

فيما يلي (١) .

ولا نحيل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ . كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ (٢) .

٤٦٤- مخطوطة البحث : والفسخ يكون بحكم القاضي ، وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انقضاءً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انقضاء العقد بحكم القانون .

## المبحث الأول

### الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥- مسائل مهمات : نتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

#### المطلب الأول

#### شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارتي «الشرط الفاسخ الضمني» و «الشرط الفاسخ الصريح» ، اللتين تردان كثيراً في لغة القضاء المصري وبخاصة في لغة محكمة النقض ، ليس بالعبير الدقيق .

(٢) فترن نظرية العقد للدولف فقرة ٦٣٣ .

الجديد على ما يأتي :

« ١ - في العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر . بعد إعداره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه . مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض » .

« ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته (١) » .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١١٧/١٧٣ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاء

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فمجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٣١٩ - ص ٣٢٢ ) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه بمطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بترضى المتعاقدين أو بحكم القاتون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال . في حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائى تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ، كما هو حكم لفرضه ، تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضى على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى مسيرة إذا طلب النظره ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائى عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ماتم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضى أن يجيب الدائى إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك . ولا يكون المتعاقد ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للإلزام بالتعويض إذ هو يتقدم انضماماً تاماً يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره . على أن القاضى لا يحكم بالفسخ الا بتوافر شروط ثلاثة : أولاً أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثانى أن يطلب الدائى فسح العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى الدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرر لاقضاء بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٣٢٧ - ص ٣٢٨ ) .

ما هو ملزم به بالتام . فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذي لم يتم المدين بوفائه فقط .»

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد . اثنين منها يصرح بهما النص . والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هي : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة . وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

## § ١ - لا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين

### ٤٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ

بجميع أنواعه، الفسائي والاذنفاي والقانوني : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام في جميع أنواع الفسخ . سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التي ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهي وحدها التي تتوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام في تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التي كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد في عهد القانون المدني القديم . كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء اختلفت في أمر هذه العقود مذاهب شتى . فبعضهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون في العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز في هذه

العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم . وقد سبق لنا بيان ذلك .

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد . كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض . فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها . فإن طرفاً واحداً هو الملزم . فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طاب الفسخ إذ ليس في ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ . بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد .

### ٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت

العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً . وسرى أن العقد الزمى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفورى .

. وقد كان القانون المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه « يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها » (١) . فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أحل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ، فيبيع من أموال المدين ما يكفي ريع ثمنه لأداء المديت المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم (٢) ، ورأبناه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى (٣) .

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصرى القديم .

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٣) ويعلل الفرنسيون النص الذى ورد في قانونهم بتعليين كل منهما عل للنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمال . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشيء إلى أصله ، وأمکن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فإذا استرد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزء من الثلة المدة التي بقي فيها رأس المال عند المدين هو =

ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قطعاً في هذه المسألة . وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة . ولم يمنع فيه النسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يقم المدين بالتزامه . كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد . فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل » .

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يتم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً . وإنما يطلب المتقاسم الذي أحل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقص القسمة بالفسخ (١) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي ، وهو الذي يغلب المصلحة الراجحة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى ، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (٢) .

## § ٢ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - **عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي** : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالة سبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام

الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإيراد . وإذا قيل إن الدائن يستحق ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بسنة ما بقي من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد ، تعذرت معرفة الباقي من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر في حادث فردي - ولم نر هذا التعليل مقنعاً ، فن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد ( قارن ما أوردناه في هذا الخصوص في نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١ ) . ( والتعليل الثاني ) أن الدائن يكون عادة في حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال ، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضيع عليه ذلك - ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فاعليه إذا رأى المصلحة في عدم الفسخ إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان في مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً .

(١) قضى فرنسي في ٩ مايو سنة ١٨٣٢ بحيره ٣٢ - ١ - ٣٦٧ .

(٢) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ في عقد القسمة ( قضى فرنسي

في ٦ يناير سنة ١٨٤٦ دالهور ٤٦ - ١ - ١٦ ) .

المقابل له . وينسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .  
ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانقضاء (١) .

٤٧٠- **عدم التنفيذ برمفع إلى فعل المدين**: فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . في هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بنسخ العقد . وقد رأينا أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض : فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بنسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ . وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

٤٧١- **عدم التنفيذ الجزئي** : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ عيبياً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكتملة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ . بقي عليه أن يرى هل يتصحب بنسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام .

٣٥- لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه .

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢- **وهو ب أن يكون المراتمة مستعداً للقيام بالتزامه وأنه يكون**

**من الممكن إعادة الشيء إلى أصله** : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ٢٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ - نفس فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ -  
قارن نظرية العقد للدولف من ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .

مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجائدين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وبعده من آخر . فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . وسرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يسبق ما سبق تنفيذه من هذه العقود ، فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) . وسيأتى بيان ذلك .

## المطلب الثانى

### كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ - إعدار المبرم: قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعدار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته (١) . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (٢) .

وإعدار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية فظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٩١ م ٣ ص ١٦٥ .  
(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ -  
محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ مايو سنة ١٩٠٤ م ٢٦ ص ٤ : ٤ .

ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ (١).  
ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين  
كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير  
مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو  
امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (٢٠٠م) .

٤٧٤ - صدور حكم بالفسخ : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم  
بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى .  
وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم  
بالفسخ (٢) .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق .  
ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقضاء بحكم القانون) يكون الحكم  
مقررًا للفسخ لامنتهلاً له . أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منتهى للفسخ  
ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف . وإذا رفع  
الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة الحسبية كانت الدعوى غير مقبولة (٣).

- (١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٠ ص ٣٥٠ .  
(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المنفق عليه نقهًا وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ،  
كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضى بذاته الفسخ ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي  
بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر  
سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف  
لوطانية في ٩ باير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠  
الحمامة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢  
ص ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٥٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢  
ص ٣٤ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة  
١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ .  
(٣) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ الحمامة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ .

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمني يختلفان طبيعاً وحكماً . فالشرط  
فاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يجهل المدين  
حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين منه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل  
أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقتضيه المادة ٣٣٤  
من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إسهال المشتري المختلف عن  
أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ =



## ٤٧٥ - الخيار بين الفسخ والتنفيذ : فإذا مارفع الدائن دعوى الفسخ ،

فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . وهذا الخيار يكون لسكل من الدائن والمدين والقاضي .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ . كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (١) . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ في طلب واحد (٢) . كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب

عليه متى كان قد سبقها التنبه الرسمي الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صريحته في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود البادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر

حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متفايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني ضيقة وحكماً ، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيه ويستوجب نقضه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد بي الفسخ الذي قضى به على الشرط الضمني ، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائي ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ من ٣٥) — على أنه قد يجتم الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يحوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبقا له من غير أي اشتراط في القيد بخصوصه ، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدني في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ من ٧٥٠) .

- (١) استئناف مختلط في ١٣ نونو سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٣٧ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ — وفي ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ من ١٨٧ .  
(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ .

منهما نزولا منه عن الطاب الآخر (١) .

وللمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائي ، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ (٢) . ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضى ما إذا كان هناك

(١) ولحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر الدمل الذى صدر من المدين نزولا عن أحد الطرفين ، كما إذا تقدم في توزيع مال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ : قض فرنسى في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ - ١ - ١٢١ - وكما إذا رضى ببيع صدره من المشتري منه فقول بذلك عن حقه في المسألة بفسخ البيع الأول : قض فرنسى في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩ - ١ - ٣٩١ - وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذى اشتراه فقول بذلك ضمنا عن حقه في طلب فسخ البيع : استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٩ - وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن وأخذ إجراءات تحفظية لذلك فقول ضمنا عن الفسخ : استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ و سبقت الإشارة إليه - وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في تغطية المشتري فلا يجوز له طلب استرداد الشيء المبيع بعد ذلك : استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يقيم الحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن البيع ، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بمرس الثمن ، ولو بعد صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافياً . وهذا الحق الذى للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول التماس يعيد إلى المحكوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي : استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ - وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسنت الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فسخاً ضمناً ، فللمشتري - لى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشتري يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند دفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محققاً في طلب الفسخ حتى انتفاء المشتري بهذا العرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول الدرس (نفس مدنى في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) .

محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له في ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . وما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغباً من إعدار الدائن له قبل رفع الدعوى (٢) . وما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته كما يقول النص (٣) . وما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر (٤) ، أو أن يكون الضرر الدئبي

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا السكك في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ من ٤١٨ — ستشاف مختلط في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٢٩ — وفي أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استئناف مختلط في ١٨ يونية سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٥٠ — ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضي لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٢٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فسخ صريح ، وكان الفسخ مقاماً على الشرط الفاسخ الضمني ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد العاقدين فسخ العقد . وسادة المحسنة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا مقب عليها ( نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ من ٤٩٨ ) .

(٤) استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ ( ولم يذكر المشتري السندات ، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان في إمكانه تسليها ) — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٨ ( أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من ثمن البيع الصفة بعد أن ارتفع عن الأراضي ) .

أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين (١) . ولا يمنع القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢) . وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وليس له أن يتعدها . بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى (٣) . ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهنة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك (٤) . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ . فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون . أن ينظر المدين

(١) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦٠ ص ١٢٠) . وقد يخفى المدين في تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ ( محكمة مصر المختصة الجزئية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٧٣ ) .

(٢) فللقاضي إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسلطته هذه مسألة موضوعية لا موقف عليها من محكمة التمس . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفتح التعاقذ أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تترتب عليها إذا هي رأيت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقذ ، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك ( قضى مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦ ) . وقضت أيضاً بالألا يكون الشرط الفاسخ مفتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تبيينه أو إظهاره أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ ( قضى مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦ ) . وقضت أخيراً بأنه لا كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الضمني أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة لقيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ( قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طمن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أظن أيضاً قضى مدني في ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢ ) .

(٣) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لاني دعوى بالفسخ ( قضى فرنسي في ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧ ) . (٤) قضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طمن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه - استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا أستدعت. حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١).

٤٧٦ - **نقادم دعوى الفسخ** : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تنقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المستقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تنقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢) .

### المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧ - **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (٣) » .

(١) ونرى من ذلك أن القاضى يجوز له أن ينظر الدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، إلى أجل واحد .

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرقان آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى قس في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستجيلاً استبدلاً به تعويضاً يماذله . ٢ - على أن فسخ العقود النافذة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاءً بورود حكمها في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتي : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل » الواردة آخر النص نفيًا لشبهة الاتجاه إلى تقرير حكم مخالف للقواعد العامة في التدوين ، وأصبح رقمه الصادر ١٦٠ ، ثم بحسب الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٢٦ - س ٣٣٠) =

وبلاحظ أن هذا النص عام . بين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المنسوخ كأن لم يكن . ويسقط أثره حتى فى الماضى . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد منسوخ ولا ينشئ الفسخ . فإنه أيضاً مفهوماً فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشىء للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشىء ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .  
والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

#### ٤٧٨ - أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن

لم يكن . وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .  
فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المبيع بشمراته والثن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١) . واسترداد كل متعاقد لما

= وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما أتى : ويترب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً ، انعدام العقد انعداماً يستند أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تلم يقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على المزم وفقاً للأحكام الخاصة يدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض فى فسخ العقود النافذة للملكية المقارنات ، فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من الماقد الذى آلت إليه ملكية المقارن يقتضى العقد المنسوخ حقاً على هذا المقارن قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً ، ويرد المقارن مثقلاً به ، رغم فسخ العقد النافذ للملكية . وغنى عن البيان أن هذا لا يستثناء يكفل قطاً معقولاً من الحماية للغير حسن النية ، وبهيه بذلك للتعامل ما يخلق به من سبب الاستفزاز . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩) .

