقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإذا المتعاقدين هي التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاق يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار

(١) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧ .

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ - ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦ .

الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في - التي غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين متأزماً بالتعويض عن كل الضرر ، متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسؤولية . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنسبها الآن في تحديد الضرر المتوقع .

### ٤٥٣ - تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر ومقداره - معيار

**موضوعى :** لما كان مفروضاً أن المدين في المسؤولية العتدية لم يزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا ، وجب ، جرياً وراء هذا الفرض المعقول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا في سببه فحسب ، بل أيضاً في مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع « الطرد » في الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسؤولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسؤولة إلا عن القيمة المعقولة « للطرد » ، إذ هي لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه في سببه وفي مقداره (١).

ويبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذى ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر في هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسؤولاً عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً لا يلتزم « إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى . فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة ، أى الضرر

(١) قنن فرنسي في ٧ يولية سنة ١٩٢٤ يسماه ١٩٢٥ - ١ - ٣٢١ - ومع ذلك أنظر قنن فرنسي في ١١ يولية سنة ١٩٢٨ جازيت دي باله ١٩٢٨ - ٢ - ٣٢٧ - مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨ .

الذى يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين .  
لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين في تبين الظروف  
التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر . فإن الضرر يعتبر متوقفاً ، لأن  
الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين  
للضرر يرجع إلى فعل الدائن . كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل  
بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره . فإن الشركة لا تكون  
مسئولة عن هذا الضرر . إذ من حقها ألا تتوقعه . وهذا ما كان الشخص  
المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة . للحصول  
مثلاً على تعريفه مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى  
يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء  
بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر . فيكون المدين  
معدوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد  
الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق . أو سيؤدي امتحاناً . أو سيحضر  
اجتماعاً هاماً ، أو سيمضى عقداً ، أو سيتقدم في مزاد ، أو نحو ذلك من  
الأشياء العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً  
عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ،  
وإنما يكون مسئولاً عن الضرر الذى ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما  
إذا رجح عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب  
أجنبي عنهما معاً ، فإن المعيار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى يطبق في  
هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية  
يتوقع الضرر أو لا يتوقعه (١) .

### المطلب الثالث

## علاقة السببية بين الخطأ والضرر

( Lien de causalité )

٤٥٤- **عبء الإثبات** : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب

أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية

(١) أنظر انتقاداً لئاعة قصر المسئولية العقدية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٢٣٩١ .

ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين . كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن . دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب . ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة . فتكسر البضائع . فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة . فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف بنى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي . أو يرجع إلى خطأ الدائن . أو يرجع إلى فعل الغير . والنص صريح في هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن يتخذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (١) .

٤٥٥ - إجماعاً: يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً . إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ . بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام في السبب الأجنبي ، وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، تشارك فيه المسئولتان العقديّة والتقصيرية . لذلك نرجى بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فنستوفي هناك بحثها تفصيلاً .

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي .

## الفصل الثالث

### زوال العقد

٤٥٦- كيف يزول العقد بالانقضاء (extinction) والاحلال

(dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشأها . وهذا هو مصيره المألوف . ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه . أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله . كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل .

٤٥٧- انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد

الزمني .

فالعقد الفوري . ولو كان مؤجلاً التنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلاً ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن . لأن الزمن كما قدمنا عنصر

حوهرى فيه . فالإيجار ينتضى بإنهاء المدة المحددة . فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميغاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل (١) .

#### ٤٥٨ - **انحلال العقد** : وينحل العقد قبل انقضائه . بل وقبل البدء فى

تنفيذه فى كثير من الأحيان . باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التنازل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

#### ٤٥٩ - **التنازل** : قد يتنازل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتنازل

يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصيل (٢) .

والأصل أن التنازل ليس له أثر رجعى ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تنازل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري . يعقبه

(١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٣ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ - هذا وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التصريمات الخاصة بقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المستأجر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التناسخ (التنازل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالفسخ الضمى أن تورد من الواقع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقحت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ٢٢٩ من ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التناسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التناسخ من عبارات وارده فى أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشتري فى إنذاره البائع لقبول التناسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والمخالفات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتناسخ : وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ المروض لم يكن شاملاً الرسوم التى دعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المروض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠١ من ٦٠١) .

عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي ، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن .  
وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر . فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل . عقد ثان أعقب العقد الأول . ويرتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين . فالتقايل لا يمس حقوق الغير . وترجع العين إلى مالكيها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

٤٦٠- **الإلغاء بإرادة منفردة** : وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك في عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

ففي الوكالة . يجوز للموكل في أي وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) . كما يجوز للوكيل أن يزل في أي وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفي العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣) . ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضاءها في أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفي الوديعة . يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفي المقاوله . نرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١) .

وفي القرض : إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انتقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد في



أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ( م ٥٤٤ ) .

وفي الدخّل الدائم ، يجوز استبدال الدخّل في أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك ( م ٥٤٦ ) . .

وفي عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذى ألزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة ( م ٧٥٩ ) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل . أن يصنى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً ( م ٧٦٢ ) .

وفي الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلاً . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول . ولم يوجد مانع من الرجوع ( م ٥٠٠ - ٥٠٣ ) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

وفي الشركة : يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تتحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها ( م ٥٣١ ) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء (١) .

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي ثلاثة نصوص في إلغاء العقد ، حذفها لجنة المراجعة جيماً في المشروع النهائي لأنها تطبق لقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد) .  
وهذه النصوص هي :

م ٢٢٥ من المشروع التمهيدي : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جيماً ، وذلك فيما عدا التمهيدي الذى تنهى بموت أحد المتعاقدين .

م ٢٢٦ من المشروع التمهيدي : ١ - ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء

٤٦١ - الفسخ ووقف التنفيذ : وفي العقود المأزمة للجائين . إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضي سلطة تقدير هذا الطلب (١) . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

وتوقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما . وتفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في قانون . ٢ - فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تصرف في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .  
م ٢٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا أُلغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعي .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضي المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان عدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضي في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالزراعة ، فيقع إلغاؤها بمجرد من كانت شخصيته محلاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعقاد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصدها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للفسخ بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للعقاد الآخر من حق في التعويض عند الإساءة في استعمال الحق . »

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ في الهامش) .

هذا ويتبين مما قلناه من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته ، لا آتياً من نص في القانون . فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقابلية باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصور إرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يتصرف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال للعقد بأثر رجعي ، ويختلف عن الإلغاء في أنه يتم عادة بمحك قضائي .

## الفرع الأول

### فسخ العقد (\*)

٤٦٢- **الفسخ والمسئولية العقدية**: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية . فكلهما جزء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هي المسئولية العقدية التي فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثاني في بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يدل فيه ، فتنفى مسئولته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد في هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

### ٤٦٣ - أساس نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التي

تبدء العقل القانوني ، فيسلم بها بادية ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الروماني يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين في هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها ، كما

(\*) بعض المراجع : كايان في السبب - مقال ليكار (Picard) وبريدوم (Prudhomme)

في مجلة القانون المدني الفصليّة سنة ١٩١٢ ص ٦١ - ص ١٠٩ - مقال للبريت (Lebrét) في المجلة الاتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ - مقال لكاسان (Cassin) في مجلة القانون المدني الفصليّة سنة ١٩٤٥ ص ١٥٩ - كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - موري (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ - شيفريه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - ليلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ - كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٣٢٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ٣٨٠ وما بعدها .

قدمنا في نظرية السبب . فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه - لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ . ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفكار لفكرة الفسخ مجالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن (١) . وفي الفقه الإسلامي لا يُعرف الفسخ نظرية عامة . وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح . ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه . وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجائين . لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوماً ضمنياً في العقود الملزمة للجائين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام . وهو لم يرد منذ أكثر من أن يقرر القاعدة التي تفضي بجواز فسخ العقد إذا لم يتم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبار التاريخية التي قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق ، وللقاضي حق التقدير فيجب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي سنبينه