بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لايعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لايعتبر غيراً فى هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد

= عكس ذلك الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وهامش رقم ٣) .

والظاهر من التحليل الذى قدمناه أن هناك طائفة — غير المتعاقدين والخلف العام — لاتدخل مع ذلك فى طبقة الغير . فهذه يسرى فى حقها العقد الحقيقى ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سريان العقد الصورى إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفى حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل فى هذه الطائفة المشار إليها ، فيسرى فى حقه العقد الحقيقى لا العقد الصورى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة من المشترى ، وباع المشترى العقار لمشتر ثان ، يستطيع أن يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، حتى يأخذ العقار من المشترى الأول بشروط البيع الأول ، وقد تكون أصلح من شروط البيع الثانى (١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ، وانظر أيضاً استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ — وقارب : استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨١) . وليس معناه أن الشفيع ، إذ يطعن فى البيع الثانى بالصورية ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قدمنا ، بل يسرى فى حقه دائماً العقد الحقيقى دون العقد الصورى . وهو يتمسك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقى ، ويطعن بالصورية فى البيع الثانى حتى يستبعد سريانه فى حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتمسك بالبيع الصورى إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقى ، ولكنه لايستطيع ذلك فى رأينا ، ولا يجوز له أن يأخذ الشفعة إلا على أساس البيع الحقيقى .

وهناك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون فى هذه الطائفة التى لاتعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى فى حقهم إلا العقد الحقيقى ، ولهم أن يتمسكوا بصورية العقد الظاهر . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ — انظر أيضا : استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) . ومن ذلك أيضاً ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يجوز للحائز ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورية البيع الصادر إلى مدعى الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) . ومتى قامت قرائن قضائية تلقى الشك فى جدية البيع ، ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صورى أو أن هذه القرائن القضائية لادلالة لها (استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦) والخزانة العامة أن تتمسك بالصورية إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقى للاضرار بها (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢١٣) — على أنه يجب لتمسك بصورية العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يطعن بالصورية فى هذا العقد ، فلا يجوز لشاب التمسك بصورية عقد بلك مرشح بموجبه النصاب القانونى (نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٩٩ —

حقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورية كما قررنا ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصورى ذاته (١).

(ثانياً) الدائنون الشخصيون(chirographaires) لكل من المتعاقدين طرف الصورية (٢)

فدائن المشترى فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشىء محل التصرف الصورى قد انتقل إلى المشترى ، فدخل فى ضمانه العام ، وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الصورى . وكذلك دائن البائع فى البيع الصورى يعتبر من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشىء محل التصرف الصورى لم يخرج فى الحقيقة من ملك البائع ، أى لم يخرج من الضمان العام للدائن ، فللدائن فى هذه الحالة أن يتمسك بالعقد الحقيقى (٣) .

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين تارة يعتبرون من الغير فى بعض أوضاع قانونية ، وطوراً لا يعتبرون من الغير فى أوضاع قانونية أخرى . فهم يعتبرون من الغير فى الصورية والدعوى البولصية والقيد (inscription) ، حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المركز الظاهر

= ديموج ١ فقرة ٢٦٥) . ولكن يجوز ذلك لمرشح آخر ينافس المرشح الأول ، إذ أن لهذا المرشح الآخر مصلحة شخصية مباشرة فى الطعن بالصورية . قارن فى كل ذلك الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٨ .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٣٨١ ص ٥٨٦ هامش رقم ٢ .

(٢) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧ ديسمبر ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٣ ص ٧٥ — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٩ .

(٣) فإذا حكم بصورية بيع سقط دين الثمن فى علاقة الدائن الصورى بسائر الدائنين المحكوم لهم بالصورية ، وامتنعت مزاحمة هذا الدائن لهم فى تقاضى دينه الصورى من ملك المدين المبطل التصرف فيه ، إلى أن يستوفوا هم دينهم منه ومن غلته بطريق الأولوية (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٣ ص ٣٤٤) . وإذا باع شخص عيناً لآخر بيعاً صورياً ، فباعها المشترى الصورى هو أيضاً بيعاً صورياً لمشتر ثان ، فإن البائع الصورى الأول — وهو دائن المشترى منه بموجب ورقة الضد — يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصورى الصادر من المشترى الأول إلى المشترى الثانى ، فيجوز له إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨)

وأن يتعاملوا على مقتضاه . وهم لايعتبرون من الغير فيما عدا ذلك من الأوضاع القانونية ، كنسبية أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcription) ، فيسرى فى حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصى يعتبر من الغير فى الصورية سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، ما دام خاليا من النزاع ، ومركزه فى ذلك كمركزه فى الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البولصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء.