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويقضى إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتمين على كل من المتعاقدين =

أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق. كما رأينا في البطلان  
وبسرد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (١).

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ -  
٩٢٥)، ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سببها تبعاً لما إذا كان  
الفسخ حكماً به له أو عليه (٢).

وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ، لم يجب إلى  
طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة  
بتعويض على أساس المسؤولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذي يطالب  
بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم  
عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض  
كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وطبقت قواعد دفع غير المستحق  
في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشتري وقت  
ن تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولاً  
عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأقراض منزل  
في بناء منزل آخر. وللبائع أن يسرد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها  
دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على  
طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي، فخير له في هذه  
الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالتعويض، وبذلك يتحمل المشتري تبعه الهلاك (٣).

— أن يرد ما استولى عليه، جاز لسلك منهما أن يجس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه  
ما تسلمه منه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس. وقد  
حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الحبس. (مجموعة الأعمال التحضيرية  
٢ ص ٣٣١ في الهامش) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام  
المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦)، كان لسلك من الطرفين أن يجس ما  
يده حتى يسرد ما يد الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(١) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤.

(٢) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — وفي ١٨ ديسمبر سنة

١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ — حلى عيسى باشا في البيع فقرة ١٦٤٨ —  
يجب الهلال باشا في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١.

(٣) قارن نظرية المقدم للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد فسخ

البيع ولم يقبل رده فأصبح سيء النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشتري أن يرد =

وللدائن الذي أوجب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه. لإهمال أو تعمد<sup>(١)</sup>. والتعويض هنا يبني على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض. وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان. أما العاقد الذي لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض<sup>(٢)</sup> . وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه . جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد في هذه الحالة بقي قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة =البائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تلته وهو سئء البية .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه • يفسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أذنب البائع له وكلفه بحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التناقد بينها ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قبل للسجل ، وبسبب مطلق المدعى عليه وتسوية لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتين ، فإن هذا يكفي لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاء بعد تكليف المشتري للبائع رسماً بالوفاء بالتزامه ، مما يفسخ به البيع حتماً من تاريخ نزع الملكية ، ويجعل البائع مسؤولاً عن النتائج التي ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات ، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التناقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكماً خاطئاً متعيناً تقضه ، (نقض مدني في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع في القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسماً ، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذي يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشتري . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشتري ، كان للبائع أن يطالب بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية ، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدني في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عم. ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .



الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه  
ومع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .  
وإذا كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ،  
لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمني  
يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع  
فيه (١) . ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه  
تبقى محتفظة بآثارها . ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد  
مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة  
اعن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض (٢) . فيبقى لها ضمان  
متياز المؤجر (٣) .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد نحرينا أن نطبق هذه  
القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان (٤) .

**٤٧٩- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير:** ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر  
رجعي أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشتري العين إلى مشتري ثان أو

(١) أنظر في هذا العني رسالة الدكتور عبد الحمى حجازى في عقد المدة من ١٨٩ -  
من ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضاة الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء . وقارن  
نظرية العقد للمؤلف لفقرة ٦٥٦ - وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يونية  
سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ من ١٣١ .

(٢) أنظر في تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحمى حجازى في  
عقد المدة من ٢٠٠ - من ٢٠٩ .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمني ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون  
المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد  
سبق بيان ذلك عند الكلام في الإبطال .

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ  
العقد . فإذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون مبنياً  
على التزام شخصى هو رد ما تسلمه الدين دون حق كما قدمنا .

وبلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز من الناحية  
العملية . ذلك لأنه يترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائنى الدين ، فهو ممتاز من  
هذه الناحية ، بسكس ما إذا اتصرت على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح في هذه الحالة كبقية  
الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في الحبس وحق  
الامتياز ، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً .

رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع . ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه . رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

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

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سبب النية أو حسناً . أما إذا تلى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سبب النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري .

وقد سبق بيان كل ذلك في البطلان ، والفسخ مثل البطلان في الأثر .

## المبحث الثاني

### الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٨ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١) . ولا يقابل هذا النص في القانون القديم إلا نص ورد في عقد البيع ، هو المادتان ٣٣٤ / ٤١٦ ، جرتا على النحو الآتي :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي . »

ولم يستحدث القانون الجديد في هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التي

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظي . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بتعديل لفظي جعله مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ - ٣٢٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفسخ الاتفاقي فيغرض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائي عند التغلب عن الوفاء . ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان الماقد من ضمانتين : (١) فالقصد يفسخ حتماً دون أن يكون لهذا الماقد ، بل ولا للقاضي ، خيار بين الفسخ والتنفيذ . (ب) يقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للقاضي . على أن ذلك لا يقبل المدين من ضرورة التزامه إلى القضاء عند منازعة المدين في واقعة تنفيذ القصد . بيد أن مهمة القاضي تقتصر ، في هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أتى على القصد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يفسد عنه ضمانه أخرى ، تمثل في ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق للمتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨ ) .

وردت في عقد البيع . وهذا ما كان القضاء المصري يجرى عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

### ٤٨١ - من يكون الانقاص على الفسخ - التدرج في هذا الانقاص:

قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلاً - ويقع ذلك غالباً في ز . إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى - كان هذا بمثابة تقايل ذي أثر رجعي (١) . ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإصرار بحقوق الغير (٢) . ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأذن مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الدروة فيصنعان على أن يكونا لعقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار . ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد القانون القديم ، إذ لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قلنا .

### ٤٨٢ - الانقاص على أن يكون العقد مفسوخاً: حكم هذا الشرط يتوقف

على نية المتعاقدين . فقد يكونان أراداه تخيم المفسخ إذا أخل للمدين بالتزامه ،

(١) استئناف مختلط في ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٢٣ .

(٢) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ م ١٢٦ - وهذه هي الدعوى البرلوية . أما إذا كسب الغير حقا عينياً قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذاً قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك توافق ، وقد تقدم بيان ذلك .

فيتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يعنى  
عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعتذار (١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا  
النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يتررا في  
الفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يعنى  
الشرط عن الإعتذار . ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا  
يسلب القاضي سلطته التقديرية . فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن  
يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل  
هو لا يسلب المدين حقه من توفى الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائي  
بالفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في أحكامها الأخيرة . فقد قضت  
بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم)  
إلا إذا كان يفيد انقضاء عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشتري  
بأداء باقى ثمن المبيع في ميعاد عينه . فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع  
الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل . فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ  
الضمنى المنصوص عليه في المادة ٣٣٢ من القانون المدني (القديم) (٢) .

٤٨٣- الاتفاق على أنه يكون العرف فسخاً مطلقاً نفسه (de plein droit):

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧  
رقم ٢٩ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم  
٥٨ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ٢٢٣ - وفي ٢٧ يناير  
سنة ١٩٣١ جازت ٢٢ رقم ٢٦٥ م ٩٣١ - وقارن استئناف مختلط في ٥ يناير سنة  
١٩٢٦ م ٣٨ م ١٥٩ .

(٢) هض مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ م ٥٨ - وقضت  
محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام  
إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط  
الواردة في نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها  
فيكون البيع لاغياً » لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هو إلا ترديد للشرط  
الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (هض مدني في ١٢ يناير سنة  
١٩٥٠ . طعن رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في  
٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ المجموعة ١ م ٨٣ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية  
٢٩ رقم ١/١٢٦ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٢ م ٢٦٢) .

ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتعديد التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ محتملاً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يعنى عن إعدار المدين ، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشأً للفسخ لا مقررأ له ، كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض في هذه الحالة بين إعدار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض ، إذ قضت «بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره بإنذار ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعدار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء . فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ . فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١)» .

#### ٤٨٤ - الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه .

(١) قاض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ -  
أظفر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسية رقم ٢٩  
١/١٢٦ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم - واستئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة  
١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر

فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ . ولكن حكمه يكون مقررراً للفسخ لا منشأ له .

ولا يعنى الشرط من إعدار المدين . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعدار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم . على أنه لا شىء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا الخيار بين الفسخ والتنفيذ .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الانفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو انفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه . وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد . وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى ، وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة ، إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين (١) .»

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦ -  
انظر أيضاً محكمة أسبوط الكلية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ -  
استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ - وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠  
جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ - وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفى  
١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن «الماللة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء السأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة» (الهامة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧).

٤٨٥- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً منه تلقاء نفسه دون حاجة

إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعدار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر أعمال الشرط على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ويكون الحكم إذن مقررراً للفسخ لا منشأ له (١) . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعدار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضى نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوي عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

وبلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التسك بالفسخ إذا كان

---

(١) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من اطلاق شرط الفسخ ووجوب إعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف «الشيك» المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار ، فامتنع المصرف من صرف «الشيك» لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة «الشيك» أو أن يعطيه «شيك آخر» ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت في تديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفي قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يحدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) — وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط متأخر فيها المدين عن الليعاد ، ثم تمسك فجأة بمحفة في الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط ، فإن تساهله السابق يجعل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .



الدائن لم يتمسك به (١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ التقضائي والانسفاخ بحكم القانون . فهو أعلى من الفسخ التقضائي - وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - في أن الحكم بالفسخ فيه ، إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقررراً للفسخ لا منشئاً له . وهو أدنى من الانسفاخ بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

وهذه المبادئ قررتها محكمة التقض . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء ، وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه في الواقع موضوع لمصالحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه . وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخر في دفعها (٢) . »

(١) قارن في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) . ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع ، فيحق له الرجوع في البيع ويصبح العربون حقاً مكسباً للبائع .

(٢) قض مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة رقم ٣٠ ص ١٥٦ - ١٦٣ - استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط رقم ٢ ص ٢٦٠ -

## ٤٨٦- ما يترتب على الفسخ الاتفاقي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن

نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان

— وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللي م ١٧٧ — وفي ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ —  
وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ — وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص  
١٤٦ — وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ — وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩  
جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ — وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ — وفي ٢٠  
مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن  
يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه  
رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٣٤ مدني (قديم) . ولا  
يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر  
أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ  
بمقتضى شرط العقد فإن إبداء الثمن ليس من شأنه أن يبطل العقد بعد انشاؤه (قض مدني في  
١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضروري أن يوضع الشرط الذي نحن بصدده في الصيغة المتقدم ذكرها .  
بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا  
كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى  
البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأمناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد  
من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول  
الرهن وقيده واستخراج الشهادات القارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت  
المحكمة ذلك بأن قبول البنك لتسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين القاري بحيث  
إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التسيط ،  
وتعرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم  
ارتباط البنك بالتسيط وبأحقية في الاستمرار في التنفيذ بدونه على المنقولات والعقارات دون  
أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في  
شيء » (قض مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت  
أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون  
المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن  
يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه . ونصا على أنه عند إخلال  
المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المتفاد  
من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار  
العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد منسوخ مدلول نص العقد  
لأن عبارته تحتتمل ما استخلصه الحكم منها » (قض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة  
عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .  
فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق، في أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها .  
سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلاً . أعيد  
المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عاها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز للحكم  
بتعويض (م ١٦٠) .  
وينحل العقد بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ،  
وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند  
الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى .

## المبحث الثالث

### انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ - **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت  
الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :  
« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه اقتصت منه الالتزامات المقابلة له ،  
وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى . مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها  
مقتضى . وحذفت لجنة المراقبة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » ، وأصبح  
رقم المادة ١٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى  
بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها  
عبارة بيانية لان الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد  
وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب  
دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى  
بتفويض حق الترافع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد المتعاقدين منه ، وكان  
ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » .  
وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة . ( مجموعة الأعمال  
التحضيرية ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٦ ) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى مد =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخرا متصلان به أوثن الاتصال ،  
هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن  
الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتي : « إذا استحال على  
المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم  
يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة  
تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ، وأن العقد  
لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن  
لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . وما لم يثبت المدين  
هذا السبب الأجنبي بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئا ، فقد كان هذا هو أيضاً  
حكم القانون القديم ، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على  
ما يأتي : « إذا انفسخ العهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة  
التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقها في نظير  
ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال  
بمقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

---

== ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فاقضاء هذا  
الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه  
أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضى بل وبغير إعداء ، متى وضعت استحالة التنفيذ وضوحا  
كافياً . على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع  
الفسخ . بيد أن موقف التقاضى في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح  
مستحيلا ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض  
القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب  
أجنبي لا يد له فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨ ) — هنا ويلاحظ أن العبارة  
الأخيرة من المذكورة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطأ غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة  
التي يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها  
العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي  
بقي المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . فإن  
العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

### ٤٨٨ - استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين

في العقد الملزم للجائين تنفيذ التزامه . ولم يستطع أن يثبت أن استحالة  
التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما  
أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسؤولية  
العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون  
قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية  
مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين  
من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة ، بل على التقيض من ذلك قد بقي  
وتأكد وجوده . إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن ، وقد  
أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين  
بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وفي  
هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين  
لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، فيحكم بفسخ العقد .  
والحكم هنا منثني للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل  
فسخ بحكم القاضي .

### ٤٨٩ - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة

التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام يفسخ طبقاً للمادة ٣٧٣ التي  
تقدم ذكرها . وينسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١) . والعنة  
في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ،  
فلم يعد محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان  
يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد .

ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . ولا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائنين بين التنفيذ والفسخ - وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائنين في جميع صور الفسخ القضائي والاتفاقي - ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - فقد يقوم نزاع في ذلك - وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي (١) .

**٤٩٠ - مبدأ تحمل التبعة:** فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحاله تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يدل له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التي انبنى عليها انفساخ العقد (٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ

(١) هنا وقد نكون استحالة تنفيذ الالتزام فائئة قبل نشوئه أو تكون قد جرت يد ذلك ، فإن كانت فائئة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت فائئة قبل نشوئه الالتزام أو جرت يده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوئه الالتزام ، فإن العقد ينفذ أصحاً ثم يفسخ .

والمراد بالالتزام الذي استحاله تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوي أو التبعية . فالترام البائع الأساسي هو نقل الملكية والتسليم ، والترام المشتري الأساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً في عقد الإيجار الترام المؤجر بتسليم العين والترام بتكئين المتأجر من الانتفاع ، والترام المتأجر بدفع الأجرة والترام بالمحافظة على العين .

(٢) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي القاهرة سنة ١٩٥٠م ، ص ١٦ .

الزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع . فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب فى ذلك واضح ، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس فى ذمته الزام يتحمل منه فى مقابل تحلل المدين - وهو هنا المودع عنده - من التزامه . فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ الزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجائين ، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد<sup>(١)</sup>.

### ٤٩١ - الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا

انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا يحمل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه فى هذا الصدد ، فيما عدا التعويض : من انحلال

---

(١) أنظر فى الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها - والقانون الفرنسى يجعل التبعة فى عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك بمجلى المشتري لا على البائع ، فالهالك يكون إذن على المالك (res perit domino) (أنظر م ١٠٦٢٤ من القانون المدنى الفرنسى) . وكذلك فعل فى عقد المقايضة (م ١٧٠٧) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان فى العقد شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك فى عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ بقرة أولى) - والقانون المصرى القديم كان فى مثل هذا الاضطراب ، فهو فى البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها فى تبعة التبعة (م ٣٧١/٢٩٧)، وكذلك يجعل التبعة على المدين فى العقد المعلق على شرط واقف مع هذه القاعدة العامة (م ١٦٠/١٠٦) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن فى بيع المقدرات (م ٣٠٧/٢٤١) وفى عقد الشركة (م ٥١٦/٤٢٤) - أنظر فى هذه المسألة نظرية المقدر للمؤلف بقرة ٦٦٠ . وقد تجبى القانون المصرى الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين فى العقد الملزم للجائين قاعدة مضطردة . فطبقها فى البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧) ، وطبقها فى عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها فى المقدر المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط آثر الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٠ بقرة ٢) وطبقها فى العقود غير الناقصة للملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمساواة (م ٦٦٤ - ٦٦٥) .

العقد بأثر رجعي ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار (١).

## الفرع الثاني

الدفع بعدم تنفيذ العقد (\*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus).

٤٩٢ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

« في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به (٢) » .

(١) أنظر في الأثر الذي يترتب على انقضاء العقد اثره في رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ١٦٠ - ص ١٦٢ .

(\*) بعض المراجع : كابتان في السبب بقرة ١٢١ وما بعدها - سالي في الالتزامات في القانون الألماني بقرة ١٧١ وما بعدها - بنكار ( ملحق بودري ) ص ٥٧١ - ص ٦٨٠ - رينو ( Raynaud ) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - كاسان ( Cassin ) في الدفع المستخلص من عدم التنفيذ في الملائمات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - هوان ( Houin ) في التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد المؤلف بقرة ٦٦٦ - بقرة ٦٧٧ - حلمي بهجت بدوي بقرة ٣٥٣ - بقرة ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو سبت بقرة ٣٧٧ - بقرة ٣٧٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :

١٥ - في العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا منع الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختلف معاد الوفاء لكل من الالتزامين - ٣ - على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المتأخر ضئيلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية . وفي لجنة المراجعة حدثت اغفرة الثانية لأنها تطابق لفظة الوفاء في استعمال الحق ، وأدخلت =



ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في ظله فقها وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلا م ٣٤٥/٢٧٤ وم ٣٥٠/٢٧٩ وم ٤١١/٣٣١) .

**٤٩٣ - تاريخ القاعدة:** وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى (١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن

---

= تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع التام . ووافق مجلس النواب على النص ، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥) .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلا بمثل » (exécution trait pour trait) . وينرجون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung Zug um Zug) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفرُّفاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد . ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى به حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع لإعانة يوهب أحكام العقد لا أكثر . فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنتفي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) .

بتنفيذ التزامه . دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين . دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص . ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المؤرخون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوا لها القانون الروماني (١) .

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج القانون المدني المصري القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنيات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام . فعل ذلك القانون الألماني (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات السويسري (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٤٨) . وسار القانون المدني المصري الجديد على نهج التقنيات الحديثة فأورد النص الذي قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة ستبحث في مكانها (٢) .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التي اتبعناها عند الكلام في الفسخ القضائي . فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر

## المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ - نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحبس في الحبس : جعل

(١) نظرية العقد للؤلف فقرة ٦٦٦ .

(٢) أنظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي

في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها .

القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين (١).  
فالأصل إذن هو الحق في الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجزت على الوجه الآتي :

« ١ - لكل من التزم بأداء شيء ما أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .  
« ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالمودع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه . والحائز مدين للمالك يرد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن . وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) .

(١) أنظر في القانون المدني القديم في العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلاً والحق في الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل ، نظرية القدر للمؤلف بقرة ٦٦٨ .  
(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لسك منهما الحق في أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ =

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس . فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو النسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه . جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما سلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال (١) .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالفسخ ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين ، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التي تقدم ذكرها (٢) .

---

== ما عليه من التزام ، أمكن أن يتحقق هذا عملاً بأحد طريقتين : الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يده نفسه .

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات . بحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من المدل أن يتوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هي المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يتوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يبالغونها علاجاً واحداً هو الدفع بالفسخ ، يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . والحق في الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي ، وخلع عنه لباس الحق المعنى الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فبشوه طبيعته ( أنظر نظرية العقد للمؤلف من ٧١٣ هامش رقم ١ ) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى ، وقد حذقتها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٣١ في الهامش ) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ( أنظر آتياً فقرة ٤٧٩ في الهامش ) . (٢) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣٣٢ فقرة ١ وس ٢٣٤ فقرة ٤ ) . وانظر في هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٠ — ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ — وانظر أيضاً في هذا المعنى استثناف مخلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٢٣ .

هذا وقد أورد القانون المدنى الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لبداً الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر =

٤٩٥ - الالتزام الذي يرفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب

التنفيذ حالاً : ولا يكفي أن يكون هناك عقد ملزم للجائين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي - كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجائين - لا يجوز ، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال . فالبايع لا يستطيع أن يجبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) ، فللبائع أن يجبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضى للمشتري أجلاً

== منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

فالفرتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تضيان بأنه ٢ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له مالم يمنعه شرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يجبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة . هذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يجبس المبيع ولو لم يجل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : ١٥ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ - فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً مالم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يجعل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يجبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحبس قبيل المؤجر ينفذ في حق المالك .

لدفع الثمن . ولا يتمتع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين (١) .  
أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر . فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يني بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر (٢) .

(١) ولا يكفي أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً ، بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لتعاقد أن يتسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمسئولته التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يني دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن ينتفع المشتري عن دفع الثمن بمجرد أن هناك خطراً يهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس مجدي ، ولا أن ينتفع المستأجر عن دفع الأجرة بمجرد أنه يطالب المؤجر بزمهات يتكررها عليه .

وقد كان المشروع التهمدي يتضمن نصاً تجرى على الوجه الآتي : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن ينتفع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضمناً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣١ ) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهمدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ومما يكفي من شيء فليس بإباح للعاقدين أن يسئ استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتمسك به لينتفع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل فداؤه ، وأصبح مالم ينفذ منه ضمناً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ ) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التمسك في استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٤) — أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الرداء ، فقرة ١٧٤ — وانظر في أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية العقد للدوام فقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التهمدي يجيز حتى في هذه الحالة أن ينتفع المتعاقد المسكك بالتنفيذ أولاً عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص في ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتي : « في العقود المبرمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالي ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المسكك بتنفيذ العقد أولاً . أن ينتفع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا تم التنفيذ أو يعطى الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهمدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ومع ذلك فقد أجزئ له ( أي المتعاقد المسكك بالتنفيذ أولاً ) استثناء أن ينتفع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم =

## المبحث الثماني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ - عدم ضرورة الاعتذار : لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعدار

المتعاقدين الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعدار قبلها واجب على التفصيل الذي بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه . وفي هذا إعدار كاف للمتعاقد الآخر بوجود تنفيذ الالتزام الذي في ذمته (١) . وقد يكون الإعدار واجباً للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعدار طبقاً للقواعد العامة .

= العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد قص في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طراً عليه من الضيق ما قد يقعه به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهي التي تناوت سرد مسقطين الأجل وحصرتها في الإعسار أو الإفلاس وضمت التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها . فالمحالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامه من ذلك ، فهي تفترض قصاً بليغاً في مال العاقد ، ولكنه قص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ، ومن ثم أزيلت عنه الحالة منزلة الاستثناء ، فلم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جيماً وينبغي تنفيذها في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يتم المتعاقد الذي استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة ، كان للمتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ - ص ٣٣٤ ) - وأمكن هذا النص في المشروع التهديدي حذفه لجنة المراجعة في المشروع النهائي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في المامس ) . ولا كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه ( أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء بقرة ١٦٦ - بقرة ١٦٧ ) .

(١) أنظر استئناف مخطاط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٣٠ .

