

منجر حجة في بيع كل عنصر من عناصره (١) .

والحكم في جزء من التركة حجة في جميع أجزائها (٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المحكوم به جزءاً من كل ، وكان النزاع في ملك هذا الجزء مبنياً على اعتبار أنه بعض من هذا الكل وعلى اعتبار أن هذا الكل مملوك للمدعى ، وكان الفصل في ملكية هذا الجزء يقتضى البحث في هذا الكل ، وفصلت المحكمة في منطوق حكمها في هذا الجزء فقط باعتبار أنه جزء من كل متنازع عليه بحث فيه في أسباب حكمها ، فإن الحكم يتصل بالكل ويكسب بالنسبة إليه حجية الأمر المقضى ، بشرط أن يكون الخصوم قد تنازعوا في ذلك تنازعاً جدياً وتبادلوا بحثه بحثاً دقيقاً حقيقياً مقصوداً من جميع نواحيه حتى يكون الحكم الصادر حجة عليهم فيما جعلوا تبادل بحتم دائراً عليه . فالحكم الصادر في النزاع في ملكية جزء من منزل ، إذا تناول بحث النزاع الخاص بملكية المنزل جميعه بالشرط المتقدم ، يجوز حجية الأمر المضى بالنسبة إلى ملكية المنزل جميعه (٣) .

ومع ذلك فإن الحكم في الكل لا يتضمن حكماً للحكم في الجزء . فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية في أرض ، لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية في جزء

(١) استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٧٧ .

(٣) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٢٠ ص ٦١٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد صدر بتأجيل الفصل في التمويض الذى يطلبه البائع من المشتري وبأحقية المشتري فى استلام القمح المودع بمخازن البنك على ذمت من البائع ، على أساس أن عقد البيع قائم ونافذ بين الطرفين ، وأن المشتري عرض الثمن على البنك مقابل تسليمه القمح فرفض بناء على تعليمات البائع ، ثم صار هذا الحكم نهائياً بعدم استئنائه ، فإنه يجب على المحكمة ، وهى تفصل فى طلب التمويض ، أن تعتبر ذلك الحكم محمداً نهائياً للعلاقات القانونية بين الطرفين ، لا فيما يتعلق بعقد البيع ذاته فقط ، بل أيضاً فى كل ما كان مؤسماً على هذا العقد . فإذا هى خالفت مقتضاه ، قائلة أن المشتري تأخر عن دفع ثمن القمح وعن تسليم الغلال ، وأن العقد يعتبر بذلك مفسوخاً من نفسه ، فإنها تكون قد خالفت القانون بعدم مراعاتها الأساس الذى بنى عليه الحكم الأول باعتباره قد فصل فى مسألة كلية لم تكن دعوى التمويض إلا جزءاً متفرعاً عنها ، مما كان يستوجب منها أن تنقيد به فى قضائها بين الخصوم أنفسهم فى دعوى التمويض التى فصلت فيها بعد صدوره (نقض مدنى ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦) .

شائع في الأرض (١) ، ما لم يكن الحكم السابق قد بت في أن المدعى لا يملك الأرض ولا أى جزء منها (٢) . والحكم برفض ادعاء الملكية لا يمنع من ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع (٣) .

كذلك الحكم في الجزء لا يتضمن حتما الحكم في الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال (٤) .

٣٧٢ - الحكم في صفة عارضة : وإذا قضى الحكم في طلب ، وكان

قضاؤه هذا يستلزم الفصل في صفة عارضة (qualité simplement accidentelle) للخصم ، فلا يكون الحكم حجة في دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضى المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين ، على أساس أن المدعى عليه تاجر . فصفة التاجر التي خلفها الحكم على المدعى عليه - وهي صفة عارضة - لا تحوز حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر افلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة في الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس ، على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر (٥) .

(١) استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٣ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤١ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ - ص ٤٣٥ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ - ص ٤٣٥ - وإذا أغفل المدعى طلبا نعم فيه المحكمة من تلقاء نفسها ، كطلب الحكم بمصروفات الدعوى على الخصم ، ولم تقض به المحكمة في حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به في دعوى جديدة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٧٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ - ص ١٠٣٠ - ويذهب الفقه الفرنسى أيضا إلى أنه إذا قضى الحكم - في دعوى الدائن على الوارث - بصفة عارضة للوارث ، كأن قرر له صفة الوراثة المطلقة (héritier pur et simple) لا صفة الوراثة بشرط التجريد (sous bénéfice d'inventaire) ، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى ، بالنسبة إلى هذه الصفة ، في دعوى أخرى يرفعها دائن آخر على نفس الوارث (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ - ٤٢٤) .

٣٧٣ - الحكم في الحالة المدنية : والحكم الذي يقر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يخضع هو أيضاً لحجية الأمر المقضي وما تصطبغ به هذه الحجية من النسبية (caractère relatif) . فلا يكون لهذا الحكم حجية إلا فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى حجيته إلى الغير .

وقد كان القضاء الفرنسي إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجية مطلقة (erga omnes) ، فيسرى في حق الناس كافة ، خصوصاً كانوا أو غير خصوم . فاذا خلع الحكم على شخص صفة الأب أو الإبن أو الزوج أو المحجور أو الوصي أو غير ذلك من الصفات التي تتعلق بالحالة المدنية ، كان الحكم حجة على جميع الناس في هذه الصفة . ذلك بأن الحالة المدنية لا تقبل التجزئة (indivisible) ولا يجوز أن تبقى قلقة مضطربة يحتاج بها على بعض دون بعض (١) . ولكن القضاء الفرنسي عدل أخيراً عن هذا الرأي في حكم له مشهور (٢) ، وقرر أن الحكم في الحالة المدنية حجيته هو أيضاً نسبية فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى هذه الحجية إلى الغير (٣) .

على أن هناك نوعاً من الأحكام تأتي طبيعته إلا أن تكون له حجية مطلقة . وهذه هي الأحكام التي تنشأ الحالة المدنية (jugements constitutifs d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق ، والحكم بإبطال الزواج ، والحكم بالحجر ، والحكم بتعيين وصي أو قيم ، كل هذه أحكام تنشأ حالة مدنية جديدة ، وهي بطبيعتها تسرى في حق الناس كافة ، ولذلك يهيء لها القانون عادة أوضاعاً معينة تكفل لها العلانية (٤) .

(١) وكان الفقه الفرنسي يجارى القضاء في مذهبه ، ويعتمد في ذلك على نظرية لفقيه قديم (D'Argentré) تلخص في أن الخصم يعتبر ممثلاً في الدعوى لجميع الناس (contradictoire légitime) : تولى ١٠ فقرة ٢١٦ وما بعدها — بونيه فقرة ٨٨٩ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥-١-٢٠١ مع تعليق سافاتييه — سيريه ١٩٢٧-١-٩٧ مع تعليق أوديني .

(٣) وجارى الفقه الفرنسي المعاصر القضاء الفرنسي في مذهبه الجديد : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٤٦٤ — كولان وكابيتان ومورانديير ١ فقرة ٥٦٧ — ديميترسكو ص ٤٥٦ وما بعدها .

(٤) كذلك تستثنى حالة ما إذا كان القانون لا يسمح إلا لشخص معين في إثارة النزاع ، كما في دعوى إنكار البنوة (déshonneur) فهي لا يسمح بها إلا للزوج ، فيكون الحكم من ناحية الواقع =

وقد ذهب القضاء في مصر أيضاً إلى أن الأحكام التي تنشأء الحالة المدنية تكون حجة على الناس كافة (١)

المطلب الثالث

اتحاد السبب

٣٧٤ - تحديد معنى السبب : ويجب أخيراً ، حتى يكون للحكم

= حجة على الجميع (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٠ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٤) . والأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بالإسم (en matière de nom) هي أيضاً بطبيعتها حجة على الجميع (جان ماري أوصل : الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٢٣ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦) - انظر في هذه المسألة : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٨ وهامش رقم ٦١٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ١٠٢٧ - ص ١٠٢٨ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤٨ - فقرة ١٣٥٠ - جان ماري أوصل فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٤٣ - دى باج ٣ ص ١٠٠٨ - ص ١٠١٢ .

(١) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ - ٢٤٠ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن الحكم بتعيين وصي يكون حجة على الناس كافة (استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨) ، وكذلك الإعلام الشرعي بالوراثة (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥) . وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير ، فإن الحكم القاضي بها تزول حجيته متى زالت أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفع الحجر عن المطعون عليه الأول ، قد قرر أنه ليس بأوراق القضية ما ينم عن وجود غفلة أو سفه تمكن نسبتهما للمحجور عليه ، وإن وجدت أسبابها وقت توقيع الحجر فقد زالت هذه الأسباب ، فإنه ليس في هذا الذي قرره الحكم ما يخالف حجية الأمر المقضى للحكم النهائي الصادر بتوقيع الحجر ، لاختلاف السبب والموضوع في الدعويين ، ولأن الحالات التي تستوجب الحجر هي بطبيعتها قابلة للتغير والزوال ، وإلا لما أجاز الشارع طلب رفع الحجر (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤١ ص ٢٦٠ - انظر المجلس الحسبي العالي ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨) - أما الحكم في الجنسية كسألة عارضة فلا يجوز حجية الأمر المقضى : استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٠ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٦٢ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٩ - ١١ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ - قارن : ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ - ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣١١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٦ .

حجية الأمر المقضى ، أن يتحد السبب . والسبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به أو المنفعة القانونية المدعاة . وهو لا يعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها ، واقعة مادية ، أو تصرفاً قانونياً ، وقد سبق بيان ذلك .

فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار . فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس ، لم يجوز له أن يعود إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى ، أى إلى نفس السبب الذى استند إليه في الدعوى السابقة ، وإلا دفعت دعواه بحجية الأمر المقضى . أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ، ولكن استند في طلبه إلى سبب جديد ، كعقد بيع مثلاً ، فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضى لاختلاف السبب ، فقد كان في الدعوى الأولى إيجاراً وهو في الدعوى الثانية بيع . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فإن هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية . وإذا رفضت الدعوى بملكية عين بسبب الشراء ، فلا مانع من المطالبة بها ثانية بسبب التقادم المكسب . بل لا يوجد ما يمنع من المطالبة بملكية العين ذاتها بسبب عقد بيع آخر غير عقد البيع الذى رفضت الدعوى الأولى على أساسه ، فإن الماثلة بين السببين لا تمنع من إزدواجهما ، وحجية الأمر المقضى تقتضى أن يكون السبب التالى هو عين السبب الأول فلا يكفى أن يكون مماثلاً له^(١) .

(١) ومن قضاء محكمة النقض في وجوب اتحاد السبب لقيام حجية الأمر المقضى : قضت بأنه إذا أبطلت محكمة الاستئناف تنازلاً عن مبلغ ما صادراً من والد إلى ولده بكتابة منه في ٣١ يولييه سنة ١٩٢٣ باعتبار هذا التنازل حاصلًا في مرض موت الوالد ، مع أنها بحكم سابق في دعوى أخرى كانت مرددة بين الطرفين قررت أن مرض موت هذا الوالد إنما بدأ في ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ بما قد يفهم منه أن ذلك التنازل قد حصل من المورث في وقت صحته ، ثم تبين أن هذا الاعتراض قد عرض على المحكمة ، فتنازلت في حكمها ، وبيئت ما حاصله أن موضوع الدعوى الأول كان خاصاً بتصرفات وقعت من المورث في أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٢٣ طعن الورثة بطلانها لحصولها في مرض موته ، فلم يكن يهم المحكمة إذ ذاك سوى معرفة ما إذا كان الشهران المذكوران هما من فترة المرض أم لا ، ولم يكن يعنىها أن تقرر مبدأ مرض المورث لأنها لم تكن محتاجة إلى تقريره ، ثم استتجت من الظروف والمستندات التي أشير إليها في الحكم الأول أن مرض موت الوالد قد ابتداء فعلاً قبل أول أغسطس سنة ١٩٢٣ ، وأن ورقة ٣١ يولييه قد حررها المورث فعلاً في هذا المرض ، فهذا الذى قرره محكمة الموضوع هو تحصيل للواقع مما تختص به من وحدها بلا مراقبة لهيئة النقض (نقض مدني ٦ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٨ =

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الأمر المقضى ، فن باب أولى يكون تعدد كل من السبب والمحل مانعاً من التمسك بهذه الحجية . ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر في دعوى من دعاوى وضع اليد (actions possessoires) لا يكون حجة في دعوى الملكية (action pétitoire) ، ففي الدعوى الأولى المحل

(= ص ٨٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى من الدائن بإبطال البيع الصادر من مدينه ، فنقض ببطان البيع ، ثم صدر بعد ذلك إقرار من البائع بأن هذا البيع لم يكن صحيحاً وأن ثمة كان ديناً في ذمته للمشتري وتمهد بدفع دين الدائن الذى قضى له بإبطال التصرف حتى يزول أثر هذا الحكم ، ثم رفعت دعوى من بعض أولاد البائع ببطان ذلك الإقرار ، فنقض ببطان له لصوره إجازة لعقد سبق الحكم ببطان بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الأجازة ، ثم رفع المشتري دعوى بمطالبة ورثة البائع بالدين الذى يدعيه في ذمة مورثهم ، فسبب هذه الدعوى ، وهو قيام الدين الذى يدعيه المشتري في ذمة البائع ، يكون مفايراً السبب في الدعويين السابقتين ، وهو انعقاد البيع في الدعوى الأولى وإجازته في الثانية ، وفي هذه الحالة يجب رفض الدفع بعدم جواز سماع الدعوى المذكورة بمقولة سبق الفصل فيها (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمره رقم ١٩ ص ٣٧) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحراسة الأولى باعتبارها إجراء موقوتاً بالبت في الإشكال الذى رفعه المطعون عليه الأول في تنفيذ المقد الرسمى الذى اشترى الطاعن بموجبه الأطنان موضوع النزاع من المطعون عليه الثاني ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها صارت غير ذات موضوع بعد الفصل في الإشكال ، وكانت الدعوى الثانية التى رفعها الطاعن بطلب وضع الأطنان تحت الحراسة قد استند فيها إلى منازعة المطعون عليه الأول في ملكيتها ووقتها بالفصل في هذه الملكية فصلاً نهائياً ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذى بنى عليه طلب الحراسة في كل من الدعويين مختلف عن الآخر ، فضلاً عن أن المحكمة لم تتعرض في الدعوى الأولى لبحث مسوغات الحراسة لتقول فيها كلمتها ، لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحراسة الثانية لسبق الفصل فيها ، قد أخطأ تأويل الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتب عليه خطأ في تطبيق المادة ٤٠٥ من القانون المدنى (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٥١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان الحكم إذ رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها استند إلى أن المدعين قد طلبا في الدعوى السابقة الإخلاء لهدم المنزل وإقامة طابقيين جديدين مكان الطابقيين المزمع هدمهما ، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأن إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبذات الارتفاع لا يتحقق معه قصد الشارع من إجازة الإخلاء للهدم وإعادة البناء ، وطلباً في هذه الدعوى الإخلاء للهدم وإعادة البناء بحيث يحتوى أكثر من دورين ، فقد اختلف السبب في الدعويين لتحقيق غرض الشارع في هذه الدعوى بمحصول التوسعة بالفعل ، وكان هذا الذى جاء بأسباب الحكم مسوغاً لاختلاف السبب في الدعويين ، فان النوى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨١) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : قضت بأنه حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضى يجب =

هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، وفي الدعوى الثانية المحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد (١) .

= اتحاد السبب (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٨) . ويتغير السبب إذا استند الخصم إلى عقد بيع آخر غير البيع الذي صدر في شأنه الحكم الأول (٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٣ — مع ذلك انظر : ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٧) ، ذلك ألا شيء يجبر الخصم على أن يمسك بجميع أسانيده مرة واحدة ، فيستطيع إذن أن يمسك بسند لم يسبق له أن استند إليه ولو كان هذا السند موجود وقت صدور الحكم الأول (٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢) . ويتغير السبب لو استند الخصم إلى دفع غير المستحق بعد أن كان قد استند إلى العقد (٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨) ، أو رفع الدعوى غير المباشرة بعد إخفاقه في دعوى الحوالة (٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨) . وإذا حكم في دعوى القسمة للشريك المتقاسم بالملكية في نصيبه ، كان الحكم حجة في دعوى استحقاق يرفعها بعد ذلك أحد الشركاء هل هذا الشريك (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥) . ورفض طلب التمويض عن المقاضاة الكيدية في دعوى قضى فيها باستحقاق الأعيان المتنازع عليها لا يكون حجة في دعوى تمويض أخرى عن الضرر الناشئ من حبس هذه الأعيان (٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١) . ويجوز للدائن ، بعد إقفال قائمة التوزيع ، إذا كشف غشاً ارتكبه دائن آخر أدرج في هذه القائمة ، أن يرفع دعوى استرداد غير المستحق هل هذا الدائن دون أن يواجه بحجة الأمر المقضى (١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) — انظر أيضا : استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٦٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ — ٦ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣٥٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٠ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بالأحجية في دعوى الملكية للحكم الصادر في دعوى وضع اليد (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) — انظر أيضا : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — وانظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٥ وهامش رقم ١٠٠ .