ولا يشترط كذلك فى الدائن الشخصى للبائع ، حتى يعتبر من الغير فى الصورية ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصورى ، بل يصح أن يكون تالياً لهذا التصرف ، إذ تصرف المدين الصورى يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ، ولا يزال الشىء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصورى ومن كان منهم لاحقاً له[1]. وما قلناه فى الدائن الشخصى للبائع نقوله فى الدائن الشخصى للمشترى ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصورى أو سابقاً عليه ، فى الحالتين دخل الشىء ظاهراً فى الضمان العام للدائنين [2] . وفى هذا أيضاً يتفق مركز الدائن

---

(١) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ — استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ — استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ويقول بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٤٩٤ — ص ٤٦٥) إن الأمر إذن ليس مقصوراً على حماية الدائنين الذين كان لهم أن يطمئنوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقهم ، فإن دائن المشترى الذى ثبت حقه قبل صدور البيع الصورى لا يمكن أن يكون قد اطمأن وقت ثبوت حقه إلى أن مدينه مالك الشىء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن قد اشترى الشىء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى عقد البيع الذى ملك المشترى بموجبه الشىء فى الظاهر لأنه عقد صورى وليس له وجود قانونى . فهنالك إذن فكرة إيقاع عقوبة على متعاقدين يظهران غير ماينطبقان ، فيؤخذان بما يظهرانه إذا كان الغير مصلحة فى ذلك .

الشخصى فى الصورية مع مركزه فى الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركز فى الدعوى البولصية .

٦٢٢ — للغير أن يتمسك بالعقد المستتر: وقد رأينا المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى تحدد الغير فى الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص، على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، وتقضى بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر — وهو العقد الذى له وجود حقيقى والذى أراد المتعاقدان — هو الذى يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة فى ذلك كما سنرى .

فالعقد المستتر هو إذن الذى يسرى فى الأصل فى حق الغير[1] ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد فى مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جدى[2] .

---

(١) ويتمسك به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له فى ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦/٣ — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ — ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — انظر أيضاً دى هلتس ١ لفظ acte فقرة ١٠٤ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورية والتمسك بالعقد المستتر (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ — ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن على المحاكم أن تحكم برد وبطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية، ولو وافق المدعى عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترفع إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر (٢١ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ١٠٥) . ويجوز للمشترى أن يتمسك بورقة ضد بين البائع والمستأجر للعين المبيعة ، فيطالب المستأجر بالأجرة المذكورة فى ورقة الضد إذا كانت أعلى من الأجرة المذكورة فى عقد الإيجار الظاهر ، أما إذا كانت الأجرة المذكورة فى عقد الإيجار الظاهر هى الأعلى فللمشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة فى ذلك ويطالب المستأجر بالأجرة الأعلى ، ويرجع المستأجر على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة (بلانيول ٢ ص ١٣٦) .

ويترتب على ذلك أن لدائني البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع[1]. ولهم أيضاً أن يتمسكوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الغش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم فى ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصورى كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فانه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ؛ بل يشترك معه فى التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى فى الضمان العام لكل الدائنين . فلا ينفرد الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده[2] .

أما أن الشفيع يتمسك بالثمن الحقيقى لا بالثمن الأعلى الوارد فى العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفيع يعتبر غيراً فى الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى فى حقه دائماً العقد الحقيقى لا العقد الصورى ، وقد تقدم بيان ذلك (انظر عكس هذا الرأى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٧٦) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن على دائن البائع أن يرفع دعوى الصورية مستقلة ليصل إلى تقرير أن عقد البيع صورى لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أدق من أن يطلب الحكم بالصورية فى صورة دفع فى دعوى استحقاق ترفع أثناء إجراءات التنفيذ (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٣) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأى فقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية فى صورة دفع لا فى صورة دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩) .

(٢) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — وانظر أيضاً بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩ ، ولكنهما يعللان هذا الحكم تعليلا آخر ، فعندهما أن الدائنين إذا استفادوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد صدر فى مواجهة المتعاقدين فيسرى فى حق دائنيهم . ويتبين مما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هى دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تفيد إلا الدائن الذى رفعها ، ويستندون فى ذلك إلى نسبية الحكم وإلى أن الدائن يرفع الدعوى باسمه (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ — جروبيه فقرة ٣٣٩ — بلانيول وريبير وردران ٧ فقرة ٩٧٤) . ويذهب القضاء اللبنانى هذا المذهب ، فعنده أن الدائن وحده هو الذى يستفيد من دعوى الصورية ولا يشترك معه سائر الدائنين (قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى رقم ٥٤ الصادر فى ١٩٤١/١/٢٧ : انظر الدكتور الصمصانى فى آثار الالتزام فى القانون اللبنانى ص ٧١) . ولما كانت الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الرأى — وهى نسبية الحكم ورفع الدائن الدعوى =

كذلك للخلف الخاص ، الذى كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً ، أن يتمسك بالعقد المستتر . ومصلحته فى ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قدمنا أن يبيع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قد باعها بيعا جديا ويسجل المشترى الثانى عقده الصورى قبل أن يسجل المشترى الأول عقده الجدى ، فللدائن المرتهن فى المثل الأول ، وللمشترى الأول فى المثل الثانى ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا فى العقد الظاهر بالصورية[1].