## ٤٩٧ - ترك الأمر إلى تنفيذ المتمسك بالرفع تحت رقابة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد . بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده في آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه . فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضي تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلبجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية . فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى . وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذي ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائي يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إجباري . والدور الثاني وهو الدور القضائي لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضي المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

## ٤٩٨ - تمسك كل من المتعاقدين بالرفع : وقد يتمسك كل من

المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضي على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١) . فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين امتنع ، فإن كان المدعى

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣

فقرة ٢ - وانظر أيضاً فقرة ٤٩٥ في الهامش) .



رفض دعواه . وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعتاً ، أو ظهر لأحد منهما منعتاً ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلبجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزامهما في وقت واحد .

## المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

١- فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩- وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبنى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام ينقل حق عيني ، كالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يتمتع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حى معين منعاً للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحى .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مضمّن أن يتمتع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا حرق هذا الالتزام فيحیی الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقتاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فإفاد

الغرض المقصود منه ، كما إذا تمهد صانع بإنجاز مصنوعات عرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

### ٥٠٠- وقف التنفيذ في الالتزام بتسليم عين : وإذا كان الالتزام

الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من التعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يحتلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : « ١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . هذا ويتحمل المالك تبعه التلف أو الهلاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠-٩٨٢ .

ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وينقضى الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : « ١ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . ٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطالب استرداده ،

إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

### ٥٠١ - وقف التنفيذ في العقود الرضائية : وليس هناك ما يمنع من

التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ أ الخ) . وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً - لا مؤقتاً - التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع . فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد (١) .

### ب - بالنسبة إلى الغير :

### ٥٠٢ - متى يسرى الرفع في هو الغير: يسرى الدفع في حق الغير

إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين إلى مشتري ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للدائن أن يبيح حاسباً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن (٢) . ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين ، فننتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشيء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذي قررناه في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص .

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي في عقد المدة ص ١٦٦ -

ص ١٧٧ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة من انتقل إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آتياً فقرة ٤٩٣ في الهامش) .

٥٠٣ - متى لا يسرى الرفع في حق الغير: ولا يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً . بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر يعتقد إيجار غير ثابت التاريخ . ثم باعه . وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار . فإن للمستأجر أن يرفع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ فقرة ٢) . ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس (١) .



الباب الثاني  
العمل غير المشروع  
(المسئولية التقصيرية)

**L'ACTE ILLICITE**  
(La responsabilité délictuelle)



## تمهيد (\*)

- ٥٠٤ - مسائل أربع : تمهد للكلام في العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، ووضع هذه المسئولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .
- فتكلم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية . (٢) وفي المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٣) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٤) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .



### § ١ - التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

### ٥٠٥ - الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية :

المسئولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني ،

(\*) من المراجع العامة في المسئولية المدنية : هنرى وليون مازو في المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء - ساقنتية في المسئولية جزآن - لالو (Lalou) في المسئولية المدنية - ديوج في الالتزامات ( الأجزاء الثالث والرابع والخامس ) - بيدان وكايتان في النظرية العامة في المسئولية المدنية ( ضمن مبسوط بيدان في الالتزامات ) - بلانيول وريبير وإسمان جزء أول - جاردينا وربنتشي ( Gardenat et Ricci ) في المسئولية المدنية - سوردا ( Sourdat ) في النظرية العامة مسئولية جزآن - شيروني ( Chironi ) في المسئولية غير العقدية - هوبير ( Heuber ) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني رسالة من نانسي سنة ١٩٤٠ - الأستاذ مخطن مرعي بك في المسئولية المدنية - الدكتور سليمان مرقص مذكرات في الفعل الضار - الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام .



وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ، ويترتب عايتها جزاء قانوني .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسؤولية أمام الله أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي . وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضروب في وقت واحد . بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تتحقق المسؤولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجي . أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبئ على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية . فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه . وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس . أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس . وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين : مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

### ٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

#### ٥٠٦ - الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان

جوهریان ما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية :

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض . (٢) الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فالمضروب نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع . ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق

فيها خص لفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تنطوي على معنى الإيلاام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات . فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبيّن الأعمال غير المشروعة عملاً عملاً .

(ثانياً) النية ركن في المسؤولية الجنائية . وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسؤولية الأدبية . فهو لا يكفي في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامه : فالنصميم والأعمال التحضيرية لا غناب عليها . والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغيب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامه الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة . فتشدد في الضرب الذي يفضى إلى موت أو الذي يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجب الضرر النية . فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبها النية أو لم تصحبها . كالحافات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفي في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآلاف في القانون الجنائي بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يعوض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبيعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامه الخطأ في المعنى غير العمد .

٥٠٧ - العمل الوافر قد تترتب عليه المسؤولية تارة معاً وقد تترتب عليه

مسؤولية دور الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسؤوليتين لا يتعارض

مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية مسئولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفردي في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسئولاً جنائياً جزاؤها العقوبة . ومسئولاً مسئولاً مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد . كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض (١) .

### ٥٠٨ - الآثار التي تترتب على اجتماع المسئولين في عمل واحد : إذا

ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهي أقوى لأنها حق المجتمع ، في المسئولية المدنية . وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(١) أظن في قيام المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية : استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ من ٤٩ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ من ٨١ - وفي ترتيب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية في الزور واستعمال الورقة المزورة : قض جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ الهامة ٢٣ رقم ٣٢ من ٥٨ - وفي قيام المسئولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ من ٨١ .

وقضت محكمة انقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيما كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صورته ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يبق عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر المقضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها ( تمس مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر ) .

(أولاً) التقادم : تقضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة في الدعوى المدنية ، فبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتي تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état)

(رابعاً) قوة الأمر المقضي : وإذا بتت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضي . وتنفيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تنفد بالتكليف القانوني لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكليف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبني على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تنفد القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها الحكم الجنائي . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكليف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكليف القانوني ، كأن كان

الإهمال الثابت صدوره من المهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي (١) ،  
أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المهم ، أو كان هناك مانع من  
توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو  
شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .  
وتقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهي أيضاً نوعان : مسئولية عقدية  
ومسئولية تقصيرية .

\*\*\*

### ٣٥ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité  
délictuelle)

#### ٥٠٩ - المسئولية العقدية والتقصيرية - ازدواج المسئولية أو

وهرتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالالتزام عقدي يختلف باختلاف  
ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال  
بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن  
والمدين في المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية ، أما في  
المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل  
المسئولية العقدية أن يبرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة ،  
فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون  
العين في يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبي ، فتتحقق مسئولية المتعرض .  
ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي يوجب  
عليه عدم التعرض للعين ، بل أحل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم  
الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين .

(١) قد يكون الإهمال الصادر من التهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفي للمسئولية المدنية  
حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت  
بأن الإهمال في جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف  
في أي عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذي يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة التهم  
في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على  
هذا الخطأ (تقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ من ١٣٢) .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في تكييفه . فن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية ( dualite de responsabilité ) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئولتين . فإن أحدهما لا تختلف عن الأخرى في طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية ( unité de responsabilité ) .

٥١٠ - أنصار ازدواج المسؤولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئولتين العقدية والتصهيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويحملون هذه الفروق في الوجود الآتية :

١ - الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أكثر العقود . أما في المسؤولية التصهيرية فتكفي أهلية التمييز .

٢ - الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما في المسؤولية التصهيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى ، وارتكب عملاً غير مشروع .

٣ - الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعدار المدين إلا في حالات استثنائية . أما في المسؤولية التصهيرية فلا إعدار (١) .

٤ - مدى تعويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما في المسؤولية التصهيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر . سواء كان متوقعاً أو غير متوقع (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كُتبت عمكة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى نكيساً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لها ، كأن اعتبرت التصهير في تنفيذ عقد المقايضة بالتسليم خطأً فلياً ( fauto délictuelle ) كالاعتصاب بوجوب التضمين على المصير من يوم تقصيره لا من يوم التنبه الرسمي ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين تصفه ( قضى مدنى في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦ ) .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨ .

٥ - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما في المسؤولية التصهيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ - الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية . ولا يجوز في المسؤولية التصهيرية .

٧ - التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسؤولية التصهيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

### ٥١١ - أنصار ومرة المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول .

وهم يقولون بالأفراق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التصهيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم ، والمسؤولية التصهيرية جزاء لالتزام قانوني أحل به المسئول . والمدين في الحالتين تحققت مسؤليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني . فالمسئولتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتي :

١ - الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية التمييز في المسؤولية التصهيرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية في العقد دون غيره . فيشترط الرشد في أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد ، بقي ملتزماً بالعقد . وبقيت مسؤليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التصهيرية لا محل للكلام في الأهلية . وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المسئول بشرط لتحقق مسؤليته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقق المسؤولية ، وليس أهلية في المسئول .

٢ - الإثبات : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي كليهما يحمله الدائن . يثبت في المسئولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما في المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقي إثبات الإخلال به . وها يحمله الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به ، والدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أتى العمل الذي التزم بالامتناع عنه . ففي المسئولية لعقدية إذا كان الالتزام العقدي عملاً - ويدخل في ذلك نقل الحق العيني - فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذي أحل به هو التزام بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أحل بالتزامه . وكذلك الحال في المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسئولية التقصيرية أن المدين قد أحل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه . ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات في المسئولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدي السابق هو التزام إيجابي أو التزام سلبي ، وعبء الإثبات في المسئولية التقصيرية يحمله الدائن في جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني السابق هو دائماً التزام سلبي . فالعبء إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هي عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إيجابي أو سلبي .

٣ - الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار بشرط في المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط في الالتزامات السلبية إذا أحل



به المدين ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبي ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العتدي التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبارة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً . لا بما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية .

٤ - مدى تعويض الضرر : والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأحدهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ - التضامن : والسبب في أن التضامن ينبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية أن القانون هو الذي قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهي من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية . بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتأها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

## ٥١٢ - الوضع العجيب للمدانة - وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية

والمسؤولية التقصيرية : لاشك في أن المسئولتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للإخلال بالالتزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية . لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا في العقد . ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية . وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبارة فيها لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابي أو سلبي .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدي في المسئولية العقدية ، وهو التزام قانوني في المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف يترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

في المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم ربما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين . إذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية . والأصل ألا تضامن بين المدينين . فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين . وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام . أن يتراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقادم الالتزام ، وهما اللذان ارتضاه . إلا بمدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانوني . أي التزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر . سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعا ، مادام مباشرًا ، لأن هذا هو الأصل في التعويض . ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقي التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملاً ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام فرضه القانون . ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يعنى به في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع في المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه . أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم في المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية ، المسئولية التقصيرية .

ترجع إلى طبيعة كل من نسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالآزام عقدى ، والطبيعة العقدية لهذا الآلزام هى التى أملت الحلول العمالية التى تنفق معها. والمسئولية التصيرية جزاء للإخلال بالآزام قانونى . وطبيعة هذا الآلزام هى التى أملت الحلول العمالية التى تلائمها والتى تخالف الحلول العمالية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التصيرية ، لأن التمييز بينهما يتطلب طبيعة كل منهما . وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، هى التى ذكرناها فيما تقدم (١).