كل ذلك الحكم في الحيازة في دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة في دعوى إيجار بتسليم العين المؤجرة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، قرر أن الدعوى الأولى هي دعوى استرداد حيازة أساسها وضع اليد وما يستوجب للقانون من حماية لو اضع اليد على المقار متى توافرت في وضع يده الشروط المقررة لذلك قانونا ، في حين أن الدعوى الثانية تتضمن في موضوعها طلب الحكم بتسليم العين المؤجرة باعتبار هذا التسليم حقا من حقوق المتأجر والتزاما من التزامات المؤجر ، وأن السبب =

٣٧٥ - وجوب الإبقاء على شرط اتحاد السبب مع عدم النوع

فيه : واتحاد السبب كشرط في حجية الأمر المقضى من شأنه أن يضيق من هذه الحجية ، وأن يجعل العود إلى التقاضى ممكناً في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم بدعوى أن السبب مختلف . هذا إلى ما ينطوى عليه تحديد معنى السبب ، في كثير من الحالات ، من دقة وخفاء سنرى أمثلة منها فيما يلي . وقد نزع بعض الفقهاء إلى القول بإمكان حذف هذا الشرط من شروط حجبية الأمر المقضى ، دون أن يخلل الأساس الذي تقوم عليه هذه الحجية^(١) . وقال آخرون بادماج المحل والسبب في شرط واحد ، فيكون هذا الشرط هو وحدة المسائل المتنازع فيها (questions litigieuses)^(٢) . والصحيح في نظرنا أن هناك اعتبارين متعارضين لا بد من التوفيق بينهما . فن ناحية ؛ تقضى نسبة الحقائق القضائية أن نعتد بسبب الحق المدعى به ، فالحكم الذي يرفض الملكية بسبب الميراث لا يمكن أن يعتبر عنوان الحقيقة في رفض الملكية بسبب الوصية . ومن ناحية أخرى ، يقضى أحد الاعتبارات الجوهرية التي تقوم عليها حجبية الأمر المقضى - وهو عدم تأييد المنازعات - ألا تتوسع كثيراً في فكرة السبب ، وأن نجتمع ما بين الأسباب المتقاربة التي يستدعى بعضها بعضاً فلا يفكر الخصم في أحدها دون أن يفكر في الآخر ، فتدججها جميعاً في سبب واحد ، ولا يجعل من تنوعها

= الذي يستند إليه المستأجر في رفعها هو عقد الإيجار الذي يطالب بتنفيذه وليس مجرد وضع يده كما هو الحال في الدعوى الأولى ، وأن هذا الخلاف في الموضوع والسبب يمنع من التمسك بحجبية الحكم السابق . . إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد بين وجوه الخلاف بين الدعويين بياناً وافية لا قصور فيه (نقض مدق ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ؛ رقم ١١٧ ص ٨٢٤) .

هذا وإذا خسر المدعى عليه الدعوى ، وكان لديه دفع يستطيع أن يدفعها به ، فالحكم ضده في الدعوى لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يثير فيها الدفع الذي أغفله . فإذا رفع المدعى دعوى استحقاق على الخائز ، وأثبت سبباً للملكية ، ولم يدفع الخائز بأنه كسب الملكية بالتقادم ، فالحكم بملكية المدعى لا يمنع الخائز من رفع دعوى جديدة بملكيته التي تستند إلى التقادم (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٥) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ ،

(٤) جلاسون ونيسيه ٢ فقرة ١٠١٣ ص ١٠١ - قارن بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٣٥٢

ما يخل بوحدة السبب . وسنسير على هذه الخطة ، ونبين أهميتها بوجه خاص عند الكلام في وحدة عيوب الرضاء كسبب المطالبة ببطان العقد ، وعند الكلام في وحدة أنواع المسئولية كسبب للمطالبة بالتعويض .

فلا بد إذن من الإبقاء على شرط اتحاد السبب ، مع عدم التوسع فيه . فاذا تعدد السبب ، لم يجوز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو اتحاد المحل . لكن إذا اتحاد السبب - مع اتحاد المحل والخصوم - جاز التمسك بحجية الأمر المقضى ، حتى لو تعددت أدلة الإثبات على هذا السبب الواحد ، أو تعددت الدعاوى التي تنشأ من هذا السبب الواحد (١) .

(١) ومن الأمثلة على تعدد الدعاوى التي تنشأ من سبب واحد ما قصت به محكمة النقص من أنه إذا بدأ النزاع بين الراهن والمرتهن ، بأن رفع الراهن دعوى طلب فيها بطلان العقد المدنى الذى وصف بأنه بيع وحقيقته رهن وبرائة ذمت من الدين لاستهلاكه مقابل ما حصله المرتهن من الربح ، ورفع الدائن دعوى فرعية بإلزام مدينه بالدين كاملا وحبس العين المرهونة ، وانتهى هذا النزاع بحكم قضى بإلزام الراهن بأن يدفع للمرتهن مبلغاً معيناً باعتبارها الباقى له من الدين لغاية سنة ١٩٣٣ بعد خصم قيمة الربح الذى استولى عليه من فوائد الدين وأصله . ثم تجدد النزاع ثانية بدعوى رفعها المدين طلب فيها براءة ذمت من المبلغ المحكوم به عليه ، وقضت المحكمة بتعديل هذا المبلغ واعتبار رصيد الدين لغاية ١٩٤٠ مبلغاً معيناً . ثم أراد المدين أن يبرى ذمت من لمدين ، فعرض على الدائن المبلغ المحكوم به نهائياً وملحقاته . فرفع الدائن بدوره دعوى أخرى ضد المدين بمبلغ عينه طالبه به على أنه مقابل ريع الأرض المرهونة من سنة ١٩٢٣ (تاريخ العقد) إلى سنة ١٩٤٢ ، مدعياً أنه لم يحصل شيئاً من الربح لبقاء الأرض في يد المدين طوال هذه المدة . فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بالنسبة إلى المطالبة بالربح لغاية سنة ١٩٤٠ لسبق الفصل فيها . إذ السبب فيها ، كما فى جميع الدعاوى السابقة ، هو عقد المديونية الذى أنشأ الرابطة القانونية بين الراهن والمرتهن ، فإن الدائن إذ يطالب بالربح إنما يعتمد وطلبه على الحق الذى استمده من العقد بصفته مرتبهاً حيازياً ، والمدين حينما يطلب براءة ذمت إنما يتخذ من انقضاء الدين لسبب من أسباب الانقضاء أساساً لطلبه ، وهذا الأساس يرد إلى عقد الرهن . وغير صحيح القول بأن سبب دعوى المرتهن الاحيائية هو وضع يد المدين على العين المرهونة ، فان استحقاق الدائن لهذا الربح لا سبب له قانوناً إلا العقد المذكور الذى يخوله حق الاستيلاء على ريع العين المرهونة سواء ظلت فى حيازته أو انتقلت إلى حيازة الغير بطريق الإجارة أو غيرها . والموضوع أيضاً واحد فى جميع هذه الدعاوى ، وهو بقاء الدين أو انقضائه . وغير صحيح كذلك القول بأن موضوع القضايا السابقة كان مقصوراً على بطلان العقد وموضوع الدعوى الأخيرة هو المطالبة ببيع العين ، فان بطلان العقد لم يكن إلا توطئة للطلب الأساسى وهو براءة ذمت الراهن لاستهلاك الدين فى الربح على أساس أن المعاملة قرض مكفول برهن وأن =

فيجب إذن مواجهة الحالات الآتية : (١) وحدة المحل مع تعدد السبب .
وهنا لا يجوز التمسك بحجية الأمر المقضى . (٢) وحدة السبب مع تعدد الأدلة ،
وهذا لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى . (٣) وحدة السبب مع تعدد الدعاوى ،
وهذا أيضاً لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضى .

٣٧٦ - وحدة المحل مع تعدد السبب : قد يتحد المحل في الدعويين
ويتعدد السبب . وعند ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية
الأمر المقضى في الدعوى الثانية كما قدمنا ، إذ أنه بالرغم من توافر شرط اتحاد
المحل قد اختل شرط اتحاد السبب . وأكثر ما يتحد المحل ويتعدد السبب في العمل
يقع في أحوال أربع : (١) يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب
البطلان . (٢) يكون المحل المتحد هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء .
(٣) يكون المحل المتحد هو حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . (٤) يكون المحل
المتحد هو قيام التزام وتتعدد مصادره .

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ، ويجعل سبب البطلان عيباً في الشكل أو
عيباً في الرضاء أو نقصاً في الأهلية أو خلا في المحل أو خلا في السبب .
فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان ، إذا تمسك بسبب منها ورفضت
دعواه ، لم يمنع ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بسبب آخر . فإذا
تمسك بعيب في الشكل وقضى بصحة الشكل ، جاز أن يتمسك بعيب في الرضاء .
وإذا تمسك بخلل في المحل ، لم يمنع الحكم برفض دعواه من رفع دعوى جديدة
يتمسك فيها بخلل في السبب . على أنه لا تجوز المبالغة ، كما قدمنا ، في تنويع
السبب الرئيسي الواحد من أسباب البطلان ، وإلا فقدت حجية الأمر المقضى
قيمتها ولم تمنع من تأييد الخصومات . فالعيب في الشكل لا يتعدد سببه ، مهما
تعددت صور هذا العيب^(١) . والعيب في الرضاء لا يتعدد ، أيا كان هذا العيب

= ما حصله المرتهن من غلة العين المرهونة وفي الدين وفوائده ، والمحكمة في صدد بحث هذا
الطلب في القضايا السابقة سمعت دفاع المرتهن في مقدار الغلة وفي ادعائه عدم الحصول عليها ، ثم
قررت ما حصله منها والفائدة التي يستحقها وكانت بعملية الاستهلاك (نقض ملفي ٨ فبراير
سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ .

غلطاً أو تدليساً أو إكراها^(١). ونقص الأهلية لا يتعدد ، أيا كان السبب الذى الذى يرجع إليه نقص الأهلية قصراً أو سفهاً أو غفلة أو عتياً . وهكذا قل عن سائر الأسباب الرئيسية للبطلان . فاذا طعن شخص ببطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه ، لم يجوز له أن يعود فى دعوى جديدة يطعن فى العقد بالإكراه . والضابط لوحدة السبب فى البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسى واحد ، إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية فى مخيلة الخصم مندججة فى هذا السبب الرئيسى ، فلا يفكر فى واحد منها دون أن يفكر فى الباقي ، فتتحقق وحدة السبب فى هذا السبب الرئيسى . وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التى تندمج فيه ، فلا يتعدد السبب بتعدددها ، ويكون الحكم فى أى سبب منها حكماً فى الباقي . ومن ثم إذا طعن الخصم فى العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ،

(١) وقد انقسم الفقهاء فى فرنسا فى هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن عيوب الرضاء — الغلط والتدليس والإكراه — عيوب مستقلة كل عيب منها عن الآخر ، ولا تندمج فى سبب واحد ، بل يتعدد السبب بتعدد العيب ، وكذلك شأن عيوب الشكل وعيوب نقص الأهلية وعيوب المحل وعيوب السبب ، (ديبولوب ٣٠ فقرة ٣٣٤ — لوران ٢٠ فقرة ٧٢ — هيك ٨ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨١ — وأنظر فى هذا المعنى فى الفقه المصرى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات جزء ٢ فقرة ١٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — وقد كنا ممن يقول بهذا الرأى — الموجز فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ولكن الخطة التى سرنا عليها فى هذا البحث هى ، كما قدمنا ، إدماج الأسباب الفرعية فى السبب الرئيسى ، حتى لا يتعدد السبب الواحد ، فتأيد المنازعات) . وفريق آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى إدماج جميع أسباب البطلان — عيوب الشكل والرضاء والأهلية والمحل والسبب — فى سبب واحد ، فيحوز الحكم فى أى عيب منها حجية الأمر المفضى بالنسبة إلى العيوب الأخرى (بوتيه فقرة ٨٧٦ — جريولى ص ١٠٩) ، وظاهر أن هذا الرأى المتطرف يقوم على الخلط ما بين المحل والسبب ، فالبطلان هو المحل لا السبب ، أما سبب البطلان فليس واحداً بل يتعدد ، ومنه ما يرجع إلى الشكل ومنه ما يرجع إلى الرضاء ومنه ما يرجع إلى الأهلية . وفريق ثالث يقسم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية ، ويدمج فى كل سبب رئيسى ما يفرع عنه من أسباب ، ويقف فى تعدد السبب عند السبب الرئيسى لا السبب الفرعى (توليه ١٠ فقرة ١٦٥ — فقرة ١٦٦ — ماركاديه ١٣٥١ م ٥ — لاروميير ٧ م ١٣٥١ فقرة ٨١ — فقرة ٨٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٩ وهامش رقم ٩٠) . وهذا هو الرأى الذى سرنا عليه ، ويبدو أنه هو الرأى الذى ساد فى الفقه الفرنسى المعاصر (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣٢ — ص ١٠٣٣ — بيدان ورو ٩ فقرة ١٣٥٤ ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

فالحكم برفض دعواه للغلط حكم برفض الدعوى للتدليس وللإكراه ، ذلك بأنه عند ما طعن في العقد بالغلط لا بد أن يكون قد استعرض بطريق التداعي التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، وما دام لا يطعن في العقد إلا بالغلط فهو ينفي ضمناً أن هناك طرقاً احتيالية أوقعته في هذا الغلط . كذلك الطعن في العقد بالغلط ينفي الطعن فيه بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم في وهم من غير علم بالواقع ، فهي لا تتفق مع دعوى الإكراه التي تفترض خضوع الخصم للتعاقد عن علم بالواقع . ونرى من ذلك كيف أن الغلط والتدليس والإكراه عيوب فرعية ، يستدعى كل عيب منها العيب الآخر ، وترتسم جميعاً في مخيلة الخصم مندججة في سبب رئيسي واحد . فاذا اقتصر الخصم على عيب منها ، فانه بذلك يكون قد استبعد العيين الآخرين . على أنه قد يحدث أن يطعن الخصم في العقد بالغلط ، جاهلاً وقت الطعن أنه انما وقع في هذا الغلط بسبب طرق احتيالية نصبها له خصمه . فاذا كشف ، بعد صدور الحكم برفض دعواه للغلط ، عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم في دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من العقد وغلط في جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلظه . فاذا صدر حكم في دعوى الإكراه ، فان هذا لا يمنع من أن يرفع دعوى الغلط ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم في دعوى الإكراه^(١) .

(١) قارب بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ - ص ١٠٣٢ - نقض فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ سريه ١٩٤٨ - ١ - ٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجلة النقض ص ٩٧٧ .

وغنى عن البيان أن من يطعن في العقد بالبطلان يستطيع أن يعود إلى المطالبة بفسخ العقد (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨٣) أو إلى الطعن في العقد بالدعوى البولصية ، والطعن في العقد بالدعوى البولصية لا يمنع من العودة إلى الطعن في العقد بدعوى الصورية (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠) ، فهذه كلها أسباب مختلفة . ورفض الطعن في البيع بوقوعه في مرض الموت لا يمنع من الطعن فيه باعتباره هبة في غير ورقة رسمية (محكمة الاسكندرية الأهلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١/٥٧ ص ١٢٢ - منيا القمح في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٨٦) . والحكم بصحة عقد باعتباره صادراً من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من بعض =

وقد يطالب شخص بانقضاء التزام، ويجعل سبب الانقضاء الوفاء أو المقاصة والإبراء أو التقادم أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام. فإذا تمسك بالوفاء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالمقاصة، أو تمسك بالإبراء جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم، وهكذا. فلا يوجد ترتيب خاص للتمسك بأسباب الانقضاء أو بأسباب البطلان، إلا ما يقتضيه حسن الدفاع من الناحية الواقعية لا من الناحية القانونية. فيجوز التمسك بسبب من أسباب البطلان قبل التمسك بسبب من أسباب الانقضاء. كما يجوز التمسك بسبب من أسباب الانقضاء قبل التمسك بسبب من أسباب البطلان. كما يجوز أخيراً التمسك بأى سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء قبل التمسك بسبب آخر منها. ويترتب على ذلك أنه يجوز التمسك بالغلط ثم بالمقاصة، أو التمسك بالمقاصة ثم بالغلط، أو التمسك بالتدليس ثم بعدم مشروعية السبب، أو التمسك بالتجديد ثم باتحاد الذمة. ولا يوجد مانع قانوني من التمسك مثلاً بالوفاء ثم بالإبراء، إلا أن مركز من يتمسك بالوفاء أولاً ثم يتمسك بالإبراء بعد ذلك يكون ضعيفاً من الناحية الواقعية لما بين الدعويين من تعارض (١).

وقد يطالب شخص بملكية عين، ويجعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية. فإذا تمسك بالعقد،

= الورثة لا يمنع الورثة المذكورين من الطعن في العقد بعد ذلك لاعتباره صادراً في مرض الموت (استئناف مصر ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٤ ص ١٧٦ - عكس ذلك : بنى سويف الكلية ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧٤ ص ٢٢٧. وهو حكم مستفاد : الموجز للمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤٤ هامش رقم ١).

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ - ص ٧٤٥ - مع ذلك فقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعى الذي يطالبه بدين بمقتضى سند بأنه قام بسداد الدين وأن دفعه يبرئه، وإذا حكمت المحكمة المدنية برفض هذا الدفع، فلا مانع يمنع المدعى عليه من الادعاء مدنياً أمام المحكمة الجنائية مطالباً بتعويض عن تزوير سند الدين، لأن الموضوع مختلف من موضوع القضية المدنية. فالموضوع الأول هو براءة الذمة، والموضوع الثاني هو التعويض عن فعل الجنحة. ثم إن السبب أيضاً مختلف اختلافاً جوهرياً، لأن الدفع الذي رفض أولاً أمام المحكمة المدنية كان قائماً على براءة الذمة من الالتزام، ولكن السبب القانوني الذي يرتكز عليه الدعوى المدني هو المسؤولية الناشئة عن الجنحة، وهذا أمر مختلف عن الأول (١٠ مارس ١٩٢٢ المحاماة ١٣ ص ٥٦٠).

جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . وإذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة (١) .

وقد يطالب شخص آخر بالتزام قام في ذمته ، ويجعل مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام . فإذا تمسك بالعقد ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالإثراء بلا سبب ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعقد . وإذا تمسك بالعمل غير المشروع ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى ، جرباً على الحطة التي نسير عليها ، أن العمل غير المشروع ، بل المسؤولية في مجموعها ، سبب رئيسي واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسؤولية . فرفض دعوى المسؤولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسؤولية عن نفس العمل ، ولو كلفت المسؤولية في الدعوى الأولى بأنها مسئولية عقدية وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية ؛ ومن باب أولى لو كلفت في الدعوى الأولى بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ مفروض . ففي كل هذه الأحوال ، السبب الرئيسي الذي يجب الوقوف عنده هو العمل الذي نشأت عنه المسؤولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وهذا العمل هو هو لم يتغير في جميع الصور المتقدمة (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ - الزقازيق الكلية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ - أوبري ورو ١٢ تقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠٧ .

وقضت محكمة الزقازيق بأنه إذا رفعت دعوى بالمطالبة بملكية عقار ارتكناً على سبب قانوني وهو الميراث ، وفصل في تلك الدعوى ، فليس هناك ما يمنع المدعى الذي صدر الحكم ضده في هذه الدعوى من أن يرفع دعوى أخرى مرتكناً على عقد البيع الصادر إليه من بعض الورثة عن جزء من العقار نفسه ، حتى لو ثبت أن ذلك البيع قد انعقد في تاريخ سابق على الدعوى الأولى وذلك لاختلاف السبب في الدعويين (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢٥٨) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الاهلية بأن من رفضت دعواه في الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جاراً ، ولا يقبل الدفع بحجية الأمر المقضي لأن السبب في الدعوى ليس واحداً في الحالتين (١٧ مارس ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولستأ نرى في تعدد أسباب الأخذ بالشفعة إلا أسباباً فرعية ترجع إلى سبب رئيسي واحد ، والقضاء في سبب منها قضاء في سائر الأسباب .

(٢) وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في دائرتها المدنية . فقد قضت بأن الراجع =

٣٧٧ - وحدة السبب مع تعدد الأدلة : وقد يتحد السبب وتعدد عليه الأدلة . فيكون السبب في هذه الحالة واحداً ، مهما تعددت أدلته ، واقعية

في باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما تولد به للمضروب حق في التعمير عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعمير مهما تنوعت أو تعددت علل التعمير أو أسبابه ، لان ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، مهما كانت طيبة المسئولية التي يبحثها القاضي في حكم الصادر برفض دعوى التعمير ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضروب من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لانه يعتبر دالاً بالافتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أيا كانت المسئولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعمير ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعمير ما (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً في دائرتها المدنية بأن المراد في وحدة الدعويين في صدد قوة الشيء المحكوم فيه هو على ماهية الموضوع في كل دعوى والسبب المباشر الذي تولدت عنه كل منهما ، فاذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعمير وسببها حفر مسقى ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتعمير أيضاً وسببها هي الأخرى حفر المسقى نفسها ، فلا يؤثر في وحدتهما اختلاف علل السبب المطلوب التعمير من أجله ولا قيمة التعمير المطالب به (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) — أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض فتجري على غير ذلك ، ذاهبة إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسئولية لم يحز الحكم حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى ، فالسبب في دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه — فيتميز الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري كما يتميز الخطأ الثابت عن الخطأ المفروض — لا قيام المسئولية في ذاتها . وما قضت به في هذا المعنى أنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعمير على أساس المسئولية التماقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبني الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فانها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) — وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فان هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذي قارف الجريمة المطلوب التعمير عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم بينك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أي تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك ، يكون متيناً عليها ألا تقضى بالتعمير إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لان حكمها =

كانت هذه الأدلة أو قانونية . وعند ذلك يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى ، عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ، ولكن ليقم عليه دليلاً آخر ، فلا يقبل منه ذلك (١) .

وقد رأينا فيما قدمناه عن دعوى المسؤولية تطبيقاً لهذه القاعدة . فالسبب في هذه الدعوى هو - كما قدمنا - العمل الذي نشأت عنه المسؤولية ، وهو واحد لا يتعدد ، وإنما تتعدد أدلته (moyens) ، فتارة تستند المسؤولية إلى العقد ،

= على المتهم الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين ، أحدهما أو كليهما ، لا يرفضها ، فردود بأنه مادامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية (نقض جنائي ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) . وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائي أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠ - أول مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٢٦ ص ٤٩ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ٩٩ - ٥٨ استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٩ - أما القضاء في فرنسا فقد جرى على نحو ما تجرى عليه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض عندنا ، فهو يذهب إلى أن السبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية ، فلا يجوز للمدعى أن يترك الخطأ التقصيري إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفروض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز هذا أيضاً للقاضي ، وإلا كان ذلك قضاء في شيء لم تطلبه الخصوم ، وإذا رفضت دعوى المسؤولية على أساس نوع معين من الخطأ فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي نقده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ - فقرة ٢١٠١) . وانظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فقرة ٦٢٢ - الأستاذ سليمان مرقس : مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ - ص ٢٣٨ - و ١٧ العدد الثاني - أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٣٠ - ص ٣٣١ - هذا وقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة ٤١١ من تقنين المرافعات بما يأتي : « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه » . وهذا الحكم يسمح لمن رفع دعوى المسؤولية العقدية في محكمة أول درجة أن يستند إلى المسؤولية التقصيرية في محكمة الاستئناف أو بالعكس . وكذلك يجوز لمن استند إلى نوع من المسؤولية التقصيرية في محكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسؤولية في محكمة الاستئناف .

(١) وهذه الأدلة أو الوسائل أو الحجج (moyens, arguments) تدعى بالأسباب البعيدة (causae remotae) - أما السبب (cause) فيدعى بالسبب القريب (causa proxima) (انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٧ و ٨٨) .

وطوراً إلى الخطأ الثابت ، وثالثة إلى الخطأ المفروض ، وليست هذه كلها إلا أدلة متعددة لسبب واحد هو قيام المسؤولية . ففي دعوى المسؤولية إذن السبب هو قيام المسؤولية ، والمحل هو التعويض .

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء ، وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها ، وقضى عليه بالدين ، لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء ، وإن قدم عليه هذه المرة دليلاً مكتوباً كمخالصة بالدين . ذلك أن السبب هنا - وهو الوفاء - لم يتغير ، وأن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة . على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدين بالوفاء فقضى بالدين ، ولم يتناول الحكم إلا البحث في وجوده ولم يعرض للوفاء به ، فإن هذا الحكم لا يجوز حجبة الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين ، إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين ، أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها الدائن برد ما دفع إليه دون حق^(١) . أما إذا دفع المدين بالوفاء ، وعرض الحكم لهذا الدفع وقضى برفضه ، فإن هذا الحكم يجوز حجبة الأمر المقضى بالنسبة إلى الوفاء أيضاً ، ولا يجوز للمدين إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق^(٢) .

(١) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ - ص ٧٤٦ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر أن استرداد ما أخذ دون حق لا يمنعه سبق صدور حكم في خصومة لم يعرض فيها على المحكمة حصول تسديد مبلغ وتقديم سندات مثبتة للسداد (٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجبة الأمر المقضى بالنسبة لأداء الدين لأنه لم يفصل فيه ، وعلى ذلك يصح رفع دعوى ببراءة الذمة عن الدين المحكوم به . أما إذا كان الحكم قد بحث في الأداء ، فإنه يكسب حجبة الأمر المقضى لأنه فصل فيه . ولا يصح حينئذ رفع الدعوى من جديد ببراءة الذمة مما حكم به (٣ أبريل سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢) - انظر أيضاً : استئناف أهل ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ التضاء ٢ ص ٢٦ - بنى سويف الجزئية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٤ رقم ٢/٢٢٨ ص ٤٤٢ - استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٨ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٣٤ ص ١٤٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب للحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا ما كان يدعيه من التخلص من الدين بالوفاء قائلاً إنه

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع له ، فرفضت دعواه ، لم يجوز أن يرفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالبينة ولو كانت قيمة العين تجيزها ، وذلك بأن سبب الملكية - وهو عقد البيع - لم يختلف ، بل الاختلاف هو في أدلة الإثبات ، وهذا لا يجوز تجديد المنازعة^(١) .

= غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) - وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا يجوز لمن قضى عليه نهائياً بدين ، ثم دفعه بناء على هذا الحكم ، أن يطالب بعد ذلك برد ما دفعه ارتكناً على مخالصة سابقة لتاريخ الحكم نظرت أثناء الدعوى ولم تأخذ بها المحكمة ، لأن قوة الشيء المحكوم فيه تحول دون ذلك (١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . انظر أيضاً : بني سويف استئنافي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٥ ص ١٠٢ - مصر الأهلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣١ ص ٢٦٠ - نجح حمادى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٢ ص ٤١ - وقارن بني سويف استئنافي ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٤٠ .

وانظر في هذه المسألة الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٢١٤ - ص ٢٢١ .

(١) محكمة الجيزة ١١ مايو سنة ١٨٩٨ المحقوق ١٣ ص ٣١٢ - أوبرى ورو ١٢ فقرة

٧٦٩ ص ٤٥٠ - الموجز للمؤلف لفقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ - ص ٧٤٦ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى للمدعى بتثبيت حقه في القرار على الأرض المتنازع عليها ، وكان المدعى عليه مختصاً في هذه الدعوى بصفته متلقياً حق الملكية في هذه الأرض من شخص آخر باعها له ، ثم أنشأ المدعى عليه مباني على تلك الأرض ، فرفع المحكوم له بحق القرار عليها دعوى طلب فيها الحكم بإزالة هذه المباني ، ففضى له بذلك ، وكان المدعى عليه مختصاً في الدعوى الثانية بصفته مشترياً لحق الرقبة من وزارة الأوقاف ، فإن السبب القانوني في الدعويين واحد ، وهو حق القرار على الأرض . أما اختصاص المدعى عليه في الدعوى الأولى بصفة واختصاصه في الدعوى الثانية بصفة أخرى فلا يمد سبباً في كل دعوى من الدعويين اللتين اختص فيهما باعتبارهما مدعى عليه ، وإنما هو تدليل لما يدعيه من حقوق على الأرض المتنازع عليها لا تأثير له في وحدة السبب في الدعويين ، وغاية ما في الأمر أنه كان في الدعوى الأولى يستند إلى تلقى حقه من شخص وفي الدعوى الثانية إلى تلقيه من شخص آخر (نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان موضوع الدعوى هو طلب الشفعة في جميع الأطنان المبيعة ، وكان من أسبابها الشيوخ الكل في عموم الأطنان الموروثة التي منها الأطنان المبيعة أو الشيوخ الجزئي في تلك الأطنان ذاتها ، واستبعدت المحكمة هذين السببين من الدعوى لحصول القسمة بين الورثة ، وصار هذا الحكم نهائياً ، ثم تمسك الشفيع - عند النظر في سبب الجوار - باستحقاقه للشفعة =

٣٧٨ - ومرة السبب مع نمرود المرعوى : وقد ينشأ عن السبب

الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق في اختيار إحداهما ، فاذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجبية الأمر المقضى بالنسبة إلى الدعوى

في جزء من الأرض المبيعة ، قولاً منه بأن هذا الجزء استصلحه المورث من قطعة هو شريك فيها على الشيوع لم تتناولها القسمة وأدخل في قطعة أخرى هي القطعة المبيعة فصار منها مع بقائه شائعاً ، فهذا منه تجديد للنزاع الذي سبق الفصل فيه ، وهو غير جائز له ، إذ ليس هذا القول سبباً جديداً للشفعة ، وإنما هو دليل جديد على الشيوع الذي سبق القضاء بنفيه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٢٥١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعى عليه قد طلب أصلياً رفض طلب الريع الذي طالبت به اخته ، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المدعية استولت منه على هذا الريع إذ كانت تقيم معه وهي مريضة وصرف عليها طوال مدة مرضها مبالغ تزيد على ماها ، فقضت المحكمة بإلزامه بقية الريع استناداً إلى أنه كان ينكر على المدعية وراثتها لوالده ، مما يدل على أنه لم يعطها شيئاً من الريع ، فعاد فرفع الدعوى على الأخت يطالبها فيها بمصروفات العلاج المشار إليها ، فقضت المحكمة بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، فإنها لا تكون قد أخطأت ، لأن الموضوع في الدعويين بينه وبين اخته واحد وهو التخلص من الريع ، لا يغير من وحدته كون التخلص حصل بالوفاء به نقداً أو بالصرف في العلاج (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٣ ص ٤٢٩ - والحكم محل لنظر ، فقد تمسك المدعى عليه في الدعوى الأولى ، كطلب احتياطي ، بالمقاصة بين الريع ومصروفات العلاج . ويبدو أن المحكمة لم تبحث هذا الطلب الاحتياطي ، واقتصرت على استخلاص قرينة على عدم الوفاء بالريع من انكار المدعى عليه لوراثة اخته . فلا شيء يمنع في هذه الحالة ، وبعد الحكم بالريع ، من تجديد النزاع في شأن مصروفات العلاج التي لم يفصل فيها الحكم الأول . ولعل المحكمة قد تأثرت بإنكار المدعى عليه لوراثة اخته ، وهو إنكار ينطوي على تعنت في الدفاع) .

وفي تعدد الدليل ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تغيير جهة الوراثة هو تغيير في الدليل لاق السبب (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) .

وفي وحدة السبب وتعدد قضت هذه المحكمة بأنه إذا صدر حكم بصحة عقد ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن في دعوى جديدة بصورية هذا العقد وإبراز ورقة الضد (١٠ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٧) . ولكن إذا رفعت دعوى بصحة عقد . ودفع فيها بنقص الأهلية للقصر ، فالحكم في هذا الدفع لا يكون حجة في دعوى أخرى بصحة عقد آخر (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٨٩٢ م ١٢ ص ١٢٦) . وقضت محكمة إسنا بأن للمستأجر الذي حكم عليه نهائياً بدفع الاجرة ، فدفعها إضعافاً للحكم ، أن يطالب المؤجر ببرد ما تسلمه إذا نزع العقار من يد المستأجر بعد ذلك بناء على حكم صدر لمصلحة شخص ثالث في دعوى أخرى رفعت بعد الدعوى الأولى وكان المؤجر طرفاً فيها ، وليس لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المستأجر بالرد بحجبة الأمر المنقضى (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٨٠) .

الأخرى ، فتكون هذه غير مقبولة إذا رفعت (١)

مثل ذلك الاستغلال . فقد قضت المادة ١٢٩ من التقنين المدني بأن المتعاقد المغبون الذي استغله المتعاقد للقاضي له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فإذا اختار إبطال العقد ، وحكم برفض دعواه ، فإن هذا الحكم يجوز حجية الأمر المقضي في دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استنفد السبب المشترك للدعويين معاً ، وهو الاستغلال (٢) . والعكس صحيح ، فإذا رفضت دعوى إنقاص التزاماته ، لم يجوز سماع دعوى الإبطال .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من التقنين المدني من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » . فهنا أيضاً إذا خسر المشتري دعواه في إنقاص الثمن ، كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ . أما إذا خسر دعوى الفسخ لعدم وصول النقص في المبيع إلى الحد المطلوب من المسألة ، فإن هذا لا يمنع من رفع دعوى إنقاص الثمن (٣) .

كذلك إذا خسر مدعى الاستحقاق دعواه في استحقاق نصيب شائع ، كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة في نفس العين الشائعة ، إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة - وهو ملكية النصيب الشائع - فإذا استنفد هذا السبب في دعوى الاستحقاق ، فقد استنفده أيضاً في دعوى القسمة (٤) .

(١) أنظر من الامثلة على ذلك : نفض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٠١ .

(٣) أنظر أيضاً المادتين ٤٣٣ و٤٣٤ من التقنين المدني (حق المشتري في طلب إنقاص الثمن وفسخ العقد إذا وجد عجز في المبيع) .

(٤) أنظر في أمثلة أخرى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٦ - ص ٤٤٧ - وقد قضت

محكمة الاستئناف المختلطة بقيام حجية الامر المقضي ، حتى لو رفعت الدعوى الاولى في صورة =

وبلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن المحل في الدعويين مختلف . ففي الاستغلال ، محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد ، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي التلف الجزئى للمبيع ، محل الدعوى الأولى هو فسخ العقد ، ومحل الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي ملكية النصيب الشائع ، محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصيب ، ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فإن الحكم في الدعوى الأولى حجة في الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذى رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفد السبب المشترك للدعويين كما سبق القول ، فيكون للحكم حجية ، لا باعتباره قد فصل صراحة في الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمناً في الدعوى الأخرى .

* * *

٣٧٩ - هامز - فكرتاه رئيسيتاه فى هجبة الأمر المفضى : وبعد
فان هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط فى هجبة الأمر
المفضى (١) .

الفكرة الأولى هى ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهى عنده الخصومات .
فإدام قد صدر فى النزاع حكم قضائى قطعى ، فانه يجوز هجبة الأمر المفضى
فى منظوقه لا فى أسبابه ، وذلك حتى نقف بالتقاضى عند حد معقول ، فلا
يتكرر النزاع مرة بعد أخرى دون أن يحسم . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى
هى التى تنتظم الشروط الواجب توافرها فى الحكم .

والفكرة الثانية هى الحيلولة دون التناقض فى الأحكام مع مراعاة النسبية
فى الحقيقة القضائية . فإدام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم ، وفى ذات

= معارضة فى تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المعارض للأعيان المتنازع فيها ، ورفعت
الدعوى الثانية فى صورة دعوى استحقاق لهذه الأعيان (٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٣
ص ١٩٨) .

المحل ، ولعين السبب ، فالتقاضى مرة أخرى يؤدي إلى حكم ، إن اتفق مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به .