### ٥١٣- تفرقة نطاق كل من المسئولين : أما وقد وجب التمييز بين

المسئولية العقدية والمسئولية التصيرية . وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما . حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأً يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثانى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه فى عربته بمجاملة (٢) . أو بدعوه للغذاء أو للسهرة ، أو يحطب رجل امرأة ، فلا عقد فى مثل هذه الأحوال ،

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات — من الناحية العملية المحضة — يبدو فرقة جوهرية ما بين المسئولين . وقد كان هو الإعفاء الاتفاقي من المسئولية سبباً رئيسياً لتلغس المسئولية العقدية فى بعض الفروض — كما فى عقد نقل الأشخاص والآزام أمين النقل بسلامة الراكب الآزاماً كيف بأنه الآزام عقدى — أو لنقول بالحيرة ما بين المسئولين — كما فى عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول بالحيرة يمكن من اختيار المسئولية التصيرية وهذه لا يجوز الاتفاقي على الإعفاء منها .

(٢) سيأتى تفصيل للأحكام التى تطلق فى النقل المجانى فيما يلى ( أنظر فقرة ٥٤٦ ) .

والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول . كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العربة ، أو يعتمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه . أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بمخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول - ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من القانون المدني الجديد ، وهي تقضى بأنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته . في هذه الحالة . بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد . يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد - والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرص مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول . تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق المسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية . فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين . ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عند التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لصاحبه

المصاب . فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولية عقدية . دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين . وبعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد . نزولاً على أحكام الاشرط من مصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون للضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسئولية العقدية لا تتحقق ، بل تتحقق المسئولية التقصيرية . مثل ذلك الهبة ، فإن الواهب لا يضمن خلط الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه . فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه . وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له . فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية . ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسئولية العقدية تتحقق . كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداره وهلك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقق المسئولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع في التحديد

(١) ويصعب هذا بنوع خاص في العقود التي تشمل على التزام بكفالة السلامة ( obligation de sécurité ) . ففقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويتميز أمين النقل مسئولا مسئولية عقدية إذا تلفت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً ووضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا تسلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، وأوله هذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص الذي يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاماً لسيطرة أمين النقل . على أن القضاء والقفه ، في مصر وفي فرنسا ، يرتبان التزاماً بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مده في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الضيب أنه اصطنع الحيلة واليقظة بالقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسئولية العقدية . وفي عقود أخرى ، كمقد النقل التندم الذكر ، يكون التزاماً بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن ، ولا تنتفى مسئولية العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

( أنظر في الالتزام بكفالة السلامة نرزو ١ ص ١٦٥ - ص ١٨٩ ) .

الى اية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضي أن يكشف عن هذه الية بطرق التفسير المعتادة (١) .

### ٥١٤ - عزم جواز الجمع ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسؤوليتين ، وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان ، وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في وقت معاً . ويعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول لا يحوم أي شك في الجواب عليه . هو هل يجوز للدائن الذي أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له بالجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ، إذ الجمع - بأى معنى فهم هذا اللفظ - غير مستساغ

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين . تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ . لأن الضرر الواحد لا يجوز . تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد . ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسؤولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطالان الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التعويض العقابية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويتين . أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويتين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية . بل هي دعوى مثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويتين

(١) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص الشرعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المحكمة لها . وهذه النصوص كثيرة في المنود المسماة .

محصراً يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه - بخلاف  
القضاء الفرنسي - يجمع على أن قوة الشيء المقضى يجوز دون ذلك . فلا  
يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

### ٥٩٥ - عزم جوان الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية

**التقصيرية :** الجمع إذن غير مستساخ في أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى  
علم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟  
فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن  
الشك يقوم إذا أُبدل بلفظ « الجمع » (cumul) لفظ « الخيرة » (option) ،  
فقبل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن  
أن يختار الدعوى التي يراها أصح . على أنه إذا اختار أصح الدعويين تفيد  
به ، فلا ياجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟  
وهذا هو الذي تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل  
يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح  
تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين . فريق يقول إن للدائن  
أن يختار بين الدعويين . وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية  
تجبّ دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية  
العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية . ونستعرض كلام الرأين .  
أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد  
توافرت ، ومنطق القانون يقتضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز  
أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها  
الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ،  
فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن

---

(١) وسنرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها الدينية  
(نقض مدني في ٥ يناير سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ من ٤٥٢) . أما الباترة  
الحائبة فتدعو إلى عكس ذلك (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم  
٥٠٠ من ١٣٢) .

لا يعرف المدين إلا من طريق العقد . فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد  
وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدي لم  
يكن أمام الدائن إلا دعوى المسؤولية العقدية . وليس له الرجوع بدعوى  
المسؤولية التصيرية .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين ترتب عليه  
نتائج عمالية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئولتين فيما قدمنا . ومن  
وجود التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسؤولية التصيرية  
قائمة على خطأ مفروض . اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ،  
ولو أن الدائن قصر على المسؤولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين  
قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقي  
من المسؤولية . فإذا تعاقدا عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء  
من المسؤولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا  
الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئولتين ، لاختار المسؤولية التصيرية إذ لا يجوز  
فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف . ولو قصر على المسؤولية العقدية لاندمت  
هذه المسؤولية أو خففت ، بفضل الاتفاق الذي تم على ذلك . وإلى جانب  
هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التي قدمناها في التمييز ما بين  
المسئولتين . ففي دعوى المسؤولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق . أما  
في دعوى المسؤولية التصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان  
للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن . فقد يختار المسؤولية  
التصيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسؤولية  
العقدية فلا تضامن . وفي دعوى المسؤولية العقدية لا يعرض المدين إلا عن  
الضرر المتوقع ، أما في دعوى المسؤولية التصيرية فيعوض عن أى ضرر  
مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع  
أن ينتقل من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التصيرية فينال تعويضاً كاملاً عن  
الضرر المباشر . ودعوى المسؤولية العقدية تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ،  
أما دعوى المسؤولية التصيرية فتقدم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع  
الدائن ، فدعوى المسؤولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى  
المسؤولية التصيرية .



ومهدا بكن من انقسام الفقه والقضاء . في فرنسا وفي مصر (١) . في هذه

(١) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا ما زو ١ فقرة ١٨٨ - فقرة ٢٠٧ - بلانول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ - فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الحيرة ما بين السئوليتين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسؤليته عما يصيب للتأجر من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلى المؤجر من مسؤلية التصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣٧١ - ٢٧١ - وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدني (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة ، فإن هذا لا يخلى من المسؤلية التصيرية عن الضرر الذي يصيب المتأجر بسبب تقصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسؤليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسؤلية هذه المصلحة مسؤلية تصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ - وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ ص ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٥ أيار سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٧ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ - وأنظر عكس ذلك استئناف وطني في ٢ مايو سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ ص ٢٩ - استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٦) .

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الحيرة ما بين السئوليتين ، إذ قررت أنه «لا شبهة... في التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى لطيفة المتعاقدين على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد في طلب التعويض إلى أحد الأسس ، المسؤلية التصيرية أو المسؤلية التعاقدية ، حسبما ينشئ اطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأول أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ الحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) - ويلاحظ أن المحكمة لم تتمكن في حاجة إلى القول في هذه القضية بجواز الحيرة بين السئوليتين ، فإن الحيرة إنما تظهر فتدتها في الانتقال من المسؤلية العقدية إلى المسؤلية التصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسؤلية التصيرية إلى المسؤلية العقدية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يندد إليه الدائن في مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة الدقن فلم تبت حتى الآن في هذه المسألة بقضاء حاسم . فقد أخذت في قضية بالمسؤلية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسؤلية التصيرية لقيام المسؤلية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب النقل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره محلاً بقصد الاستخدام إختلاصاً أصلاً =

المسألة الهامة : فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يتم به . لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يبرم : ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد : قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى خلود لا ترتب عليها إلا المسؤولية العقدية . وليس للدائن أن ياجأ إلى المسؤولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أدخل بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أدخل بالتزامه العقدى الناشئ من عقد النقل . فنتحقق مسئولته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أدخل بالتزامه القانونى الذى يجرم

---

مسئولته . ولما كان الثابت فى الحكم أن عقداً استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه مبرم تأجيرها لدولة محاربة ، وأن هؤلاء الملاحين لم يعاضوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه من حق عمله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد ربت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا القدر كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقص أن تراقه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية ، كان ما ورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيدياً ، وكان ما جاء فى الضمن منسباً عليه غير متبع (تقضى مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ من ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقص لا تأبى أن يقوم التمويض على أساس كل من الشوليتين ، فقد قضت بأنه « ما دام الحكم قد أتم مسؤولية المحكوم عليه بالتمويض على كلا الأساسين : المقد والفعال الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء بتكليفاً رسماً ، إذ هذه المادة لا تطبق على الشولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعذار الذى تنص عليه غير لازم فى حالة للشولية العقدية عند الإخلال بالتزام سنى (تقضى مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ من ٥١٣) .

وأما الفقه فى مصر فنقسم : فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى الشوليا المدنية فقرة ٢٨) — وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنه من يقول بقصر الدائن على المسؤولية العقدية (الدكتور سامى مرص فى الفعل الضار من ١٧) .

عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فلتتحقق مسؤوليته التقصيرية .  
وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن في بعض الحالات  
حقه العادل في التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عادة  
عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية . وقيام هذه المسئولية كاف  
بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية  
لوجود شرط الإعفاء . ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن  
هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان  
- كما هو الغالب - حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي  
إلغاؤه أو تعديله . فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين (١) .

\*\*\*

## § ٤ - تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ - تاريخ هذا التطور هو نوع مستمر في المسئولية التقصيرية :

ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع  
المسئولية فيما تقدم . ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها .  
ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ  
توسع مستمر في هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي  
في هذه الحالات . إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة  
عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم . وانتقل منه إلى  
التقنين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد فامت  
على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تنقلص .  
فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته . قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً .  
وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل الشعة (risque) تقبوم إلى جانب

(١) فارتن الموجز المؤلف فقرة ٣٠١ .

فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .  
فستعرض هذا التطور . منذ القانون الروماني إلى عصرنا الحاضر ،  
استعراضاً سريعاً .

## ٥١٧ - القانون الروماني : تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية في

القانون الروماني بخصائص ثلاث :

أولاً - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحدها النصوص القانونية هي وحدها التي ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت في القديم مروكة إلى الأخذ بالنار ، ثم انتقلت إلى اللية الاختيارية . ثم إلى اللية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التي تستوجب تدخل اللوة محدودة محصورة لا تنتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج في خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التي كان قانون أكيليا (Aquilila) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التي تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذي يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذي وقع على الشيء غير مادي ، كإحداث صوت يندعر من سماعه حيوان فيجنل ، أو وقع عمل مادي على الشيء ولكن لم يصبه بتلف مادي ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب . كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحلت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة في التعميم جريمة العنق (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا في وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً - ولم يكن جزء هذه الأعمال المحددة التي ترتب المسؤولية تتمحض

تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي . وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً - ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدرج . فلم يكن الخطأ في بادىء الأمر مشتركاً . بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدكيسية أى العث فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

### ٥١٨ - القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم .

في تطوراته المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى . الفصل في تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . ثم في تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه . عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أثبتناها للقانون الرومانى لئرى ماذا صارت إليه في القانون الفرنسى القديم .

أولاً - انتهت القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحاً دريجياً . وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه في القانون الفرنسى القديم ، في كتابه المعروف « القوانين المدنية » (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الحسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص . سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً . يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها » (١) .

ثانياً - وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية . على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل في أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى

(١) « Toutes les peines et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu » .

أقاربه الأذنين إذ هم أصحاب النار .

ثالثاً - وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التصهيرية. بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي كما تقدم القول : وهذا ما يقوله دوماً في هذا الصدد :  
و يمكن التمييز ، في الخطأ الذي يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة - وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية . كما إذا لم يسلم البائع الشيء المبيع أو لم يتم المستأجر بالتزامات التي ألزم بها - وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة وأثقلت ملابس (أحد المارة) . وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حرامته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حربقاً عن تقصير منه . وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوق على بناء آخر وأحدث به ضرراً (١) .