القِسْمُ الثَّانِي

آثار الالتزام

تمهيد

(١)

تنفيذ الالتزام

٣٨٠ - أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني الفرنسى خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فعالج الأثرين معاً مختلطين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً^(١) . أما التقنين المدني المصرى السابق فقد فصل ما بين الأثرين ، وتجنب الخلط الذى وقع فيه التقنين المدني الفرنسى ، ولكنه كان مقتضياً كل الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بأثار

• مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التى يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التى رجعنا إليها ، فنجد الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسى : أوبرى ورو وبارتان جزء ٤ طبعة سادسة - بودرى وبارد الجزآن الأول والثانى طبعة ثالثة - ديموج الجزآن السادس والسابع - بلانيول وريبير وردوان جزء سابع طبعة ثانية - بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية - دى باج الجزآن الثانى والثالث طبعة ثانية (في شرح القانون البلجيكى) - بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى طبعة ثالثة - كولان وكابيتان وجوليودى لامورانديير الجزء الثانى طبعة عاشرة - جوسران الجزء الثانى طبعة ثانية - دالوز انسيكلوبيدى .

الفقه المصرى : دى هلنس - هالتون - والتون - الأستاذ عبد السلام ذهنى في نظرية الالتزامات - نظرية العقد للمؤلف - الموجز للمؤلف - الأستاذ حلمى بهجت بدوى في نظرية العقد - الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام (سنة ١٩٤٥) - الأستاذ عبد الحمى حجازى في النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩ - دى باج ٣ فقرة ٦٤ وفقرة ٦٦

الالتزام، فأغفل وطائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة^(١). واستدرك هذا النقص التقنين المدنى المصرى الجديد ، فتناول آثار الالتزام فى باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن تجد له نظيراً فى التقنيات الحديثة^(٢) .

وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts). كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذاً جبرياً (exécution obligatoire) .

٣٨١ - التنفيذ العيني والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل

فى تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فىقوم المدين بأداء عين ما التزم به ؛ وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فىقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فإذا التزم جار بالأى قيم حائطاً فى أرضه يحجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العينى لهذا الالتزام هو الأى قيم الجار الحائط ، والتعويض العينى هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فتقول : « قتر التقنين الحال (القديم) فى النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التى تعرضت لها التقنيات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهى بعد مضمومة الحق فى أغلب التقنيات ، فثمة مسائل أخرى تتصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملاً . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العينى وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالقرامات التهديدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبعه المدين والإعفاء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين فى إجمال الأحكام الخاصة به مبالغة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن فى الإعذار والشرط الجزائى والفوائد والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤)

(٢) الوسيط جزء أول ص ٣٠ — ص ٣١ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتقدمة جميعاً ، وجهه فى علاج أهم وجه منها ، فعمد إلى تنظيم الأعمار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى »

أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود .

٣٨٢ - التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري : وسواء كان التنفيذ عينياً

أو كان عن طريق التعويض ، فان المدين يدعى إلى تنفيذه اختياراً . والتنفيذ الاختياري هو الذي يقابل عنصر المديونية (Schuld) في الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً - ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذي سنبينه فيما يلي - أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبري هو الذي يقابل عنصر المسؤولية (Haftung) في الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارهما شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، كذلك قد يوجه - بل إن هذا هو الذي يقع كثيراً - إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض^(١)

٣٨٣ - الضمان العام للدائنين : وجميع أموال المدين ضامنة

لالتزاماته، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً في هذا الضمان، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، إلا من خوله

= احتذائه كلما دعت الحاجة لذلك . ويكنى أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استهل بأحكام تهديدية أوردت في سياقها بعض نصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية فمقد لها فصلاً ثلاثة : تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتسمه من تنفيذ بالفراغات التهديدية . وخص الثاني بالنصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يتصل به من أحكام الأعدار ، وتقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثاً على ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراعى أن وسائل التنفيذ أو الاستخلاص تنظم دعاوى ثلاثاً تتفرع جميعاً على اعتبار الزمة ضماناً عاماً للدائنين : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولسية ودعوى الصورية . . أما وسائل الضمان فيمثلها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بطلاً يسموه إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختتمت نصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الأضرار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٤ - ص ٤٩٥) .

(١) دى باج ٣ فقرة ٦٧ .

القانون ذلك بمقتضى حق خاص ، كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة إلى هذا المال وحده .

والمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقاسمته ما ينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلاً . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقرنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية ، قد يتخذ إجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهدها الدائن إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وحبس مال المدين وشهر إعساره . وفي شهر إعسار المدين - كما سنرى - ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإعسار إجراءات فردية لاجتماعية .

٣٨٤ - الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ العيني ،

ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تقضى بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار .

وقبل ذلك - وفي هذا التمهيد - نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفرقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

(٢)

الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين .

٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه^(١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق^(٢) ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ ، وفي تقنين الموجبات والعقود

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الأولى من المادة ٢٧٥ من

المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : م ٢٧٤ - يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ فقرة أول - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره . وفي لجنة المراجعة أدمج النصاب في نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع النهائي ، على الوجه الآتي : ١ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق ، وسأني ذكرها .

(م ٤٦ الوسيط - ج ٢)

اللبناني المادة ٢ (١) . ولم يرد في التقنين المدني العراقي نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيد ضرورة أن القانون المدني العراقي لا يعترف بالالتزام الطبيعي ، ففي المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي (٢) . ما قد يستعاض به عن النص للاعتراف بالالتزام الطبيعي في هذا القانون (٣) .

٣٨٦ - **مطلبه الالتزام الطبيعي وتمييزه عن الالتزام المدني :**
ويتبين من النص المتقدم أن التقنين المدني الجديد ، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام ، عمد إلى إبراز التمييز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، فالأول لا جبر في تنفيذه (٤) ، أما الثاني فيجبر المدين فيه على التنفيذ . وهذا التمييز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التقنين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعي بين فيه حالاته ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التقنين المدني السابق الالتزام الطبيعي إلا عرضاً ، وفي موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه في مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول في المادة ٢٠٨/١٤٧ : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجب القانون ، لا يكون له استرداده » . وقد قصد بالدين الذي

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٠ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٢ : الموجب المدني هو الذي يستطيع الدائن أن يوجب تنفيذه على المدين ، والموجب الطبيعي هو واجب قانوني لا يمكن تطلب تنفيذه ، على أن تنفيذه الاختياري يكون له من الشأن والمفاعيل ما يكون لتنفيذ الموجب المدني .

(٢) ومبادئ الفقه الإسلامي مصدر من مصادر القانون المدني العراقي (أنظر المادة الأولى من التقنين المدني العراقي) .

(٣) وقد بحث الدكتور حسن حل الذنون في كتابه « أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي » بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ - ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعي على النحو المعروف في كتب الفقه الديني ، ولم يبين مبلغ جواز الأخذ في القانون المدني العراقي بالأحكام التي بسطها في ذلك ، بعد أن أهمل التقنين المدني العراقي الإشارة إلى الالتزام الطبيعي .

(٤) استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ .

لا يوجب القانون ولكن المدين يعتقد ملزومته به الالتزام الطبيعي ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين المدني الفرنسي، فقد ذكر الالتزام الطبيعي استطراداً في المادة ١٢٣٥ في صدد الكلام في الوفاء (paiement) على الوجه الآتي: ١٥- كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ - على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً، (١) .
وقل في التقنينات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعي في أكثر من نص أو نصين (٢) .

أما التقنين المدني الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعي ، في مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدني ، شيئاً من العناية ، فعرض في نصوص أربعة إلى بيان حالاته وبسط أحكامه (٣) . وبدأ ، كما قدمنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعي

(١) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدني الألماني المادة ٨١٤ - وتقنين الالتزامات السويسري م ٧٢م فقرة ٢ - والتقنين الأرجنتيني م ٥١٦ - ٥١٨ - والتقنين الشيلي م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والمعقود البناني أحكام الالتزام الطبيعي في المواد من ٢ إلى ٨ .
(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراعى أن هذه الالتزامات تتماز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار . فسمه الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانونى وفكرة انتفاء الجزاء ، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها . ومهما يكن من أمر هذا الوضع ، فليس شك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالى (السابق) ، حيث أجملت كل الإجمال ، في معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق : انظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصرى (السابق) . وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي على سبيل الحصر ، فليس ثمة بد من أن يتروك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أى الأحوال وبأى الشروط يعتبر الواجب الأدبى واجباً يعترف به القانون . وليس يجد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأى حال من كان مخالفاً لها : انظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويختلف عن ذلك شأن ما يتروك على الالتزام الطبيعي من آثار ، فمن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها جده قليلة . -

والالتزام المدنى ، فقابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ^(١) . ونحن نتابعه في ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعى ثم الالتزام المدنى .

١٥ - الالتزام الطبيعى *

(Obligation naturelle)

٣٨٧ - الالتزام الطبيعى وسط فى المرتبة بين الالتزام المدنى

والواجب الأسمى : الالتزام الطبيعى واجب أدبى يدخل فى منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المدى الذى يقف عنده القانون فى الاعتراف بالالتزام الطبيعى هو التنفيذ الاختيارى : لا يجبر المدنى فى الالتزام الطبيعى على التنفيذ القهرى ، ولكن التنفيذ الاختيارى معتبر . فاذا قام المدنى بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أى إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكنه مع ذلك بوذى إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيذاً لهذا الالتزام الطبيعى ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لالتزام

== ومن المأثور أن الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر صوراً فى نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً فى نطاق الآثار ، وهو بهذا يعوض فى ناحية ما يفوته فى الناحية الأخرى . وننحصر هذه الآثار فى أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدنى اختيارياً لما يجب عليه بمقتضى التزام طبيعى يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً : المادة ٢٠٧ من المشروع . والثانى أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدنى . وفيما عدا هذين الأمرين لا يرتب الالتزام الطبيعى أى أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاص فى التزام مدنى أو أن يكفل كفالة شخصية أو هنية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٥ - ص ٤٩٦) .

(٧) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٧) .

• مراجع : بنكاز ملحق بودرى جزء خامس - ديموج جزء أول - ريبير فى القاعدة الخلقية

فقرة ١٨٦ وما بعدها - بلانيول (مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣) - بىرو (Perreau) (مقال له فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣) - بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أبونسكو (Tonnesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - سيفير (Sieffert) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ - بىرو (Barreau) رسالة من كان سنة ١٩١٥ - سافاتييه (Savatier) رساله من پواتيه سنة ١٩١٦ - سندريه (Cendrier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ .

في ذمته . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسترده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قدمناه في الجزء الأول من هذا الكتاب^(١) من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، عنصر المديونية (devoir, Schuld) ، وعنصر المسؤولية (engagement, Haftung) ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوي من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالتزام طبيعي مدني ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا إذا وفي الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بينة واختيار ، فهذا هو عنصر المسؤولية قد انفصل عنه .

وزي من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين المرتبتين : سما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعي (obligation naturelle) ، يعترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدنى ، ولا يرتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تملها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام العام ، مسترشداً في ذلك بآداب الجبل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فاذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تخممه أخلاق البيئة ويقضى به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ ص ١٠٨ هامش رقم ١ .

فلو أن فقيراً أنقذ شيئاً من الغرق ، التزم المثرى نحو الفقير : (أولاً) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى الفضالة ، وهذا هو التزام مدني - (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو التزام طبيعي - (ثالثاً) وبالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذي أنقذه ، وهذا هو واجب أدبي^(١) .

ونتكلم الآن في الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي وفي الآثار التي تترتب عليه .

١ - الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي

٣٨٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« بقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام »^(٢) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني

(١) انظر في كل هذا الموجز للمؤلف فقرة ٤٥٧ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآتي : « ويقرر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاماً طبيعياً . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » . وفي لجنة المراجعة جمعت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحوير في اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩) .

المادة ٣ (١) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي .

٣٨٩ - سلطة التقدير للقاضي - رقابة محكمة النقض : ويتبين

من هذا النص أن البت فيما إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلى القاضي ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص (٢) . مثل ذلك ماورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعى » .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تعرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي تحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع مكيفة التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقهاء ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لا باعتبارها مصادر مباشرة يجب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠١ (مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني لملكية الليبية المتحدة م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى بخالف النظام العام . (ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والمعقود البناني م ٣ : للقاضي ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون منه موجب طبيعى أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام (ولا فرق أيضاً في الحكم ما بين هذا النص ونص التقنين المصري) .
(٢) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ما وقف المشرع قام القاضي بدوره (انظر جوسران ٢ فقرة ٧١٨) .

الرجوع إليها عند انهدام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضى مع وجود النص الذى يكفل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط فى شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هى المصادر المباشرة التى يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدنى .

أما مسألة الواقع التى يبت فيها القاضى دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهى تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة (١) .

ونظر الآن كيف يستطع القاضى أن يحدد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، ممهدين لبيان ذلك بالصعود إلى الأصل التاريخى لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة فى هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعى بعد أن نكون قد حددنا العناصر التى يتكون منها .

٣٩٠ -- الأصل التاريخى للالتزام الطبيعى : يصعد الالتزام الطبيعى فى أصله إلى القانون الرومانى . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويجعلون للالتزام الطبيعى آثاراً بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية (٢) ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الرومانى (٣) .

والالتزام الطبيعى فى القانون الرومانى كان نتيجة مباشرة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعى حيث يخل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابناً لذاك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص

(١) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ — قارن دى باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٣ .
(٢) وليس هذا العدد بأقل مما كان فى القانون الرومانى ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التى كان القانون الرومانى يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق النظم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نبثت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة استجدت فى القانون الحديث عن طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى منطقة القانون .
(٣) كولا ، كاهتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٠ .

الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأتي الأوضاع الرومانية أن يقوم التزام مدني ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعي تترتب عليه بعض آثار الالتزام المدني ، وهي آثار أبعد مدى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعي من بين الوسائل التي تخفف بها القانون الروماني من الشكلية المفرقة التي كانت تحيط به ، ومن الأبواب التي انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيما جمد من قواعد هذا القانون .

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعاً كبيراً في الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزام بوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعي تكون هي عين منطقة الواجب الأدبي . ولكن دوما (Domat) تلتقي فكرة الالتزام الطبيعي عن القانون الروماني ، فجعله محصوراً في التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتيه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسي ، وعارض بها فكرة القانون الروماني^(١) . فعنده أن الالتزام الطبيعي هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام المدني فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجي (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتيه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي^(٢)

٣٩١ - النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي - الالتزام

المدني المحلل : قامت النظرية التقليدية في الالتزام الطبيعي في القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسي الواسعة . فالالتزام الطبيعي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدني ، ويعتمد كثيراً عن الواجب الأدبي . فهو في الأصل التزام مدني عاقه مانع قانوني عن أن يترتب آثاره . وهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون المقدم قابلاً للإبطال لتقص الأهلية . وقد يكون المانع جدياً بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما

(١) بوتيه في الالتزامات فقرة ١٩١ .

(٢) بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٥٤ ص ٧٤٣ .

يقع ذلك في التقادم أو في الصلح مع المفلس (concordat) ، فينتفيى الالتزام المدني ويتخلف عنه التزام طبيعي .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعاً من الالتزام المدني ، فهو التزام مدنى متحلل (obligation civile dégénérée) ، عاقبة مانع قانونى عن أن يولد آثاره كاملة .

والذى وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (١) تقاليد القانون الرومانى التى سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (٢) الرغبة فى فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعى واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتى القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصال تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعى ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، ما دام الالتزام الطبيعى لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانونى .

وعيب هذه النظرية التقليدية واضح . فهى تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتى القانون والآداب فصلاً تاماً ، فتغفل فى سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعى . ذلك أن الالتزام الطبيعى ليس إلا مظهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقى بها فى بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها أثراً قانونياً ، فيدخلها بذلك فى حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعى إذن هو واجب أدبى اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنياً متحللاً . بل قد لا يكون بتناً التزاماً مدنياً متحللاً ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبياً يعترف به القانون ويدخله فى منطقتة . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة ، فننتقل الآن إليها .

٣٩٢ - النظرية الحديثة فى الالتزام الطبيعى - الواجب الأدبى :

تركت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعى باعتباره التزاماً

مدنياً متحلاً ، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بونيه .
فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ،
فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، و نشأ التزاماً
مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلازم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية .
بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو
النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ،
وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في
مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً
مدنياً نزل عن مرتبته بزوال عنصر المسؤولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن
يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسؤولية .
وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملاً على عنصر المديونية دون عنصر
المسؤولية .

وبمخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه
واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولاً ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف
به مديونية لامتسولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري .
وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ،
أو نشأ التزاماً مدنياً ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب
عليه القانون بعض الآثار (١) .

(١) وإلى هذه النظرية الحديثة يشير الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المختلطة : قصدت
المادة ٢٠٨ ، بأحلامها لفظ الواجب ، محل عبارة «الالتزام الطبيعي» الواردة في المادة ١٢٢٣
من التفسير المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة
من الحفاضة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse) .
لهوذا الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ،
لا نصب بوازع من الضمير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً
بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ١
ص ١١١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « تعرض الفقرة
الثالثة من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فتكفل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي ، لتلدر =

٣٩٣ - عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً من النظرية الحديثة على النحو الذي قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدني الذي سبق إirاده ، إن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

(العنصر الأول) واجب أدبي يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلاً للتنفيذ .

= الإحاطة بها على سبيل المحصر . والمقو أن أحكام القضاء حافلة بضروب من الواجبات الأدبية أزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . هل أن الفقه يقدم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيماً سهلاً المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنتظم أولاها ما يكون أثراً تخلف عن التزام مدني تناسخ حكمه ، كما هو شأن الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بتصلح المفلس مع دائنيه أو يقضى ببطلانهم لعدم توافر الأهلية . ويدخل في الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل ، كالتبرعات التي لا تستوي فيها شروط الشكل (الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً للالتزام الطبيعي كما سئرى) ، والالتزام الشخصى بالإتفاق على ذوى القربى من لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص على خدمة أداها « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩ » .

هذا ويذهب دى پاچ إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدني ، لا يمكن أن يكون له أثر قانوني ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدني ، يكون قد حل محله التزام مدني ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف في أية مرحلة من المرحلتين (دى پاچ ٣ ص ٦٤ - ص ٦٦) . وهذا النظر يفضل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً وتنفيذه أو بالاعتراف به سبباً للالتزام مدني ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هي التي تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً للالتزام مدني له وجود قانوني محقق ، إذ هو في هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختياري وقابل لأن يكون سبباً للالتزام مدني ، وهذا كاف في ثبوت وجوده القانوني . ويذهب بودرى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً في الالتزام الطبيعي ، فيحصره في حالات قليلة هي أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويتحفظ بارتان (في تعليقاته على أوبرى ورو) ويرى الوقوف موقفاً معتدلاً ما بين النظرية التقليدية التي تضيق في حالات الالتزام الطبيعي تضيقاً شديداً والنظرية الحديثة التي توسع في هذه الحالات توسيعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذي وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وهامش رقم ٢٦ مكرر) . على أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعاً في حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحاً بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفياً بالقول إن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضروري أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ - ص ٢١ وهامش رقم ٢٨) .

أما بلانبول (انظر مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي ، فيتوسع في نظره إلى الالتزام =

فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي . وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

(العنصر الثاني) إحساس المدين أن في ذمته التزاماً طبيعياً . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلاً عند المدين بالذات ، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاعتبار المؤلف عند الناس أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام الضمير أن يؤدي . وزى من ذلك أن المعيار في العنصر الثاني موضوعي لا ذاتي ، والعبارة فيه ليست بما يحس المدين فعلاً ، بل بما ينبغي أن يحس ، بوعي الجماعة أو وعي الفرد المحرد ، لا بوعي المدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي يستقر عنده التعامل .

وهذا العنصر الثاني هو العنصر المعنوي وفيه يسترشد القاضي بواجب الضمير من ناحية وعي الجماعة .

(العنصر الثالث) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني في هذا الصدد أنه « في كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام » . ونأتي بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للفوائد يزيد على ٧٪ ، ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتمهده ، فإن مادفعه من الفوائد زائداً على ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو : عارض مع النظام العام ،

= الطبيعي ، وهو من مؤسسى النظرية الحديثة . كذلك بعد كولان وكابيتان (جزء ٢ فقرة ٤٦٧) وريبير (القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلانيول وريبير وبولانجي (جزء ٢ فقرة ١٣٢٤) وچوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة . ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تنسرب إلى القانون من جملة أبواب : أحدها فكرة النظام العام والآداب ، والثاني فكرة التصرف في استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي .

ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . و هذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : « فاذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر^(١) . »

(٢) إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، ووفى ما خسره محسباً أنه إنما يوفى ديناً واجباً في ذمته ، فإن هذه الخسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا وفاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : « ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق^(٢) . »

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٥ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٢٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لاتزيد على السعر الذي يفرضه القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد مادفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء لالتزام طبيعي . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقضى ، على التقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طواعية واختيار ، لا يستطيع أن يسترد مادفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يجعل من دين القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يصلح سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد - إشاراً بمقته للقمار وإمعاناً في كراهيته - أن يتجاهله بتاتاً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً للقاعدة المعروفة : لا يجوز لأحد أن يحتج بنفس صدر من جانبه *Nemo auditor turpitudinum suam allegans* (بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ١٣٣٥ - جوسبران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٣٨٩) . ويعقب بعض الفقهاء على هذا التعليل الغريب بأن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أراد أن يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الغرض (بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٦) . فإذن مع ذلك أوبري ورو ويعتبران دين القمار مشروعاً في ذاته ، ولكن رفض المشرع أن يجعل تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ - ص ١١) ، ويذهبان إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدني إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (ص ١٤) . انظر أيضاً في أن دين القمار التزام طبيعي : كولان - كابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ -

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، كما لو اتفقاً على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده ، فان هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام . وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب (١) .

وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترشد القاضى بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام (٢) .

٣٩٤ - بعض حالات الالتزام الطبيعي : بعد أن استعرضنا

النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

= وفي مصر - قبل التقنين المدنى الجديد الذى اشتمل على نص صريح فى جواز استرداد دين القمار على ما رأينا - كان العمل جارياً فى الغالب على حكم القانون الفرنسى الذى قدمناه ، فكان دين القمار لا يسترد باعتبار أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ - الموسكى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة المنشبة بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . انظر أيضاً : والتون ١ ص ٢٨ - ص ٣٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٧ .

وفى لبنان يعد دين المقامرة أو المرهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابع حق المداعاة بشأنه ، لكنه لا يميز للخاسر استرداد ما دفعه اختياراً . (الدكتور صبغى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبناني ص ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، فى خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي ، ما يأتى : «ويتعين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى معنى الفرد أو فى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوثق فى النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض النصوص إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذى ينفى بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٩) .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية .
(٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ - التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قدمنا ، فتخلفت عنها التزامات طبيعية (١) . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية (٢) . فاذا تعاقدا القاصر ولم يلبح العقد الأجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فينقلب التزامه المدني التزاماً طبيعياً ، إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده (٣) . ويذكر عادة ، كمثل آخر للنوع الأول عقد الهبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التتئين المدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية عن الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للإبطال لعيب من عيوب الإرادة - غلط أو تدليس أو إكراه - فلا يتخلف عن إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي (أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٠ هامش رقم ٥)

(٣) استئناف أهل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ - انظر بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ - وقارن دي باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير التزام القاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ مدني) ، فهذا التزام مدني مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالالتزام الطبيعي تخلف عن التزام مدني مصدره العقد

ويقال عادة إن كفالة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بمد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفالاته صحيحة . والصحيح في رأينا أن الكفالة في هذه الحالة ليست التزاماً تبعياً ، بل هي التزام أصلي عقده الكفيل معلقاً على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بإبطال العقد ، فيكون الكفيل عندئذ ملزماً بتنفيذ العقد الذي لم ينفذه القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .

مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه .
وجاء في المدكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن هذا النص إنما هو تطبيق للالتزام
طبيعى تخلف عن الهبة الباطلة (١) . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعى
الذى تخلف عن الهبة الباطلة سبباً للالتزام مدنى ، ولأمكن التحايل على الشكل في
الهبة عن طريق كتابتها في ورقة عرفية ثم اتخاذها سبباً للالتزام مدنى صحيح في ورقة
عرفية أخرى وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن التنفيذ
الاختيارى للهبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواهب أو من جهة ورثته ،
إنما هو إجازة لعقد الهبة ، إذ البطلان المترتب على عيب في الشكل قد تلحقه
الإجازة إذا نص القانون على ذلك (٢) .

ومن أمثلة النوع الثانى الالتزام المدنى إذا تقادم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ،
وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانونى من بقائه التزاماً مدنياً ، وهو
التقادم الذى تمسك به المدين (٣) ، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين مختاراً
لم يستطع استرداده . وقد ورد في هذا الحكم نص تشريعى صريح فى التقنين

(١) انظر الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٤٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ و ص ٢٥٤ . وانظر
أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ .

(٢) وهذا ما قررناه فى الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتى . . . الشكل
من صنع القانون ، وهو الذى يمين له الجزء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل المقعد الذى
لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسح باجازته كما فى الهبة الباطلة
شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يحتج به
فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية (الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ فى الهامش
وانظر أيضاً فقرة ٢٠١ ص ٤٩٢) . انظر أيضاً من هذا رأى الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام
الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ . وقارن : الموجز للمؤلف ص ٤٦٧ هامش
رقم ٢ - والتون ١ ص ٢٧ .

وى التقنين المدنى الفرنسى تقصر المادة ١٣٤٠ إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى
الشكل على ورثة الواهب دون الواهب نفسه ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف
الالتزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب (بلانيول وريير وردوان ٧
فقرة ٩٩٠ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨) - قارن بودرى وبارد (جزء ٢
فقرة ١٦٧١ - فقرة ١٦٧٢) ، ومن رأهما أن الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام
الشكل ، حتى إذا مات الواهب كانت هذه الهبة ذاتها بالنسبة إلى الورثة قابلة للإبطال ! ويصعب
التسليم بأن البطلان المطلق يتقلب إلى بطلان نسبي بموت الواهب .

(٣) أما قبل التمسك بالتقادم فالالتزام يبقى مدنياً (انظر المادة ٣٨٧ مدنى - قارن بيدان
ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧) .

المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، وتقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعى » (١) . ومن أمثلة النوع الثانى أيضاً الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة مدين وجهت إليه اليمين الحاسمة فحلفها ، فان الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فعلا بالرغم من حلفه اليمين الحاسمة ، فانه ينقلب إلى التزام طبيعى ، إذا أداه المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضى ، فانه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً (٢) . والصلح مع المدين المفلس (concordat) ، الذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظير انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي للذى انقضى بالصلح ينقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده (٣) . ولا حاجة فى الصلح لإباحة الاسترداد (٤) .

(١) استئناف أهل ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ٩ مارس سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

(٢) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما إذا تمهد المفلس أن يدفع الباقي من ديونه إذا تحسنت حاله (s'il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التمهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملابسات وعبارة التمهد . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٤٠١) . ويشبه بارتان بالمدين المفلس الذى يصطلح مع دائنيه مديناً تمهد أن يدفع بحر الذهب أو بسمرة عملة أجنبية . فإذا كان هذا التمهد - باعتباره تمهداً مدنياً - باطلاً ، ولكن المدين مع ذلك دفع بسمرة الذهب أو بسمرة العملة الأجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائداً عن سمر العملة الورقية ذات السمر الإلزامى ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً (أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ هامش رقم ١٣) . ولا يتفق هذا الرأى ، إذا اعتبرنا شرط اللذهب باطلاً لمخالفته للنظام العام ، مع المبدأ الذى قدسناه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يقوم مخالفاً للنظام العام .

(٤) أما إذا كان الالتزام المدنى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للإثبات ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضى برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يبقى التزاماً مدنياً =

٣٩٦ - التزامات برأت أدبية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على النقيض من الطائفة الأولى التي وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت يعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية^(١) .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذي لحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامه بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام مدنى مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالغش أو عن معاشره غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاشره يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا صحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن العرض من الالتزام التعويض عن المعاشره بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاشره ، فان الالتزام لا يكون التزاماً طبيعياً ، بل يكون التزاماً مخالفاً للآداب لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعى .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص باجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام مدنى بالإجازة ، وذلك كإجازة خادم أخلص فى الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أنقذ حياة المريض^(٢) . فان هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل فى هذه الظروف الخاصة يرتقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى^(٣) . كذلك إذا أثرى شخص على حساب غيره دون أن تتوافر

= ولا ينقلب التزاماً طبيعياً . لكنه يكون التزاماً غير ثابت ، ويجوز أن يثبت بعد ذلك بالإقرار أو باليمين . وإذا دفعه المدين لم يستطع استرداده ، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أقر به بمقتضى دفعه إياه . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان المدين وهو يدفع الدين يعتقد عن غلط أن إثباته يجوز أن يكون بالبينة والأشخاص من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو سنيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٦٤) .

(١) بودرى ربارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٣) قارن بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترط أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره

بمال والأ تكون الجائزة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدني برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعي بهذا الرد مبني على فكرة العدالة .
ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فان الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة في هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي^(١) . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً في ذمة الأب ، بسبب توثق أو اصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده^(٢) .

٣٩٧ - تأصيل لحالات الالتزام الطبيعي - الالتزام الطبيعي

يتأخّم الالتزام المدني : ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعي تدل على أن هذا الالتزام مكانه في دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعي يتأخّم الالتزام المدني ، ويتعقبه خطوة خطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدني هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهانحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره في العادة العقد ، فهو يتأخّم الالتزام المدني العقدي . وقد لحقت العقد علة قانونية لا تُرجع إلى الرضاء في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فمنعت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنعه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضاء سليم غير مشوب بعيب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذي سقط

(١) قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٢) أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ - الموجز للمؤلف فقرة ٤٦٠ - قارن بودري

وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة - والتون ١ ص ٣٣ - ص ٣٤ .
ويعد التزاماً طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها في وقت لا تستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

بالتقادم ، أو اعترضته بيمين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضى ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطبيعي ، لأن المانع القانوني الذي حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم ينعدم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاماً طبيعياً على النحو الذي قدمناه (١) .

والالتزام الطبيعي بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتأخم الالتزام المدني التقصيري . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من الشروط التي ترجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذي عرفناه في المسؤولية التقصيرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد المعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تقصيرياً وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طبيعي .

والالتزام الطبيعي باجازه خدمة أديت أو برد إثناء على حساب الغير يتأخم الالتزام المدني المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاعدة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنعة القانونية . أما الشروط التي ترجع إلى طبائع الأشياء - وتتلخص في أن شخصاً أثرى على حساب غيره - فتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطبيعي .

والالتزام الطبيعي بالنفقة على الأقارب أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة لابن مصدره القانون ، فهو يتأخم الالتزام المدني الذي يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام في القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعي ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاعدة عامة ، فجعلها بنص منه التزامات مدنية (٢) . فاذا لم يبلغ الواجب الأدبي هذه الدرجة العليا من الوضوح والتحديد والقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل

(١) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فيبقى التزاماً طبيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدني عاقه مانع - يرجع إلى الصنعة القانونية لا إلى طبائع الأشياء - من أن يولد آثاره كالتزام مدني .
(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

به إلى مرتبة الالتزام المدنى . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التجديد والانضباط وهذا هو العنصر المادى ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو العنصر المعنوى ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية (١) .

فالالتزام الطبيعى إذن هو توأم الالتزام المدنى ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام المدنى . وإذا كان الالتزام المدنى هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبيعى هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لاتتواءم فى كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات متعارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام المدنى لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبيعى مطاوعة لطبائع الأشياء .

ب - الآثار التى تترتب على الالتزام الطبيعى

٣٩٨ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدنى على

ما يأتى :

« لا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتى :

« الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » (٢) .

(١) وعندما يجاوز القانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية — يجاوز النهى عن الإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة (انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥) — يكون تدخله فى المنطقة الإيجابية فى أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبيعى الالتزام المدنى ، فهو طبيعته ، يتحسس له الطريق ، ثم يعبده .

(٢) **تاريخ النصوص** : م ٢٠١ — ورد هذا النص فى المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعى » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً جعله أدق فى الدلالة على المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١) . م ٢٠٢ ورد هذا النص فى المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصلح =

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق^(١). أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

ويقابل النصاب في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢-٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤-٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المواد ٦ و٨ و٨^(٢). ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي .

= الالتزام الطبيعي ، إذا اعترف المدين به ، سبباً لالتزام مدني . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : «الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدني» ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثار عبارة « إذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسنت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تجديداً له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون في هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني ، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني . وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة على حذف عبارة « إذا اعترف المدين به » دفماً للشبهات ، وعلى أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٥) .

(١) م ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداد » . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً في موضوع الالتزام الطبيعي ، ولكنه جعل الفصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٥) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٢-٢٠٣ (مطابقتان

لمادتين ٢٠١ - ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٤ - ٢٠٥ (مطابقتان للمادتين ٢٠١ - ٢٠٢

من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود البناني م ٤ : أن ما يفعله المرء عن علم لتنفيذ موجب طبيعي لا يصح

استرداده ولا يعد تبرعاً ، بل يكون له شأن الإيفاء - م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعي ، =

٣٩٩ - المبدأ العام : قدمنا أن الالتزام إذا كان طبيعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانتفاء عنصر المسؤولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قدمنا ، فكل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملاً معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .
ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

(أولاً) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء لا يجوز استرداده ، لاتبرعاً يجوز الرجوع فيه . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال .

(ثانياً) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدني .
(ثالثاً) لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعي بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري ، فاذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

(رابعاً) كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل (١) .
ونفصل الآن ما أجملناه :

= ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني . ومثل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد (novation) التعاقد — م ٨ : إن المهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . (وهذه النصوص لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التقنين المصري : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — إلا أن التصور الفني في التقنين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصور هو الذي كان سائداً ، ثم عدل عنه إلى التصور الذي أخذ به التقنين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لإنشاء التزام مدني . ثم إن التقنين اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به بمقتضى عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يعد تبرعاً ، ومن ثم لا يخضع ، من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يخضع لأحكام المعاوضات) .

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الدفع بعدم تنفيذ العقد أنه لا يجوز للمدين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي ليمتنع عن تنفيذ التزام مدني ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بطريق =

٤٠٠ - الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي جائز: يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي ، كما قدمنا ، أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الوفاء ولو عن طريق القضاء . والوفاء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فاذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدي التزاماً طبيعياً ، أنه مجبر على الوفاء لأن التزامه مدني ، أو ظن أن الالتزام الطبيعي يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك إذا أكره المدين في الالتزام الطبيعي على الوفاء به ، جاز له الاسترداد (١) .