#### ٥١٩ - التقنين المدني الفرنسي : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث

بوضوح في التقنين المدني الفرنسي . فقد صارت المسئولية التصهيرية في هذا التقنين قاعدة عامة . وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ . وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإحتماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضع التقنين الفرنسي قصدوا النص على الأعمال العمدية في المادة ١٣٨٢ . وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع

(١) « On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gêne un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages » .

الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية . ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ على المسؤولية عن الأولاد والتلميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان . والمسئولية عن البناء . وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسي أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً . بل عن عمل أتى به آخر في رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسؤوليته في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً . فقد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

### ٥٢٠ - تطور المسؤولية التقصيرية منذ التقنين المدني الفرنسي - نظرية

**تحمل التبعة (risque) :** وقد تطورت المسؤولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسي تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل لإثبات العكس . بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه في يده . وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مردهة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسؤولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة . ونفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسؤولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقناً مما كان عليه الأمر في الماضي . فعاد ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان

المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور . متأثراً بعاملين . أولهما علمى هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى في الجرم نفسه . فعباقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه . بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ، فأولى بالقانون المدني أن يكون الميدان الحصب هذه النظرية . والعامل الثاني عملي ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل في الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتياط على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء . وما دام يكفي في البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المنعوبة من الضرر . ولكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى . فجعل رب العمل مسئولاً مسئولية عقديّة عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه في استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً . واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنادى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التفصيلية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فن خلق تبعات يمد من مغامرها . وجب عايتها أن يحمل عبء مغامرها . وقد قام على رأس الفقهاء ، يتنادى بهذه النظرية . سالى وجوسران . وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين ١٣٨٢ و١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهب إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : «كل عمل أيا كان



Tout fait quelconque de l'homme qui cause à « يوقع ضرراً بالغير ... » (autrui un dommage). وأندرسم قاعدة عامة في المسؤولية عن الأشياء والفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذيقول : « يكون الشخص مسئولاً ... عن الضرر ... الذى يحدث بفعل الأشياء التى سئى فى حراسته ». (On est responsable... du) (dommage.. qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde

على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذى لم يخطر ببال المشرع الفرنسى وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات المستحدثة » ( théorie objective ) أو النظرية الموضوعية ( théorie des risques créés ) يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التى تقوم على فكرة الخطأ . وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تنفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادى . ففى أولا تصطدم مع المنطق ، فمذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وأصبح التعويض الملقى لا دخل للعقوبة فيه . لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية . ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذى يستوجب التعويض . لا الخطأ الذى يقتضى العقوبة . وهى بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادى . وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص ينتفع بالشئ فن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح فى نظام اقتصادى يقوم على الزراعة . فى نظام اقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية . فالواجب إذن فى رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسئولية الشخصية إلى المسئولية الموضوعية ، أى هجر المسئولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسئولية المخردة عن أى خطأ . ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتى : يقع ضرر لا خطأ من أحد ، فن الذى يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أتحملة المضرور وهو الذى خضع لتبعته لم يكن له يد فى إيجادها . ليس هو الذى يفيد منها ، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذى أوجد هذه التبعة وهو الذى يفيد منها ؟ أصف

إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فإن هذا يدخل في نطاق صنغته . وهو أفقر من العامل على على مواجهة هذه المخاطر . وبجسه أن ياجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . فإن ذلك لا يبيظه . بل هو يحتق به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ : ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرص غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر . والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويرتب على ذلك أن المدين في المسئولية الشخصية : إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسئولية بإثباته السبب الأجنبي . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه ، إما بتنى الخطأ في ذاته . وإما بتغيبه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول في المسئولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو تنى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبي . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بغير خطأ منه . فهو المسئول عنه . هنا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً ، ووجد غناء في نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران ودموج وسلافيتيه . وكان السبب في وقوف الفقه عن المضى في النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية . وبقى

بعداً عن أن يأخذها كالمسألة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها في بعض نواحي  
النشاط وما يتولد عنهما من تبعات. أخذ بها في تبعات الحرفة (risque professionnel)  
وذلك في تشريع العمال الذي صدر في سنة ١٨٩٨ . ثم امتد بتشريعات متعاقبة  
من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدجت  
كل هذه التشريعات في تشريع موحد صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ،  
تم في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسؤولية على مخاطر العمل ،  
فإذا أصيب العامل بضرر في أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له  
بتعويض مقدر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنتفي المسؤولية  
عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو عمل الغير ،  
وإنما تنتفي بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية  
أيضاً في «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر  
تشريع في سنة ١٩٢٤ يجعل المتنفع بالطيارة مسئولاً عن كل ما تخدشه طيارته  
من أضرار . ولا تنتفي المسؤولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو  
الحادث الفجائي أو عمل الغير . وإنما تنتفي بإثبات خطأ المضرور . وأخذ  
المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أخيراً في «تبعات التضامن الاجتماعي»  
(risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر في سنة ١٨٩٥ يجعل  
الدولة مسئولة عن تعويض اشتكوك عليه في جنحة أو جناية في الأحوال  
التي يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت  
عند المراجعة أنه بريء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي) .  
وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) .  
ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر في سنة ١٩١٩ وآخر في سنة ١٩٢١ يوجبان  
تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة في أحوال معينة . وهذه  
مسؤولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطني (défense nationale) . ولا يزال  
أنصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من  
التفاوت . فهذه تبعات الحرفة ، وتبعات الطيران . وتبعات التضامن الاجتماعي ،  
قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية  
بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) . ثم على تبعات النشاط  
عام (risque d'activité) . حتى يستكمل بذلك جميع الصور في تبعات

الخطر المتحدث» (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسئولية الموضوعية ما دام الضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسي قد أصدر . من جهة أخرى . تشريعات هي التي صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات (١) .

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو بشرط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة . وسرى ذلك تنصيلاً عند الكلام في المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسي ، إلى جانب الخطأ المفروض في المسئولية التقصيرية ، بالمسئولية العقدية في بعض الحالات . وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية . ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية . وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

## ٥٢١- المسئولية التقصيرية في التقنين المصري القديم : وقد أخذ

التقنين المصري القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية . وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص في المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتي : « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب

---

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٢٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم . وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة ولتمة مكان مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسئولية إثبات خطأ في جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ينشئ فيه من المادة ١٣٨٤ - بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق ، فحل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسي . فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عن هم تحت رعايته . وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ، إذ قضى في عبارة غامضة بما يأتي : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أيهم » . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع ( م ٢١٤/١٥٢ ) . فالمسئولية عن الحيوان ( م ٢١٥/١٥٣ ) . فبني المسئولية في هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسئولية عن البناء . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسي المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هذا القضاء أخيراً في تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسي . إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعية فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء في مصر نادى بوجوب الأخذ بها (١) . فإن القضاء المصرى في أحكامه ، عدا النذر اليسير (٢) ، قد قطع في عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة (٣) .

- 
- (١) الدكتور عبد السلام ذمى بك في الإلزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .  
(٢) أنظر في هذه الأحكام ، الموجز في النظرية العامة للإلزامات للدؤلف ص ٣٨٣ هامش رقم ٢ . واضر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ مجموعة الرسمية ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ إخمامة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختطاة في ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ رقم ٢٠ ص ١٨٨ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولاً عن محاضر ملكة التي لا يلبسها شيء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتأناً ، فلا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن العطل يسببه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مائة . وإذن الحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث إمام على نظرية مسئولية محاضر الملك التي لا تقصر فيها والمسئولية الشبيهة يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقره الشارع ولم يردده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه » (نقض مدنى في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥)

## ٥٢٢-المسئولية التفسيرية في التقنين المصري الجديد : مكان التقنين

المصري القديم قد ألزم الإنجاز التام في النصوص التي أوردتها في المسئولية التفسيرية ، على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد في هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قابل من النصوص ، عالج فيها العيوب الحسيمة التي كانت تشوب نصوص التقنين القديم (١) .

وبتين من النصوص التي أوردتها التقنين الجديد أمران :

اولا - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنماً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة . فيأخذ بها في هذه التشريعات

---

== ١٩٣ : مجموعة عمر ١ من ٤٨٥ . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ : المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ من ٧٤٥ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٨١ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ١٠٩ ( تحمل التبعة الاجتماعية ) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :  
• بالغ التقنين السابق في التزام الإنجاز بتعدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس محل هذا الوضع من شيء من الغرابة . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسئولية التفسيرية قد أصابت منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ، ووجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين عصري مكاناً لا يدانيه في أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع في قسمين رئيسيين . أفرد أولها للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسئولية العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثاني فقد جمع فيه أحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهي أحوال تقوم فيها المسئولية على افتراض الخطأ . وقد أسهل المشروع القسم الأول بالعودة الأساسية في المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأقرها في نص واضح موجز اقتبسه من المشروع الفرنسي الإيطالي . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرق في حساباتها التشريعية من التقنين الألماني . لهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنصوي في عمومها جميع الصيغيات التفصيلية لخطأ الشخصى ، يبدأ بطلاقة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزي . ولكنه أخلق بنظام قانوني يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل التفسيرية ، منه بتقنين يقصد به إلى تحرير مبادئ عامة . ولهمم العلة أعرضت عن ذات التقنينات التي درجت على استنباط التقنين الألماني ، كتقنين الالتزامات السويسري والتقنين التساوي المعدل والتقنين البولوني . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٣٥٠ ) .

إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى فعلاً : متمشياً  
في ذلك مع ممتصيات الظروف الاقتصادية للبلاد (١) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بتعديل  
التبعة بالتقدير المعقول ، نذكر ما يأتى :

١ - قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل ( وقد حل محل القانون رقم ٦٤  
لسنة ١٩٣٦ ) : ويقضى بأن لسلك العمل أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول  
من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعنى صاحب العمل  
من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء  
سلوك وحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك  
بمدرّب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب  
العمل . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بتعويضه رب  
العمل وشركة التأمين ، ما مضامين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقتضى قانوناً مسؤولية شخص  
آخر خلافاً لرب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض من العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويجعل  
رب العمل الذى دفع التعويض على العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يخصم التعويض  
الذى يقضه العامل فعلاً من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل . وإذا  
دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحول على صاحب العمل فى حقوقه . وقد فُرس القانون  
رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، قضى على كل صاحب عمل أن  
يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ( وقد  
حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا ) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال  
أى نصيب فى تعاقبات التأمين بأية طريقة كانت .

٢ - قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : ويلحق أمراض  
المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة  
إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ - قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المباني والمعاصر  
والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال  
يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المتفنين بهذا القانون ( فهو بمثابة تأمين  
إجبارى ) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ - قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار  
الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب  
بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة ( الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين  
والبجارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة ) .

٥ - قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى  
بمسئولية السفينة — فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد — عن كل هلاك أو ضرر يصيب  
سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد . ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراب طاسف من  
السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

تانياً - جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

ونحن نسأير هذا الترتيب . فنبحث المسؤولية التقصيرية في فصلين :

(الفصل الأول) في المسؤولية عن الأعمال الشخصية .

(والفصل الثاني) في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

## الفصل الأول

### المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣- **مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات** : المسئولية عن الأعمال

الشخصية . أي عن عمل شخصي يصدر من المسئول نفسه ، هي مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين . وهذه هي القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة . لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم في أركان المسئولية : ثم في آثار المسئولية .