= غير مباشر (الوسيط جزء أول فقرة ٤٩٥) . وسرى أن هذا يصدق أيضاً في الحق للحبس الذي يعتبر الدفع بدم تنفيذ المقدم صورة من صوره (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ — عكس ذلك ميك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ — ص ٢٣٧ ، وقد تأثر ميك بالقانون الروماني ، ولكنه غفل عن أن هذا القانون كان يميز أيضاً المقاصة فلا تعارض فيه ، أما القانون الحديث فلا يميز المقاصة لأنها رفاة إجباري ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يميز الحبس) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : ويشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلًا عن بينة من أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاءه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ بوريللي م ٢٠٨ رقم ١ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ٤٦ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — دي هلتس (Exécution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الروماني لا يميز استرداد مادفع وفاء لالتزام طبيعي حتى لو كان المدين اعتقد وقت الوفاء أن التزامه مدني . وفي هذا الحكم — وغيره من الأحكام كما سنرى — يبين أن القانون الروماني كان يرتب على الالتزام الطبيعي آثاراً أبعد مدى مما يرتب القانون الحديث . وسار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٦٦) على هذا النهج ، فاكتفيا بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané) ، فيجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الوفاء لا يكون في هاتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الوفاء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الوفاء (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ — وفي هذا المعنى الأستاذ عبد السلام ذهي فقرة ٧٩) .

ولكن الرأي الراجح في الفقه — وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المصري — هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعي من بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويبسط الأستاذان بودرى وبارد هذا الرأي في العبارات الآتية : « وحل ذلك لا يمكن في عدم جواز الاسترداد أن يكون الوفاء قد تم من اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً —

ولا يكفي أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدني) . وقد قدمنا ، عند الكلام في قيام الالتزام الطبيعي ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع في وعى الجماعة إلى هذه المنزلة . وهنا ، ونحن نتكلم في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، يشترط أن يقع في وعى المدين بالذات أنه ينفذ التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذي يجمع في الالتزام الطبيعي بين وعى الجماعة بمعياره موضوعي ، وبين وعى المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه (١) .

فاذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالالتزام طبيعياً ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعاً (libralité) كما سبق القول (٢) . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات (٣) .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاءه . ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يقابله إلى التزام مدني ، فإنه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعي وفاء جزئياً لم يستطع أن يسترد الجزء الذي وفاءه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي (٤) . ويترتب على ذلك أيضاً أن ما دفعه المدين وفاءه

= (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم عن علم (sciemment) ، أي عن بينة من الأمر « (بودري وبارد ٢. فقرة ١٦٧٤) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعي في إثباته للقواعد العامة في الإثبات (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٣) .

(١) الأستاذ اسمايل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ - ص ٢٣١ .
(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي إنما يتأكد وجوده وقت انقضائه (انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٧١٩) .

(٣) وقد نص تقنين الموجبات والمعقود البنائي (م ٨) على ذلك صراحة كما سبق القول .
(٤) هيك ٨ فقرة ٥ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة - بلانيول وريبير وردوان ٢ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٩ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ هامش رقم ١ .

لالتزامه الطبيعي لو استحق للغير لايضمنه المدين (١).

(٣) لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع . ولو كان الوفاء هبة لا شترطت هذه الأهلية .

(٤) إذا وفي المريض مرض الموت بالتزام طبيعي ، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني، فلا تسرى عليه أحكام الوصية . إلا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضى بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣) ، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعي .

(٥) أما فيما بين المدين الذي وفي بالتزام الطبيعي ودائنيه بدين مدني . فقد ذهب بدي إلى أن الوفاء بالتزام الطبيعي يبقى وفاء لا تبرعاً ، فلو طعن دائن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذي وفي بالتزام الطبيعي وغش الدائن الذي استوفى هذا الالتزام . كما هو الشأن في الدعوى البولصية بالنسبة إلى المعاوضات (٢) . وقد كنا ممن يذهب إلى هذا الرأي في عهد التقنين السابق (٣) . ولكن التقنين الجديد . وقد عد الوفاء بدين مدني مؤجل في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البولصية (انظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية) ، لاشك في أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي . فالمدين المعسر ، إذا وفي بالتزام طبيعي كان في استطاعته ألا يوفى به ، يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف ، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لامعاوضة ، فيكون غير نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذي وفي بالتزام الطبيعي والدائن الذي تلقى هذا الوفاء حسن النية (٤) . ويغلب

(١) ميك ٨ فقرة ٥ - ديمولومب ٢٧ فقرة ٥٠ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ بكرة .

(٢) انظر في هذا المعنى بيرو ص ١٠٧ ، الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ ص ٤٩٩ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠١ .

(٣) انظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ هامش رقم ٢ .

(٤) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ - بيدان ولاجادر ٨ فقرة ٦٩٢ - كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ - الأستاذ أسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦١ .

أن يتحقق ذلك عملاً في تجهيز الأب المعسر لابنته ، فإن التجهيز التزام طبيعي إذا وفي به المدين المعسر جاز لدائنيه الطعن بالدعوى البولصية في هذا الوفاء باعتباره تبرعاً لامعاوضة (١) .

٤٠١ - الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني :

وكما يجوز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء به (promesse d'exécution) ، ما دام هذا الوعد قد صدر عن بينة واختبار. فإذا كان المدين في التزام طبيعي ، بدلا من أن يفي بهذا الالتزام وفاء فعلياً ، وعد أن يفي به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له (٢) . ويكون الالتزام في هذه الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به . فكأن المدين قد وفى الالتزام الطبيعي بالتزام مدني (٣) .

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذه النتائج ، التي ترتب على أن الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء لا تبرع ، على الوجه الآتي : «إذا تحقق هذا الشرط (حصول الوفاء عن بينة واختيار) كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويتفرع على ذلك نتائج أربع : أولاها امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مستحق أو تبرعاً يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن تحدد نية للتبرع عليه . والثانية عدم اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي ، على خلاف التبرعات فينبغ فيها اشتراط ذلك . والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع . والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البولصية (وقد خالفنا هذا الرأي فيما قدمناه) وتصرفات المريض مرض الموت» (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٠ - ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً طبيعياً بالنفقة عليها هي وولدها منه ، وينقلب هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا هو أرسل إليها النفقة مرات عدة وتمهد تمهداً صريحاً في مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا كان المهدوم قد تمهد خادمه القديم بعد أن أصبح عاجزاً بالمعون والمساعدة ، ثم تمهد بعد ذلك بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٢ - ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢٧ ص ٣٣٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ .

ويجب أيضاً - كما في الوفاء الاختياري - أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً^(١) . فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته^(٢) . ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعي لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذي رأيناه في الوفاء الاختياري - كما هو هنا في الوعد بالوفاء - يجمع إلى وعى الجماعة بالالتزام الطبيعي وعى المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قدمنا أن وعى الجماعة ضروري في قيام الالتزام الطبيعي . وعى المدين بالذات ضروري في تنفيذه . ووجوب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فمسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة^(٣) . وعلى ذلك إذا عقد المفلس صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا انصلحت حالته (s'il revient à meilleure fortune) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته معلق على شرط واقف هو انصلاح حاله وبكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى

(١) استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ - انظر أيضاً في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب العمل نحو عامل مدة تجنيده : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٧ - لكن لا يعتد بالتزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد آواها في منزله ، ثم خرجت إلى كنف أحد أقاربها ، فلا يعتبر ملتزماً بالنفقة عليها (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم ، مات ضحية حادث من حوادث العمل ، ولأولاده القصر نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٢) ومن أجل ذلك حذف لجنة مجلس الشيوخ عبارة «إذا اعترف المدين به» التي كانت واردة في المشروع النهائي للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي كافياً لتحويله إلى التزام مدني (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

(٣) الأستاذ أسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ - ص ٢٣١ .

تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء^(١) ؟ فإذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي^(٢) .

وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأى قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديدأ (novation) للالتزام الطبيعي . فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدني بالدين الطبيعي ، فيصبح الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغيير الدين (novation par changement de dette)^(٣) وعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد المعروفة ، إذ التجديد يفترض تعديلاً في الالتزام الأصلي ، إما بتغيير محل الدين أو بتغيير سببه أو بتغيير أوصافه أو بتغيير الدائن أو بتغيير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييراً في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته - محلاً وسبباً وأوصافاً وأطرافاً - من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي

(١) قارن استئناف مختلط ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ - وقد يستخلص قصد المدين من عبارة التمهيد (دى باج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يقصدون الصلح لولا هذا التمهيد فيكون التزاماً مدنياً (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ - ومع ذلك انظر في أن التمهيد يبنى التزاماً طبيعياً إذا أكره المفسر وقت الصلح على أن يوقع كبيالة لصالح دائن ليحمله على إقرار الصلح : محكمة اسكندرية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٢) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة - كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ - تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٢٠٩٧ .

(٣) انظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلاً للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ - بودرى وبارد ٢ - فقرة ١٦٧٨ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣ - چوسران ٢ فقرة ٩١٦ - والتون ١ ص ٣٦ - ص ٣٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ - ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يسير على هذا الرأي . وانظر أيضاً المادة ٦ من تقنين الموجبات والمعقود البناني ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد التعاقد .

الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي لإنشاء لالتزام مدني سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سبباً (cause) لإنشاء التزام مدني^(١) . فاذا وعد المدين في التزام طبيعي دائنه بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين^(٢) ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضاه ومحل وسبب .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعاً ، فهو لا يخضع لأحكام التبرع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري فيما قدمناه^(٣) .

٤٠٢ - لا يفاصل التزام طبيعي في التزام مدني : تقتصر آثار

الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قدمناه . ففي هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعي ، بل أداه مختاراً وهو على بينة من أمره .

(١) كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأى في هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً ، بل هو إنشاء لالتزام مدني يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣) .

(٢) والرأى الراجح في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقعوا حجباً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن. (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٣) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز المؤلف فقرة ٤٦٢ — ومن ثم لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما يشترط ذلك في الهبة . كذلك لا تطلب أهلية التبرع ، ويكتفى بأهلية التصرف (بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ هامش رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه وعدت به الوفاء بالالتزام الطبيعي . أما بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، فيعتبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري .

أما إجبار المدین علی الوفاء فلا یجوز فی الالتزام الطبیعی ، ولو کان ذلك بطریق غیر مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجباریا للدين ، لأن المدین یجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما علیه من الدين بما ثبت له من حق فی ذمة دائته دون أن یكون مختاراً فی ذلك ، فان المدین فی التزام طبیعی إذا كان له فی الوقت ذاته حق مدنی فی ذمة دائته ، فحقه هذا لا ینقض بالمقاصة القانونية فی مقابلة التزامه الطبیعی ، وإلا كان فی هذا إجبار له علی الوفاء بالتزامه الطبیعی ، وهذا لا یجوز (١) .

علی أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقضى بذلك ، فمن شروطها أن ینساوی الدينان المتقاصان قوة وضعفاً ، فلا یقاص التزام طبیعی فی التزام مدنی (٢) . ولكن یجوز بداهة أن یتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذي له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بین حقه هذا والتزام طبیعی فی ذمته لمدينه ، إذ هو فی هذه الصورة إنما یوفی بالتزامه الطبیعی اختیاراً لا إجباراً (٣) .

وقد كان المشروع التمهیدی للتقنين المدنی الجديد یتضمن نصاً صریحاً فی عدم جواز مقاصة الالتزام الطبیعی بالتزام مدنی . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص علی أنه « لا یقاص التزام طبیعی فی التزام

(١) وقد كان القانون الروماني یميز المقاصة ما بین التزام طبیعی والتزام مدنی . وهنا أيضاً نرى هذا القانون یتوسع فی آثار الالتزام الطبیعی ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبیعی ولو كان الوفاء عن غلط .

(٢) أما المقاصة القضائية — وهی وفاء اختیاری — فتجوز بین التزام طبیعی والتزام مدنی (بودری وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلانیول وریبیر وردوان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهیدی فی مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — وهل تجوز المقاصة القانونية بین التزامین طبیعیین ؟ لانرى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد یكون أحد المدینین أو كلاهما لا یرید الوفاء مختاراً بالتزامه الطبیعی للآخر . ویترتب علی ذلك نتیجتان الآتیتان : (أولاً) إذا لم یف أى من المدینین بالتزامه الطبیعی مختاراً لم یجبر علی ذلك ، ولا یختلف هذا الوضع عن الوضع الذي تقع فیه المقاصة إلا فی أن حالة المقاصة تسقط الدينين أما فی الوضع الأول فیبقى الدينان قائمین وإن كان لا یجبر أحد من المدینین علی الوفاء به (ثانياً) إذا وفی أحد المدینین للآخر بالتزامه الطبیعی مختاراً ولم یرد الآخر أن یوفی هو أيضاً بالتزامه الطبیعی نحو الأول ، لم یستطع الأول أن یرد ما وفاء بدعوى أنه وفی بالتزام طبیعی سقط بالمقاصة .

مدني^(١) . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقاصة^(٢) .

٤٠٣ - لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي : كذلك لا تجوز كفالة

الالتزام الطبيعي إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدني يضمن الدين الطبيعي المكفول^(٣) . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي ، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه ، وهذا لا يجوز^(٤) .

أما الشبهة التي تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فندفعة . ذلك أن المادة ٧٧٧ من التقنين المدني نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لا يجوز أن يقاس التزام طبيعي في التزام مدني ، لأن المقاصة ضرب من ضروب الوفاء القهري . بيد أن للدائن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين دينه المدني ودين طبيعي يلزمه أداءه ، إذ القصاص في هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختيارياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ .

(٣) وكما لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية ، كذلك لا تجوز كفالة هذا الالتزام كفالة عينية ، ولا يجوز ترتيب رهن رسمي أو رهن حيازي لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التي لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (هيك ٧ فقرة ٢٣٦ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٦ - الموجز للمؤلف ص ٤٦٩ هامش رقم ١ - قارن جيلوار في الكفالة فقرة ٥٤ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ - ص ٥٠٤) .
(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ - جوسران ٢ فقرة ٧١٥ - قارن بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ - ص ٥٠٤ ، وقفت محكمة الاستئناف المختلطة بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدني (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .

وقد كان القانون الروماني ، هنا أيضاً ، يميز كفالة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني . وهذا وجه ثالث لتوسع القانون الروماني في آثار الالتزام الطبيعي ، وقد رأينا الوجهين الأولين في منع الاسترداد ولو كان الوفاء عن غلط وفي مقاصة الالتزام الطبيعي بالتزام مدني .

إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بالمعنى المألوف ، بل هي التزام أصلي أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط واقف هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه (١) .

على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويتحقق هذا الفرض فيما إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون عالماً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية (٢) ، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده . فان كان الذي وفي التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفي ، لأن التزام المكفول التزام طبيعى كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشر (٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من التقنين المدني بأنه « إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه » . ويستخلص ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد كان له أن يحتج بهذا الوجه . أما إذا كان عالماً بنقص الأهلية - وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص - فانه يكون عندئذ قد كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٧٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحو الذي قدمناه (قارب بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٣٣٩ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٧٠ - وقارن أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحو الذي قدمناه ، فانه يجوز كفالته بالالتزام مدني ، شأنه في ذلك شأن أى التزام مدني آخر (قارب بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٣٣٥) - ويمد وعداً ضمناً بوفاء التزام طبيعى أن يقدم المدين بهذا الالتزام كفالة شخصية أو رهناً أو كفالة عينية (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٥ وفقرة ٩٩٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٣٢ - وقارب بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه « لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ما دام التزاماً طبيعياً » (١) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة « لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة » (٢) .

٥ (٢) - الالتزام المدنى

(Obligation civile)

٤٠٤ - **التفبىر جبراً على المدين** : بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدنى ، وهذه هى الصورة المألوفة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فاننا لانقصد به إلا الالتزام المدنى .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وكذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — انظر مكر ذلك المادة ٥٥٢ من التصديق الأرجنتينى — ما بقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفعالاً من الالتزام الأصل . ولا وجه لقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم الصحة باعتبارها التزاماً أصيلاً لا تابعاً . وصفوة القول إن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصح إلا إذا اعترف به وألحق تفریباً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . وما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يميز كفالة الالتزام الطبيعى كما يميز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعى من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعى من ذمة المورث إلى ذمة الوارث حتى فى القانون الفرنسى الذى تنتقل فيه الديون بالميراث . وعند القائلين بأن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها التزام طبيعى فى ذمة ورثة الواهب ، يكون هذا الالتزام الطبيعى أصيلاً فى ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداءً فى ذمتهم ولم ينتقل إليهم من المورث . انظر فى ذلك : بلانيول وريبير ديولانجه ٢ فقرة ١٣٤٠ — وقارن : جوسران ٢ فقرة ٧١٦ .

العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وقد تقدم بيانها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذي يميز الالتزام المدني عن الالتزام الطبيعي هو، كما قدمنا ، أن الالتزام المدني ينفذ جبراً على المدين (م ١٩٩ فقرة أولى مدني) . ذلك أن هذا الالتزام مجتمع فيه، كما سبق القول، عنصران المديونية والمسئولية ، فالمديونية تجبز الوفاء به كما في الالتزام الطبيعي ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعي .

وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض . ورأينا أن القاعدة الجوهرية في هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فنعالج إذن - استعراضاً لآثار الالتزام - هذه الموضوعات الثلاثة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العيني .

الباب الثاني : التنفيذ بطريق التعويض .

الباب الثالث : القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

الْبَيْتُ الْأَوَّلُ

التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٤٠٥ - متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكونه : نبدأ ببيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

الفصل الأول

متى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني على

ما يأتي :

١ - يجبر المدين ، بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكناً .

٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً^(١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي - استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني . وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام سابق أو ارتفاع بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر . فن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساماً دواءً لضرر طفيف . وذكر أيضاً أن إدارة القضايا في كثير من مخالقات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضى بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة ، ولا يفهم من هذا أن النص يميز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة ، فطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاب المذكور في الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاب العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي . ثم أُميد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به . وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء . وانتهت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٩ - ص ٥١٢) .

معمولاً به دون نص ، أما حكم الفقرة الثانية فستحدث وهو منقول عن التقنين الألماني (١) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى ، في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٤٩ (٢) .

٤٠٧ - شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً أربعة لاقتضاء التنفيذ العيني :

(أولاً) أن يكون التنفيذ العيني ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ الإلتزام عينياً وللمدين عرض القيام بذلك ما بقى هذا التنفيذ ممكناً . ولم يستثن المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استمد حكمها من التقنين الألماني ، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ميئوراً إلا ببذل نفقات لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر من جراء التخلف عن الوفاء عينياً ، اقتصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التمويض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

عل أن هذا النص المستحدث ليس في الواقع إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء المصري ، كما سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نعتاً مفسراً ، أثر رجعي ، فيسرى على الحوادث التي تمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٤ (مطابقة لنص المادة ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أنها لا تنص على الإعذار) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المستطاع أن توفى الموجبات عينياً ، إذ أن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، حتى فيما يتعلق بجواز التمويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين مادام نص التقنين اللبناني يتضمن عبارة «على قدر المستطاع» ، ويمكن تفسيرها في شيء من التوسع ، ومع ذلك فإن الدكتور صبحي الحمصاني في آثار الإلتزام في القانون المدني اللبناني ص ٣ - ص ٤) .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاب للمدين ، أو يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

(رابعاً) أن يعذر المدين .

٤٠٨ - الشرط الاول - أنه يكون التنفيذ العيني ممكناً : فاذا

أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين ، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني ، ورجع الدائن بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين ، أو انقضى الالتزام دون تعويض إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ، أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلاً .

ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجرائه يقتضى تدخل المدين الشخصى ويأبى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص فى عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفى كل عمل فى كعمل الطبيب وعمل المهندس . فاذا لم يلجأ القاضى إلى طريق التهديد المالى ، أو لجأ إليه ولم ينتج ، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والاتجاه إلى طريق التعويض .

أما فى الالتزام بنقل حق عيني (م ٢٠٤ مدنى) ، وفى الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد بالبيع (م ٢١٠ مدنى) ، فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضى . وفى الالتزام بالامتناع عن عمل ، إذا أحل به المدين وأقدم على العمل ، أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، ولكن التعويض العيني - بازالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدنى) - قد يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض نقدى عن الضرر الذى حدث بفعل المدين .

فامكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ^(١)

وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام . ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاداً معيناً ، كمثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكادارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكاناً للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فاذا فات الميعاد الذي يجرى فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكماً ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد للتنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً ويندره في الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن (١) .

٤٠٩ - الشرط الثاني - أنه بطلب الرأى التنفيذ العيني أو يتقدم

به المبرع : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، وكان ممكناً ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرأ على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العيني أى على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢) . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني - ويكون في هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال - فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « بقى بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، ففى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل في حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد لتنفيذ جاز الوفاء حيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يخجل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير . ويبيىء التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين في مثل هذه الحالة . فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء حيناً ، وأن يشفع هذا التحديد بإبلاغه أنه لن يقبل منه وقاه بعد انقضاء هذا الميعاد (انظر المادة ٢٥٠ من التقنين الألماني) . وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعى خاص . أما إذا حدد ميعاد لتنفيذ فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢٢ ص ٢٢٩ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٢٥٨ .

رضى به الدائن أو أباه (١) .

فاذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - حتى إذا كان ممكناً - واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً ، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فما دام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكأنه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني (٢) .

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بديلياً بجانب التنفيذ العيني . فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن من حق المشتأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تسترد ما وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغي أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عينياً ، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عينياً إذا شئت ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عينياً (نقض مدنى ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل ، ولا يصار إلى عوضه أى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينياً . فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينياً - كرد الشيء المختص - وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هى عملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وعلى ذلك فإذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استمداها أن ترد الأرض المختصة ، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن يعتبر باستمدا المدعى عليه للرد ودون أن تنفى استحالة الرد أو جدية الاستمدا له ، فإن حكمها يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢) .

(٢) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . وكذلك إذا طلب التنفيذ العيني ، فالمفروض أنه طلب ضمناً التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني ، فإذا قضى له فى هذه الحالة بالتعويض فلا يعد هذا قضاء بما لم يطلبه الخصم (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٣ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٢١٩) .

التنفيذ العيني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يختار التعويض دون التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخييري . ولا يملك المدين وحده أن يقدم بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلي (١) . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض النقدي ، لا بإرادة الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقي التنفيذ العيني ممكناً ، أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض النقدي إلا بديلاً عن التنفيذ العيني ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وإنما استبدل بمحله محل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون (٢) . أما إذا أصبح

(١) وقد رأينا أن العربون التزام بدل ، أما الشرط الجزائي - وهو تعويض قدره الطرفان - فليس بالتزام بدل ولا التزام تخييري ، شأنه في ذلك شأن التعويض (الرسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ هامش رقم ١) .

(٢) ويعترب هل ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقى لتكفل التعويض النقدي عندما يحل محل التنفيذ العيني (بودري وبارد ١ فقرة ٤٤١ - بلانيول وريبير وجابولده ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٣ - دي باج ٣ فقرة ٩٨ - الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني المرقى فقرة ٣١ - وقارن مازو في المسؤولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ هامش رقم ١) .

وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « أن محل الالتزام هو التنفيذ العيني لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضاً أن يمرضه المدين على الدائن إذا أراد براءة ذمته من الدين . فإدام التخليط العيني ممكناً فإن التعويض لا يكون التزاماً تخييراً ولا التزاماً بدلياً - فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً ، وأصبح المدين مسئولاً عن التعويض ، فليس معنى ذلك أن الالتزام بالتنفيذ العيني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو محل الالتزام ، فبعد أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، فتبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كافلة لتعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الشأن ما يأتي : « إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان ، فن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به . وليس يجوز العدول عن هذا الشأن - إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين . ذلك أن التعويض لا يتزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييري أو التزام بدلي . فهو ليس موكولاً للتخيير ، لأن رخصة العدول عن الوفاء عينياً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأي من المتعاقدين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فن واجب الأول أن يمرض الوفاء عينياً ، ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبديل ، لأن المدين لا يملك عرض الموضع النقدي ما بقي الوفاء العيني ممكناً ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠) .

التنفيذ العيني مستحيلاً بغير خطأ المدین، فقد انقضی الالتزام، لأن محله أصبح مستحيلاً باستحالة التنفيذ العینی، ولأنه لا محل للتعويض النقدي لانقضاء المسؤولية.

٤١٠ - الشرط الثالث - ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب

للمدین، أو يكون فيه إرهاب ولكن العدول عنه بلحق بالدائن ضرراً جسيماً: وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ومع ذلك يعدل عنه المدین بإرادته وحده، ويقتصر على دفع تعويض نقدي، على أن يتوافر لذلك شرطان:

(أولاً) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدین. والإرهاب ينطوي على معنى العنت الشديد، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدین خسارة جسيمة فادحة، ويترك التقدير في ذلك للقاضي (١). وشرط الإرهاب هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة (٢).

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم، فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدین، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض. والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة، مصالح المدین ومصالح الدائن. فإذا أمكن تفادي إرهاب المدین، ولو بضرر يسير بصيب الدائن،

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٠٣ (انظر آنفاً: فقرة ٤٠٦ في الهامش)، في المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ، أن المراد بالإرهاب العنت الشديد، ولا لزوم لوصف لأن الأمر متروك للقاضي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٢).

(٢) وفي فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكناً، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرهقاً للمدین أو للغير وأن الدائن ينال ترضية كافية بالتعويض (نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ - ١ - ١١١ - انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير ورددوان ٧ فقرة ٧٨٣ - وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٤٣٨).

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التمسف في استعمال الحق، فمن حق الدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني مادام ممكناً، ولكنه يكون متمسفاً في هذا الطلب، فلا يجاب إليه، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرهق للمدین أو للغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ٤٣٩ هامش رقم ١).

جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني . أما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاب شديد للمدين . أو ترتب عليه هذا الإرهاب ولكن العدول عنه إلى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً . وجب الرجوع إلى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملاً . ما دام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني . وإذا كان لابد من إرهاب المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصدددها ما ورد في المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، وتنص على ما يأتي : « ١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاع على نذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك . فهنا يقضى النص بالافتصار على التعويض دون التنفيذ العيني - والتنفيذ العيني هو هدم البناء (١) - إذا رأى القاضي ما يبرر ذلك . والقاضي يرى مبرراً لذلك إذا كان الهدم يرهق المدين في الوقت الذي لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن (٢) . وقد كان القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، يسير

(١) سرى عند الكلام في الالتزام بالامتناع عن عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو من الحقيقة تعويض عيني لا تنفيذ عيني . ولكن التعويض العيني ، فيما نحن بصددده من قاعدة ، لا يختلف عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد ، في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استثنى المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العيني مكنياً ، مقتدياً في ذلك بالتقنين الألماني . فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحق بالدائن من جراء التحلف عن الوفاء منها . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له . وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق هام من تطبيقات هذا الاستثناء ، يعرض عند إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرضه عليه التزام أو اتفاق بعدم البناء ، وهو أمر كبير . فهو في مصر . فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى =

على هذه القاعدة دون نص لاتفاقها مع قواعد العدالة (١) .

ويستخلص مما تقدم أن التعويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلاً ، أو كان ممكناً وانفق الطرفان على التعويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين ولا يلحق العدول عنه ضرراً جسيماً بالدائن .

٤١١ - الشرط الرابع - اهتزاز المدين : وإعذار المدين واجب

في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهراً بطريق الإجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدني) أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتعويض النقدي . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني (٢) . فاذا لم يتم الدائن بإعذار

= الشأن وأن يتحاشى تحميل المدين تضرعات جساماً درءاً لضرر طفيف « مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٠ - ص ٥١١) .

(١) استئناف مخطوط ٣ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ - وقارب : نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء في مناقشات لجنة الشيوخ - انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ في فقرة ٤٠٦ في الهامش - أن الحكم و ماخوذ مما استقر عليه القضاء ، فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفي سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالمشروع لم يأت بجديد ، بل قنن ما سار عليه القضاء « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٢ - ص ٥١٣) .

وانظر أيضاً نصين تشريعيين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنفس المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتي : « ١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يمتد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يجبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت تزعمها . ٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامية يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تملك عادل » . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتي : « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن يتزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل » .

(٢) انظر في ضرورة الإعذار في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مخطوط ٢٠ مارس -

المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لأنه لم يعذره قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعداراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مسئولاً عن تأخره .

ولما كان الإعدار إنما يكتر وقوعه عند المطالبة بالتعويض النقدي ، فترجيء الكلام في كميته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٣ - وانظر في عدم ضرورة الإعدار في ذلك العهد أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٣٠ - ونرى من ذلك أن القضاء كان منقسماً في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإعدار عند المطالبة بالتنفيذ العيني (م ٢٠٣ ، فقرة أولى) ، ومن ثم لا يلتفت إلى ما جاء بالملذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مناقضاً لذلك ، فقد جاء في هذه الملذكرة ما يأتي : « لا ضرورة للإعدار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عينياً لا بالوفاء بمقابل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠) .

وانظر في ضرورة الإعدار في جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض عن التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دي باج ٣ فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ - مل أننا سنعود إلى الإعدار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأي منقسم في ضرورة الإعدار في هذه الحالة

الفصل الثاني

كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ - مسألتاه : نتكلم هنا في مسألتين :

(أولاً) موضوع التنفيذ العيني (المديونية) .

(ثانياً) وسائل التنفيذ العيني (المشولية) .

الفرع الأول

موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ - تفهيم الالتزام بالنسبة الى محله : موضوع التنفيذ العيني

هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

المبحث الأول

الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

Obligation de donner

٤١٤ - مسألتاه : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .

المطلب الأول

محل الالتزام شئ معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على

ما يأتي :

والالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ،
إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال
بالقواعد المتعلقة بالتسجيل^(١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢
و ١٧٥/١١٨^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة
٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧ ،
ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق
لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع
النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال
التنضيرية ٢ ص ٥١٤ — ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :

م ١٤٥/٩١ : التمهيد باعطاء شئ ينقل ملكيته بمجرد وجود التمهيد إذا كان الشئ معيناً
ومملوكاً للمتمهد — م ١٤٦/٩٢ : التمهيد باعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق
بشرط عدم الإخلال بحق الإمتياز والرهن العقاري والحبس — م ١٧٥/١١٨ : إذا كان الدين
عيناً معينة ، جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للدين وقت التمهيد
أو حدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها . (وأحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف
عن هذه الأحكام) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥ (مطابقة لنص
المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري) .

(٤٩ الوسيط — ج ٢)

٤١٦ - نقل الملكية بسبب التزام بنقلها - التمييز بين المنقول

والعقار : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني (obligation de donner) - سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أى حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن - يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين .

ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية بسبب التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فننتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينتضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تخلفت عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد (١) .

ويجب فى هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

٤١٧ - الشيء الذى يقع عليه الالتزام منقول : فاذا كان الشيء

الذى يقع عليه الالتزام منقولاً وكان عيناً معينة مملوكة للمدين ، كسيارة معينة

== التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٧ (مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والمعقود البنائى : لا مقابل لنص - ولكن انظر فى عقد البيع المواد ٢٩٢ إلى ٣٩٥ - ولا خلاف فى الأحكام ما بين هذا التقنين والتقنين المدنى المصرى .

(١) ويذهب بنكاز (Bonnetcase) إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينتقل الملكية ، من افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينتضى بمجرد أن ينشأ . ويكون للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينتقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر (انظر : التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه المؤلف ص ٧٧) . حل أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى (Livre Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينتقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فان الالتزام بنقل حق عيني على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فاذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهناً حيازياً لضمان دين في ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري أو بترتب حق الرهن فعلاً لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (ا) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأى منهما ، انتقلت الملكية إلى (ا) المشتري الأول دون (ب) المشتري الثاني . فاذا سلمها إلى (ا) ، فانه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فان هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولاً إلى (ا) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (ا) المشتري الأول الذي انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ينفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتخيير أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر . ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمتنولات ، دون أن يرد على إطلاقه أى تحفظ أو قيد . فاذا صدر التصرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (إزال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدل إليه المالك بحقه . وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائز أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥) .

٤١٨ - الشيء الذي يقع عليه الالتزام عقار : أما إذا كان الشيء

الذي يقع عليه الالتزام عقاراً معيناً بالذات ومملوكاً للمدين ، كدار أو أرض محددة ، فإن الالتزام ينقل حق عيني على هذا العقار لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل تجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد ، والتسجيل إنما ينفذ الالتزام لا ينشئه (١) .

فاذا باع، صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشتري ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يتراخى تنفيذه إلى وقت التسجيل . ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الإمضاء ، فإذا لم يتم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فإذا سجله المشتري انتقلت إليه الملكية (انظر م ٢١٠ مدني) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير (٢) .

(١) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ .
(٢) يذهب الأستاذ شفيق شحاته في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني سنة ١٩٥٢ ص ٤١ - ص ٤٣ » إلى : « أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضي ، ولا يكون مصدره المباشر نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن الرسمي فهو واقعة القيد ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن =

على أن الحق العيني العقارى - ملكية كان أو حقاً آخر - الذى ينتقل للدائن يكون خاضعاً للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد حفظت من قبل

= الحيازي العقارى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرهن المتقول هو واقعة التسليم ... أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العيني بما يستتبعه من حق التفرغ وحق التنسيع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العيني يظهر أثره ابتداءً فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتماً نافذاً فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة فى وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، لا العقد أو الأمر . على أن المد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانونى للقيد أو للتسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم منتجاً لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضى أو نص وارد فى القانون .

ونلاحظ على هذا القول ما يأتى :

(أولاً) يذهب الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن كحق عيني — لا كمقد — لا يمكن أن يكون له أثر : فى حق الغير . وعندنا أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين الرهن والرهن ، تتلخص فيما نصت عليه المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى من أنه « يلتزم الرهن بضمير ملامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ربه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الرهن بما ينفق فى ذلك » . هذا إلى ما يقيد حق الرهن من سلطة الرهن فى إيجار العين المرهونة وفى قبض أجرها مقدماً (م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدنى) . وكذلك الأمر فى رهن الحيازة ، فإن الرهن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الرهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون (م ١١٠١ مدنى) . بل إن أثر رهن الحيازة — كحق لا كمقد — بالنسبة إلى الدائن المرتهن أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من التقنين المدنى على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يده فيه » . وليس هذا الالتزام إلا حلقة فى سلسلة من الالتزامات يفرضها القانون على الدائن المرتهن فى استثمار الشيء المرهون وفى إدارته وفى رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهن (انظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من التقنين المدنى) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيما بين المتعاقدين إنما ترتب على الرهن كمقد لا كحق ، فإن نصوص التقنين المدنى صريحة فى أن للرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتعاقدين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولفظ « الرهن » مستعمل بمعنى الحق لا بمعنى العقد فى الحالتين .