## الفرع الأول

### أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤- **أركانها** : تنص المادة ١٦٣ من القانون الملحق الجديد

على ما يأتي :

وكل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

وكل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر . وفي لجنة المراجعة =



وبتبيين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية . كالمسئولية العقدية ، لها  
أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .  
فتتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

## المبحث الأول

### الخطأ (\*)

( La faute )

٥٢٥ - مسألتنا : نحدد أولاً فكرة الخطأ الذي يوجب المسؤولية

التقصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

عدلت المادة تعديلاً لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد، وأسحت المادة ١٦٧  
في المشروع النهائي . وقد وافق عليها مجلس النواب، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت  
رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ - ص ٣٥٦ ) .  
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تنص  
للمادة ٢٣٠ من المشروع ( م ١٦٣ من القانون الجديد ) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً  
ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على ( كل خطأ  
سبب ضرراً للغير ) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما .  
( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص : ٣٥٠ ) .

• تقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطني القديم والمادة ٢١٢  
من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطني القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله  
بتعويض الضرر ..... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله  
بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير متدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة  
لسنه أو لأي سبب آخر » .

(\*) بعض المراجع : رولان (Rolin) في بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة  
وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ - واتسرت (Rutstert) في أساس المسئولية غير  
العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ - مارتون (Marton) في أساس المسئولية المدنية  
سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - تيسير (Teisseire) رسالة من  
إكس سنة ١٩٠١ - بسك (Bosc) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ - كوهندي  
(Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ - سافانييه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ -  
بترمييه (Bettremieux) رسالة من لياج سنة ١٩٢١ - ليجال (Légal) رسالة من بوليس

## المطلب الأول

### تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٢٦- آراء مختلفة في تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذبوعاً ، وهي أربعة :

ف رأى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً فى تحديد معنى الخطأ . إذ يبقى أن نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير ويسمى عنها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط معينها ، وهذا ما نعلمه فلا نجد في هذا الرأى .

ورأى ثان - قال به الأستاذ بلانيول - يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام

---

== سنة ١٩٢٢ - مينييه (Meignie) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - ولهم (Wilhem) رسالة من مونلييه سنة ١٩٢٨ - شبيذ (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ - ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - فيره (Fairé) رسالة من بليريس سنة ١٩٣٣ - جوتون (Joutton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ - سلبنان مرفس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ - لبيير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ - هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

المقالات : بماحول ليعنى فى المسؤولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٢٨٣) - جيبى فى نحل النعمة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) - لابول فى أساس المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٤) - جودمينه (Gaudemet) تصور حديث فى المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - زيمان فى مبادئ المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفى ثلاث مسائل فى المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) - شوفو (Chauveau) فى مسائل المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٠٦) - سافانبيه فى الهواعذ العامة فى المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المخطط الجديد ، وتقول : « كل فعل مخالف لة نون . . . . . وقد سبق ذكرها .

سابق (١). ينس هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ. يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة: الامتناع عن العنف، والسكف عن العث، والإحجام عن عمل لم تهبأ له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء. وليس هذا تعريفاً للخطأ. بل هو تقسيم لأنواعه.

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل إيبي يقول إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق ما بين أمرين: مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فن حقهه عليه أن يحجم عن الأعمال التي أضر بهم. ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير. فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه، ولا يتعارض مع ثقة الناس به. ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (*confiance légitime trompée*). وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه.

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين. فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران. والاعتداء على الحق، والإخلال بالواجب. والحق الأقوى أو الحق المماثل كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد.

## ٥٢٧- الفظأ لركناه - ركن مادي وركن معنوي : والرأى الذى

استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ فى المسئولية التصهيرية من معناه فى المسئولية العقدية . فالخطأ فى المسئولية التصهيرية هو إخلال بالالتزام قانونى . كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو إخلال بالالتزام عقدى . وقد رأينا أن الالتزام العقدى الذى يعد الإخلال به خطأ فى المسئولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (*obligation de résultat*) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

(١) ومنه هى عبارة بلانيول ذاتها : *La faute est un manquement*

(*à une obligation préexistante*) ( بلانيول ٢ فقرة ١٦٣ ) .

(obligation de moyen). أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف . كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركبتين : الركن الأول مادي وهو التعدي (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك (imputabilité، discernement) .

### ١٤ - الركن المادي : التعدي

٥٢٨ - مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي : نستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك . فهو تعد يقع من الشخص في نفسه ، ومجاوزه للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعدد الشخص الإضرار بالغير - وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) - أو إذا هو دون أن يتعد الإضرار بالغير أهمل وقصر - وهذا ما يسمى بجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

أما الضابط في الانحراف فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فمقياس التعدي الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدى نفسه ، لا إلى التعدي في ذاته . أو نحن ننظر إلى التعدي من خلال شخص المتعدى . فبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى

العادى المألوف . فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولمكنه انخراط إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك في عدالته . فهو يأخذ كل شخص بجزئته ، ويقين مسؤليته بمقياس من فطنته وبقنطته . وهو في الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه . يشعره بما بهم أن يرتكب من خطأ ، وينبئهم عنه . أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافية بالغرض . فهو يقتضى أن تنسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه . فننظر إلى الشخص ، ونكشف عما فيه من يقظة . وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهذا كله أمر حتمى . بل لعله أن يكون من الحماة بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس في العادة انحرافاً محتملاً . يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى . ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فاذنب ضحية هذا الانحراف هو الذى يعنيه وقد حاق به الضرر . من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى . وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجزية . فيصيب المجرم في نفسه قبل أن يصيبه في ماله ؛ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المسئول في ماله قبل أن يصيبه في نفسه ؟ لا شك في أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك في أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شئ اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن في العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعا بما يكفه مدنيه من سريرة خفية ، كذلك الدائن في العمل غير المشروع ينبغي أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعا بما ينطوى عليه مدنيه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس مجرد دون المقياس الشخصي .  
بقياس الانحراف بسلك شخص مجرد من طر فقه الشخصية . هذا الشخص  
المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس . فلا هو خارق الذكاء  
شديد اليقظة فيرتفع إلى الدروة ، ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزول  
إلى الحضيض : وهو الشخص الذي اتخذناه من قبل مقياساً لاختطأ العقدي في  
الالتزام ببذل عناية . حيث بطلت من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل  
العادي . وهو شخص عرفه القانون الروماني ، وسماه برب الأسرة العاقل  
(bon père de famille) . نظر إلى المأوف من سلوك هذا الشخص العادي ،  
ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي . فإن كان هذا لم ينحرف  
في سلوكه عن المأوف من سلوك الشخص العادي . فهو لم يتعد . وانتهى عنه  
الخطأ ، ونقض المسؤولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف . فهما يكن  
من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ . وترتبت المسؤولية  
في ذمته . بهذا وحده . يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالعرض . فلا  
نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السمات ،  
ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدي أمراً  
واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف  
المأوف من سلوك الناس صبار تعدياً . يستوى في ذلك أن يصدر من فطن ذكي  
أو وسط عادي ، أو خامل غبي . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ،  
فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) .

---

(١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وبني  
لفظ (الخطأ) في هذا المقام عن سائر العتوت والسكنى التي تخاطر لبعض في معرض التعبير  
كاصطلاح (العمل غير المشروع) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذى يحرمه القانون)  
أخ ... فهو يتناول العمل السلبى ( الامتناع ) والفعل الإيجابى ، وتنصرف دلالة إلى مجرد  
الإهمال والفعل المدعى حد سواء . وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى  
خطأ في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدي قط إلى  
وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى . وهو يترشد في ذلك بما  
يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فتمة التزام يفرض على  
الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هي التي ينطوى فيها الخطأ . ويقضى هذا  
الالتزام بصراً في التصرف ، بوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص (اقرأ الرجل العادي) . =

ولا نريد في دفاعنا عن المقياس الجرد - وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة . إذا أخذ بهذا المقياس . كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى . فقد يكون استفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما فى طاقته من حرص و يقظة . ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فبعد انخراجه عن هذا المستوى تعدياً . ويصبح مسئولاً . ومسئوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس الجرد . فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى . ومن هنا يجيء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً . وهم مأخوذون بهذا المقياس الجرد . أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنياً . ومن نزل عنه كان نزوله غرماً . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه .

### ٥٢٩- التجرد من الظروف الراضية لاصح الظروف الخارجية: وهذا

المقياس الجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى - قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المتعدى . إذ هى ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى

== وقد أقر التقنين التساوى هذا الضابط التوجيهى إقراراً تشريعيًا ، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه ( يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانباه والناية التى تتوقع فى سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر . بحق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة ) . وقد عرض التقنين البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسؤولية التصريفية ، لصورة التحريض والإغاثة على الإضرار وصورة الإفاضة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يمرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يعينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن بينة من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى المأمأة بمسئولية التريك ، فلا وجه للكك فيه ، لأن الاشتراك فى ذاته يعتبر خطأ مستقلاً . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال غلام للظن من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يتجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضرر أصاب الغير ، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ( أنظر المادة ٥٠ من تهنين الالتزامات السويسرى ) . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٥٤ - ٣٥٥ ) .

حتى لو كان هو محدود الذكاء . قليل النظرة . ضعيف الإدراك (١) . وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف . ثائر الطبع . عصبي المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر . أو كان صبيهاً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بتقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . والشخص العادي هنا رجل سليم النظر . تعود القيادة . يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألفتها الناس . وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلاً في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلاً في المدينة . ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً . إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملازمة للشخص المتعدى إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات . فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي ، لا ينفرد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقي السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة في المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها . وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته في منعطفات ضيقة . أو في شوارع مزدحمة بالناس . أو على أرض مبللة . ففي مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن بصطنع الحيلة والأناة في السير . وهو قد يسوق سيارته في شوارع فسيحة أو في طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء في طريق مهد . ففي مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المنوي للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلي .



نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى . الذى يجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ . يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملازمة للشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع . نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن . وظرف الجنس . وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة . حتى لو كان صبيًا أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المحرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة . حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم . فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبي الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة . كالتعليم والتوليد والتربص . لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفي الساذج . وهو يعيش فى قرينته النائية عيشته المألوفة . لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء . والريفي فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغى أن يعتبر كل منهم متميماً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث . شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المحرد للصبيان . فيما هو من أعمال الصبيان . صبي مثلهم . يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المحرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطبانهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المحرد لأهل القرى ، فيما يدخل فى حياتهم الريفية . قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى

أعمال العصبان . ولا هي من الأعمال التي تباشرها النساء عادة . وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين . ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المتياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمتنقيبات الظروف (١) .

### ٥٣٠ - عبء الإثبات في ركن الزمري : والتعدى على الوجه الذي

بسطناه ، إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بآخر . كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدى . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول . وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي . فترتبت المسئولية في ذمته . وهذا هو عين ما قررناه في المسئولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت اختلال المدين بالتزامه العقدي . كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا ، في المسئولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أدخل بالتزامه القانوني . فلم يصطنع الحيلة الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدي (الإهمال أو التقصير) ففي الخطأ العمدي أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه للمألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمدي انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر ملزو ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فاتحرج الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شريرة لا يكون مشولاً حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعمداً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . فما نحن هنا نطبق المقياس المجرد ، ولا يعنيناه عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقس في القمل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٤٢٩ .

أنحرف عن الملوك المؤلف للرجل العادي فألحق الضرر بالدائن (١) .

### ٥٣١- حالات تهمت بجعل التعدي عملاً مشروعاً : وإذا أثبت الدائن

في المسؤولية التقصيرية وقوع التعدي من المدين . رجع عليه بتعويض الضرر الذي أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية . فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته . إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعي (état de légitime défense) . أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) . أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدني الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهي حالات نقلت عن القانون الجنائي . وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . ونستعرضها هنا في إيجاز .

### ٥٣٢- مائة الرفع الشرعي : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدني

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ولما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقع الدليل عليه ، لذلك أُلغى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ويراعى أن المشروع لم يبلغ في هذه الناحية شأو التقنين السوفيني في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تقريباً على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . ففرض في المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويرأى من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يتقى هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحدائه ونوباً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح) . ويراعى من ناحية أخرى أن الثقة بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المتعددة لأتزال أبعد مدى ، بما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا المدن . وقصارى ما هنالك أن المشروع قمع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء . أما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المتعددة فلا يوجد في شأنها سوى تفرعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بنت من النصح ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٠٠ .. ٢٠٠١)

الحياد على أنه من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله . كان غير مسئول . على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري . وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« من أحدث ضرراً وهو في حالة دعوى شرعية ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفي لجنة المراجعة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعي ، واستقر الرأي على أن الدفاع الشرعي هو المحدد بشروطه في القانون الجنائي ، وقد أصبح نص المادة الهائز كما يأتي : « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترح النص ، في حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعي ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هنا المعنى ومن المنفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعبدت عبارة « في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « في حالة دعوى شرعية عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتحشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٢ ) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٤٢٢ من المشروع الفرنسي الإبطالي .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولاً بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن قنن أحكام القضاء في ذلك . وورد نصوم في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعي نذكر منها ما يأتي :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أسابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . ( وترانجع المواد من ٦ : ٢٥٠ إلى ٢٥٠ ) وقد بينت الظروف التي ينشأ عنها هذا الحق والقيود التي يرتبط بها .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يعفى من العقاب بالسلكية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله لإياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جنائياً أن يمهده معذوراً إذا رأى لذلك عملاً وأن يحكم عليه بأخس بدلاً من العقوبة المقررة في القانون » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ولئن أحدث الضرر كذلك أن يتصل من تبعه عمله وبدفع المسئولية عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهي ثلاثة : الدفاع الشرعي ، وصدر أمر من رئيس ، والمضرة . أما حالة الدفاع الشرعي فقد عرفها التقييد التونسي والمراكشي في المادتين ١٠٤ - ١٠٥ بأنها =

فالدفاع الشرعي عن النفس أو المال يبيح التعدي ويجعله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعي وهي : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله . أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل . بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (١) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع . فليس

== (حالة يغير فيها الشخص على العمل ليدبر اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله ) . فن يقوم بالدفاع الشرعي في مثل هذه الحالة ، فيجذب ضرراً للمعتدى ، لا يكون مثولاً ، ولا يعتبر ما وقع منه خطأً يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألماني صراحة على ذلك ، فقضى في المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص جبراً في سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتغالي على تحويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يتم على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبي ، وإنما هو واجب قانوني ترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن « كل من يمنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التويض مسئولية احتياطية » . وبديهي أن المسئولية لا ترتفع في حالة الدفاع الشرعي إلا إذا كان من أجليه . إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاس المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفي هذه الصورة يقضى للمضروب بتعويض عادل ولكنه تمويض مخفف يقدره الثاني وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التي يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهي تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحسب له حساب في ذلك . وإذن فنقول الحكم بأن التهم لم يصب لاهو ولا أحد من الأهالي بأية إصابة ، وأن قصد الصاكر الهجي عليهم من إطلاق النار ونصب البندقية إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفي مآعك به التهم من أنه كان في حالة دفاع شرعي ، إذ هو لو كان اعتقد في الظروف التي كان فيها أن العيار الذي أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له ما يبرره ولكان كافياً في تبرير طلب التعويض . ثم ساء في ٤٥ - جم سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ ==

لمن أتى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعى. (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى كان متعدياً . وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه بقابله خطأ من جانب المعتدى ، فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعى مسئولية مخففة ، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك . وسيرد ذكر ذلك .

ومنى توافرت شروط الدفاع الشرعى . كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا ترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه . فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادىء . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا يبنى التعدى في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التعدى يؤدي إلى هذه النتيجة . فإما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعيًا في ذلك تناسباً معقولاً بين الخطر الذى يهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراعى التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة

— ٣٢١ — أنظر أيضاً هـس جاتى في ٥ أبريل سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٥ رقم ٨٣ من ٤٩٣ .  
وقفت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن التهم لم يطلق المقذوف النارى التى أسباب الجنى عليه إلا حين رآه عند القجر في زراعته يسرق منها فهذا ، من كانت الإصابة غير ميمية ، مما يسوغ القول بأن التهم كان في حالة دفاع شرعى عن ماله ( هـس جاتى في ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٤ رقم ١٤٩ من ٤٦٠ ) .

لدفعه ، اجبر عمله تعدياً يخفف عنه الاعتداء الذى بودىء به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس المحرد لركن التعدي على النحو الذى أسلفناه (١) .

### ٥٣٣- مادة تحفيز صدر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون

المدنى الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذى أصر بالغير إذا قام به تضيلاً للأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إضاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة . واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة (٢) . »

(١) أنظر مازو ١٠ فقرة ٤٨٩ - هذا ولم أجدنا بالتخريج الأول ، ولعلنا دفع الاعتداء خطأ استغرفه خطأ أكبر ، تصدق تمييز الإعفاء من المسؤولية التفصيلية فى حالة الضرورة ، ولكن العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأً قائماً لم يقابله خطأً استغرفه من جانب الضرور ( أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلى ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « ١ - لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذى أصر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ - وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس نظامى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى تجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى تجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حدثت كلمة « نظامى » لأنها تزيد ، وأدجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : « واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة . » وقد موخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلاً يثير فى الذهن أن الأمر لا يبدو مجرد الإنبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسؤولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جمع العناصر التى يتضمنها النص . وأوضح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٣ - ص ٣٧٦ ) .

ولم يشمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يبرر على مقتضى هذا الحكم لانتباطه على القواعد العامة ( أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م =

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة: (أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً (١). (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس . ولو غير مباشر . طاعته واجبة عليه . وليس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة - وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكفي به - بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مروضه أمراً غير واجب الطاعة . فلا يجوز للمروض فى هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع . وإلا كان تعدياً ترتب عليه مسئولية

== ١٠ من ١٧٤ - وفى ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١ .  
ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد ، هو المادة ٦٣ ، وتجرى على الوجه الآتى :

« لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب مقفولة . »

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وترفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فبجب أولاً أن يكون عمدت الضرر موظفاً عاماً . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس لحسب (وقد رأينا أن المشروع التمهيدى جعل الصاعقة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب مقفولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٩) .

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ١٧٤ - محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ من ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٢٠٢ - وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعملون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع .



الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وجبسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه وأن هذا الاعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن (١) . والثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملاً مشروعاً لا يوجب مسؤوليته . وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسؤولية الرئيس الأمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المحرد . مقياس السلك المألوف من الشخص العادي . فإن الشخص العادي إذا وجد في الظروف التي حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بدأً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا ترتب مسؤوليته (٢) .

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفي أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءاته داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادي (٣) .

### ٥٣٤ - حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد

على أن من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لا يكون

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذي ارتكبه ، فإنه يكون مسؤولاً (استشاف مختلط في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١ وقد سبق الإشارة إلى هنا الحكم) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) - وانظر في الموضوع : استشاف

مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إداري يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيص الإداري لا يفي من المسؤولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسؤولاً إذا أضر الغير بمخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التي تطلبها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

ملزماً إلا بالتعويض الذي يبراد القاضي مناسباً (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٤ من المشروع التيميني على الوجه الآتي : « من سب مزارعاً للغير ، وقاية نفسه أو لغيره من ضرر محتمل يبريد كثيراً على الضرر الذي سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً . وأقرب لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٧٧ - س ٣٨١ ) . وأعطى أيضاً في هذه السلسلة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسي الإبطال ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألماني ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسري ، والمادة ١٣٠ من القانون البولوني .

ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص يقابل هذا النص في القانون المدني الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتي :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر حسيم على النفس على وشك الوقوع به أو غيره ، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منه طريقة أخرى » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيميني في هذا الصدد ما يأتي : « ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستمع التخفيف من المسؤولية أو ميعا . فهي تؤدي إلى التخفيف إذا لم يكن للضرور نصيب في قيامها . ويطلب عمدت الضرر مسئولاً في هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ، باعتبار أنه أُجبر إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محتمل أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر نعمة وأخف وزراً . أما الغير الذي وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولاً قبل عمدت الضرر أي قبل الضرور وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغي التحرز ، في هذا المقام ، في التعريف بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية . وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعي من ناحية أخرى . ففي حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحدائه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذي كان يهدده . أما القوة القاهرة فهي على النقيض من ذلك تلجئ إلى الإضرار إلهاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الدائم الذي يقصد إلى توقيه في حالة الضرورة لا يكون للضرور يد في إحدائه . ويختلف عن ذلك وضع المضرور في حالة الدفاع الشرعي ، فهو بذاته عمدت ذلك الخطر . ويفترغ على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلف بحالة الدفاع الشرعي إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجي ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . ففي مثل هذه الحالة تنتفي المسؤولية بتأني ، ويكون للضرور حكم الدفاع الشرعي من هذا الوجه . وقد لمح التفتين الألماني هذه التفرقة ، فنص في المادة ٢٢٨ على أن ( كل من أتلف أو خرب شيئاً مملوكاً للغير لدره خطر يهدده أو يهدد غيره من جراء هذا الشيء لا يمد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر ) . وقد اتبع التفتين البولوني هذه التفرقة نفسها مع اختلاف في التعبير ، فنص في المادة ١٤٠ على أن ( كل من =

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولاً) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره . مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسؤولية المدنية . أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحالك مصدره أجنبي . فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يتنى خطراً هو الذي جلبه على نفسه يعتبر تعدياً بوجب مسؤوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر . فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدره لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسؤولية أصلاً . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذي يخشى الفرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقطع شجرة مملوكة للغير بمسك بها حتى ينقذ نفسه من الفرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ،

== خرب أو أتلف شيئاً مملوكاً للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يهدده أو يهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذلك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر لازماً) . ويلاحظ أن التقنين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه المضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفى المسؤولية بتأناً ، في حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أذى من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو فيها في جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٩ - من ٤٨٠) .

أنظر في حالة الضرور : مازو ١ فقرة ٤٩٢ - فقرة ٤٩٥ - ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها - سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالاه نشر في مجموعة من الدراسات في القانون المدني لذكرى كابتان ص ٧٢٩ وما بعدها - ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ - بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ - لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها - لالمان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - أبوف (Abouf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة القاهرة تنفي المسؤولية ابتداءً . فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثاني أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع . وهذا هو الفرض المألوف في حالة الضرورة . فالشخص الذي يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دمه ، يتفادى خطر المرض . وهو في العادة أشد بكثير من الحسارة التي تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة - ومن ثم وجب التصريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة - ولكن المريض الذي استولى على الدواء يعتبر في حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية . وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذي وقع . ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذي يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها . ليطفء حريقاً شبت في داره . لا يعنى من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها . فيلزمه القاضى بتعويض مناسب . أى بتعويض مخفف ، عن المسؤولية التقصيرية - وهذا ما يقضى به النص صراحة - إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذي وقع ، أو دونه في الجسامة . وفي هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة (١) . ونحن في التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسؤولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى . فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسؤولية .

ولم يقع انحراف في الفرضين الأول والثاني . لذلك لم تقم المسؤولية . ووقع انحراف في الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة . فجاء النص

(١) قس أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ من ١٩٦٣ - وفي ٢٧ نوفمبر

سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ من ٤٦٨ .