(ثانياً) وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيما بين المتعاقدين ، وذلك قبل القيد . فهذا =

بالتسجيل أو بالقيد . فالمشترى للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاع سجل قبل تسجيل عقد البيع (١) . والكلام فى أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

المطلب الثانى

محل الالتزام شىء لمن يعين إلا بنوعه

٤١٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

= معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يعين أن يكون هذا المصدر هو العقد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو العقد لا التسجيل ، فأولى إن يقال أن الرهن ينشأ عن العقد لا عن القيد ، إذ الرهن يوجد فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قدمنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

(ثالثاً) أما القول بأن القيد وحده هو الذى ينشئ حق الرهن ، فيستتب حتماً القول بأن التسجيل وحده هو الذى ينقل الملكية . ومن الواضح أن نظام الشهر فى مصر - ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقارى فى هذا النظام - لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقارى ، تنتقل بالعقد المسجل لا بالتسجيل فى ذاته .

(انظر فى ذلك : التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس فى قسم الدكتوراه للمؤيد ، ص ١٢٧ - ص ١٢٩) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد ما يأتى : « أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام بنقل الحق العيني فى هذه الحالة بالالتزام بعمل ، قوامه وجوب اشتراك مالك العقار فى تيسير إجراء التسجيل ، ولا سيما من طريق التصديق على إنشائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني على التراضى فترة من الزمن ، وهذه هى علة التفريق فى هذا المقام بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) - انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

• ويتفرع على ما تقدم - كما نقول المذكرة الإيضاحية - أن للدائن أن يتسلم الشئ المعين بذاته الذى التزم المدين أن يدلى به إليه ، منقولاً كان أو عقاراً ، بتوافر شرطين : أولهما أن يكون هذا الشئ مملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثانى ألا يكون قد ترتب على المقود عليه حق عيني لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يجوز منقولاً بحسن نية أو مشتر آخر آت إلى عقار بمقتضى عقد سبق تسجيله . وقد نص على هذا الحكم فى المادة ١٧٥/١١٨ من التقنين الحالى (السابق) . ولم ير المشروع محلاً للتنويه به ، باعتبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٥) .

١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء .

٢ - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض (١) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفقرة ثانية (٢) .

٤٦٠ - الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين الا

بشره : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ - ص ٥١٨) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني

المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥ : ولا ترعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب الفعل على حساب المديون . (والحكم لا يختلف في التقنين البناني عنه في التقنين المصري) .

القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أى حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ - الشيء غير المعين نقوداً : فإذا كان الشيء الذى لم يعين إلا

بنوعه نقوداً ، فقد رأينا عند الكلام فى محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور فى العقد^(١) ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدنى). ورأينا أن السعر الإجبارى (cours forcé) للورق النقدى ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئاً فى حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل لمخالفته للنظام العام ، سواء كان ذلك فى التعامل الداخلى أو فى التعامل الدولى^(٢) .

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددى دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض . والسبب فى ذلك أن من خصائص النقود أن أى مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه ، ولا يكفى فيه الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنياً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلاً منه ، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها . والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن .

٤٢٢ - الشيء غير المعين ليس نقوداً : أما إذا كان الشيء الذى لم يعين

إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أى حق عيني آخر يتعلق به

(١) أو المقدر فى الحكم فى حالة التعويض عن المسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٦ - قارن : نقض مدنى ٩ ديسمبر

سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .

إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسين إردباً من القمح . لم تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين . فلا يتصور انتقال الملكية . فإذا ماتم التعيين ، ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشتري . أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم . ويترتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشتري ، ووضع في مكان معين - شونة أو مخزن - ثم دعا المشتري لتسلمه بطريق الإعذار ، فتخلف هذا بغير عذر ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع . هلك المبيع على المشتري لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف في التعامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه إلى المشتري ، فتم الإفراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً - كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين - فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين ، بل ولا بالتسليم . وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين . يصبح المشتري مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

٤٢٣ - كيف يكوره التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا

لم يتم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسلمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً .

والتنفيذ العيني يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضي في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشرائه الشيء والرجوع على المدين بما تقدم بيانه . فإذا

كانت الظروف لا تحتل الإبطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم - ويحسن أن يكون ذلك بعد إعدار المدين - أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصرفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى، وهنا يتمكن القاضى من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع (١) .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر في التنفيذ . وتجري هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التى سأتى ذكرها عند الكلام في التنفيذ بطريق التعويض (٢) .

المبحث الثانى

الالتزام بعمل

(obligation de faire)

٤٢٤ - أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدى ينقسم

- (١) انظر قريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .
- (٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام بنقل حق عيى شيئاً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرز المعقود عليه . وللدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين في هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال . وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يبادل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون مانعة من المدين ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المعقود عليه لا قيمته . وللدائن في كلتا الحالتين : «
الوفاء عيناً وحالة الوفاء بمقابل، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر في التنفيذ»
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية - مشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

إلى التزم بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزم ببذل عناية (obligation de moyen). ويمكن القول إن كل التزم - عقدياً كان أو غير عقدي - يكون إما التزم بغاية أو التزم بعناية^(١). فالالتزم بنقل حق عيني هو دائماً التزم بغاية. وكذلك هو شأن الالتزم بالامتناع عن عمل^(٢). أما الالتزم بعمل فيكون في بعض صورته التزم بعناية، ويكون في صور أخرى أخرى التزم بغاية. فإذا كان التزم بغاية، فهو لا يعدو أن يكون التزم بتسليم شيء أو التزم بانجاز عمل معين.

ومن ثم ينقسم الالتزم بعمل أقساماً ثلاثة: (١) التزم ببذل عناية (٢) التزم بتسليم شيء (٣) التزم بانجاز عمل معين. ونستعرض كلا من هذه الأقسام.

المطلب الأول

الالتزم ببذل عناية

٤٢٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٢١١ من التقنين المدني

على ما يأتي:

١ - في الالتزم بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزمه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزم إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١.

(٢) ولا يقال إن الالتزم بعدم الإضرار بالغير التزم بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزم ببذل عناية وليس التزم بتحقيق غاية، فالصحيح أن هذا الالتزم ليس التزم بالامتناع عن الإضرار بالغير، بل هو التزم باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير. فهو التزم مل، وليس التزم بالامتناع عن عمل، ومن ثم صح أن يكون التزم ببذل عناية.

« ٢ - وفي كل حال يبقى المدنى مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسم (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى
المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدنى العراقى المادة ٢٥١ ، وفي التقنين المدنى اللبى
المادة ٢١٤ (٢) . ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبى (٣) .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« الالتزام بنقل حق عيى يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه
حتى التسليم (٤) . »

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى

(١) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص (انظر الوسيط الجزء الأول ص

٦٥٨ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢١٢ (مطابقة لنص المادة

٢١١ من التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٥١ (تنفق في الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدنى المصرى) ، وإن

اختلفت اختلافاً طفيفاً في الصيغة) .

التقنين المدنى للمملكة اللبية المتحدة م ٢١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدنى

المصرى) .

(٣) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبى ، فلنأخذ نرى

مانعاً ، والتقنين اللبى يستقى مبادئه العامة من نفس المصادر التى يستقى منها التقنين المصرى ،
من سريان هذا الحكم كبداً عام من مبادئ التقنين اللبى (انظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ :

م ٥٦٨ لبناى في عقد الإيجار - م ٦٩٦ في عقد الوديع - م ٧٢٢ في الحراسة - م ٧٤٦ -

٧٤٨ في عقد العارية - م ٧٨٥ - ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائى ،

ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ -

ص ٥٢٠) .

المادة ٢٠٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٩ (١) . ولا مقابل له في كل من التقنين المدني العراقي وتقنين الموجبات والعتود اللبناني (٢) .

٤٢٦ - الالتزام ببذل عناية يتعلق بشيء أو بعمل : وقد أوردت

المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقاً بشيء أو متعلقاً بعمل .

فاذا كان متعلقاً بشيء ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشيء . كالالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢٠ مدني) . والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م ٦٤١ و ٥٨٣ مدني) وبدخل في ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشيء الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني ، فقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضي بأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن التزاماً بعمل في قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشيء وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري . فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشتري والتزاماً بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم (انظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ - ٤٣٨ مدني) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشيء ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالتزام المرتهن رهن حيازة إدارة العين المرهونة لاستثمارها استثماراً كاملاً (م ١١٠٤ فقرة ثانية مدني) . وكالتزام الوكيل في الإدارة بإدارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدني) . وقد تكون إدارة الشيء لمصلحة الدائن كما في الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما في المستأجر عند ما ينتفع بالعين ، أو لمصلحتهما معاً كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، كالطبيب يلتزم بعلاج المريض

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٧ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من

التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٩ (مطابقة للمادة ٢٠٦ من التقنين المدني المصري) .

(٢) ولكن يعمل هذا الحكم في كل من التقنينين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة .

والمحامي يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النيابة عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخي الحيطه في القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشقى المريض ، والمحامي عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

٤٢٧ - العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية : وبعتبر المدين ،

في جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالالتزامه ، إذا هو - كما يقول النص - بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى . ولولم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . ففي العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . على أنه لا يجوز الاتفاق على التخفف من العناية إلى الحد الذى لا يكون المدين فيه مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسم (١) .

٤٢٨ - إهمال : وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية

العقدية ، فنكتفى هنا بالإحالة إليها (٢) .

المطلب الثانى

الالتزام بالتسليم

٤٢٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ -

ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ - فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

١ - إذا ألزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل نبعة الحوادث المفاجئة .

٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن نبعة الهلاك تكون على السارق^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠^(٢) ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص (م ٤٢٦ إلى ٤٢٨) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام . ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقسود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة « الهلاك الكلى أو الجزئى وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته لغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر » . وأصبح النص مطابقاً وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ و ص ٥٢٣ - ص ٥٢٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٨ (مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٠ (مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين المدني المصرى) .

٤٣٠ - الالتزام بالتسليم قد يسكون التزاماً مستقلاً وقد يسكون

التزاماً تبعياً : قد يسكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فيسكون منذ البداية التزاماً بعمل . مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنده برد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حياة برد العين المرهونة .

وقد يسكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني على النحو الوارد في المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشتري وإما إلى الشركة (١) .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً أو التزاماً تبعياً : فإن تنفيذه يسكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن ، وفقاً لأحكام القواعد العامة في التسليم . فإذا لم ينفذ المدين التزامه طوعاً ، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

٤٣١ - تبعة هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا

الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فإذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدرأ ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يسجب التمييز بين أن يسكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يسكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكلاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فنصت المادة ٤٣٧

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يرد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ على أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فان أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا هلكت ... » (٢) .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك في الالتزام بالرد نحو المؤجر والمعيّر والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما في التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر . وذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم وهو الذى يتحمل الغرم . ولم يرحح هذه التبعة عن المالك إلى المدين بالتسليم في الالتزام التبعية إلا اعتبار أن الالتزام التبعية بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا . أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل ، فكان الهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد في عقود الإيجار والعارية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٩ على أنه « إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كلياً انفسخ العقد من

(١) أما في التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١٦٢٤) ، فالهلاك على المشتري حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلاً أو تبعية ، وقد أصبح المشتري بالبيع مالكا ، فيحمل تبعة الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع . انظر في أن الهلاك في القانون الفرنسى لا يكون على المشتري قبل التسليم إلا باعتباره مالكا ، فإذا تراخى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البائع : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٢٣ — فقرة ٤٢٤ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق يحمل تبعة ملك الحصة ، إذا كانت عيناً معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ١٦/٤٢٤ من هذا التقنين تنص على أنه « إذا كانت حصة الشريك في رأس المال حق ملكية في عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق في ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه . وكان هذا الحكم في التقنين المدنى السابق مخالفاً لمبدئه العام الذى كان يجعل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا في البيع . وقد أزال التقنين المدنى الجديد هذا التمازض ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائماً ما دام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعيةً يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى في ذلك البيع والشركة كما رأينا .

تلقاء نفسه . فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن «المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه . وهذا تطبيق خاص بالهلاك بسبب الحريق ، فاذا نشأ الحريق بسبب أجنبي - وعاء الإثبات على المستأجر - كان الهلاك على المالك أى على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتي : «على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه . وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته فى حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي فى هذه الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون فى كل حال «ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي فى الأصل على المالك وهو المعير ، طبقاً للمبدأ العام الذى قدمناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فهما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك فى هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشيء دون مقابل . وفى الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما يقضى بذلك المادة ٧٢٢ ، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقاً للمبدأ العام . وفى رهن الحيازة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن «بضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه . فهلاك

(١) كذلك إذا هلكت العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن الهلاك يكون على المؤجر ، وهو هنا المدين بالتسليم ، ولكنه هو المالك للعين ليحمل تبعة الهلاك كما قدمنا (قارن م ٥٦٤ - ٥٦٥ مدني) .

العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد، لا على المرتهن وهو المدين بالرد .

٤٣٢ - أمر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعيا ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فاذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشتري طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن ، أي من البائع إلى المشتري . وتقرر المادة ٣٣٥ من التقنين المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه «إذا تم إعذار للدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه . . .» وفي هذه الحالة - حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن - يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن الشيء الذي هلك ، كما لو كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض^(١) .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر . والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفه الذكر . وذلك أن الإعذار -

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يقضى بهذا الحكم على الوجه الآتى : « في الالتزام بنقل حق عينى ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج عن التعامل لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، التزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشيء » وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الوارد فيه حكم تفصيل يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ هامش رقم ١) .

وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(١) - بلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه الحالة يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فانه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى .

والعبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائى ، هو أن يكون المدين برد الشيء لصاً سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لانكون على الدائن - مالك الشيء المسروق - كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعذر المدين إذا أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعذره المالك أو لم يعذره ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه^(٢) .

المطلب الثالث

الالتزام بإيجاز عمل معين

٤٣٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

« في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ
المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .
وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

١٥ - في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن
يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ
ممكناً .

٢٥ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين
دون ترخيص من القضاء .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

« في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة
الالتزام»^(١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر
عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٤ في المشروع النهائي .
ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢
ص ٥٢٥ - ٥٢٦) .

م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدى بزيادة عبارة « ولم يكن
ضرورياً أن ينفذه بنفسه » في الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٢١٥
في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « ولم يكن
ضرورياً أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك
له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ .
ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨) .

م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « ١٥ - في
الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ - ويكون
الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف » . وفي
لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائي . ووافق
مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضمن حكماً تطبيقياً
لا حاجة إلى أفراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ
كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٩ - ص ٥٣١) .

وتقابل هذه العصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤^(١) . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ - ٢١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ - ٢١٣ . وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠^(٢) .

٤٣٤ - أنواع مسؤولية الالتزام بإنجاز عمل معين : وزى من

النصوص المتقدمة أن الالتزام بإنجاز عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عينياً دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ،

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز الوفاء إلا من المتعهد مادام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعي ذلك » . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ماتعهد به المدين أو بأزالة مافعله مخالفاً لتعهد مع إلتزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الأمكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٠٩ - ٢١١ (مطابقة المواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٤٩ (مطابقة للمادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري) - م ٢٥٠ (مطابقة للمادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري) . ولا تقابل للمادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١١ - ٢١٣ (مطابقة للمواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ - ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عينياً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ٢ - ويحق للدائن أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المديون . تنفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

ناحية تعلم تنفيذ الالتزام، وتنص عليه المادة ٢٠٨ . (٣) أن تكون طبيعة الالتزام نسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى ، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام ، وتنص عليه المادة ٢١٠ .

٤٣٥ - الالتزام بأعمال معين ممكن التنفيذ عيناً ووجه تفرغ

المربع : والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قدمنا . فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ عيناً دون تدخله الشخصي . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ عيناً دون تدخل المدين الشخصي . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه عيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصي موكول إلى الدائن ، فهو الذي يرى ما إذا كان يكتفى بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٠٩ في فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتي : « في الالتزام بعمل إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً » . فحذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » ، « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا (١) » .

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء لطلب ترخيصاً في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضاء في صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فإذا قرر القاضي أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلاً أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتض

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ ، ف

لذلك ، ومنى صدر الحكم نفذه المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر - وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين - فتبنى الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول . وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين .

فاذا كان التنفيذ العيني لا يَحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة - ويحسن أن يكون ذلك بعد إعدار المؤجر - ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضى رقابته ليتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو إن فيها إسرافاً فيقضى بخفضها إلى الحد المعقول (١) .

وكل ما قدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتوخى أيسر الطرق لكلفة وأقلها نفقة في تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام إلى أن ينقضى . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المعقود عليه يقتضى خبرة فنيّة توافرت عند الدائن دون المدين ، كعقود التأمين التي تبرم بين شركات التأمين ، وهي شركات فنية ، وعملائها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يكفي أن يمتنع الدائن في مثل هذه الأحوال عن تفضيل المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرشده ويبيصره بما هو مقدم عليه من شؤون التعاقد . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فعل المستأجر مثلاً أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن يحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو ينكشف عيب بها ، أو يقع اغتصاب عليها ، أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها ، أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥ مدني) . وإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٤٠٠ فقرة ٣ مدني) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به حل وجه معيب أو مناف للعقد ، أنذره رب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقود بعينه =