= باسمه — تتفق مع الاعتبارات المتحققة فى الدعوى البولصية ، وكان الدائن فى الدعوى البولصية يستأثر بالتنفيذ على العين فى القانون الفرنسى ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأى أن الواجب أيضاً فى دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتنفيذ على العين . أما فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، فقد رأينا أن الدائن فى الدعوى البولصية لا يستأثر بالتنفيذ على العين ، فوجب من باب أولى فى دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مضطردة ، كما رأينا عند الكلام فى الدعوى البولصية (انظر آنفاً فقرة ٥٨٨ فى الهامش) ، فى أن القانون لا يمنع المشترى الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود ، لكى يحكم له هو بصحة عقده ، ولكى يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة (نقض مدنى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ — انظر أيضاً : نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمى فى ص ١٩٤ — ص ١٩٥ — ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ — ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣/١٢٩) كذلك لا يحتج على المشترى الجدى بتسجيل المشترى الصورى ، حتى لو كان المشترى الجدى اشترى بعقد ابتدائى وفسخ هذا العقد ، لأن المشترى الجدى فى هذه الحالة يصبح دائناً للبائع الصورى وله بهذه الصفة الطعن بالصورية فى البيع الصورى المسجل . وقد قضت محكمة النقض بأنه =

٦٢٣ - وللغير أيضاً أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك

: على أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستتر ، وتكون مصلحته في أن يتمسك بالعقد الظاهر . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير - دائني المتعاقدين والخلف الخاص - له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية [1] . وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورية ، وهي القاعدة التي تميز الصورية عن غيرها من الأوضاع القانونية . فالى هنا لم نزد على أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستتر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فأن العقد المستتر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسري كما سبق القول . أما أن يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر - العقد الذي لا وجود له قانونا - فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطغى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يختار بين العقد المستتر أو العقد الظاهر حسب مصلحته . وهو إذا تمسك بالعقد

= متى كان الواقع هو أن الطاعن قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولا بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني ، وثانياً ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المطعون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن أقام قضاءه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابتدائي المبرم بين الطاعن والمطعون عليه الثاني يترتب عليه تبعاً رفض هذه الدعوى ، مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع رفض الدعوى المقامة من الطاعن بطلب إبطال العقد الصادر من المطعون عليه الثاني إلى المطعون عليه الأول الصورية ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أخطأ في تطبيق القانون ، لأن من حق الطاعن بوصفه دائناً للمطعون عليه الثاني بما عجله له من الثمن أن يطعن في تصرفات مدينه الصورية ، وكان لزاماً على المحكمة أن تتناول بالبحث والتمحيص ماقدمه الطاعن من أدلة على الصورية وتفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ٦٣٥) .

وغني عن البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستتر ، فلابد من أن يستوفي هذا العقد الشهر الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧-١-٢١).

(١) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ - فالعقد المستتر لا يسري ضد مصلحة الغير (contre les tiers) كما تقول المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي - انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٥ - وانظر : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣ - ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٣٥ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

المستتر ، فلأنه العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدان ، فيأخذهما بما أرادا . وإذا تمسك بالعقد الظاهر ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً انخدع به واطمأن إليه ، وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما فى علاقتهما بالغير . فالعقد المستتر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار التعامل . ومما يدل على أن الاستثناء يطغى فى كثير من الأحوال على القاعدة ما سنرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأغيار بالعقد الظاهر وتمسك « غير » آخر بالعقد المستتر ، فان المتمسك بالعقد الظاهر — أى بالاستثناء — هو الذى ترجح كفته .

فللغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر(١) إذا تحققت له مصلحة فى ذلك(٢). ومن ثم يكون لدائن المشترى فى البيع الصورى أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى يتمكن من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة إليه داخلة فى ملك المشترى بموجب العقد الظاهر ، ولو كان حق هذا الدائن ثابتاً فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى كما سبق القول(٣) . ولا يستأثر دائن المشترى بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه فى ذلك سائر دائنى المشترى ، لنفس الأسباب التى قدمناها فى دائن

---

(١) نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ — والدائن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يعمل باسمه ، أما إذا كان يعمل باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فانه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستتر كمدينه (نقض فرنسى ٢٣ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١—١—١٠٩) .

وإذا فرض أن المدين التزم بالعقد المستتر أن يدفع مبلغاً أكبر مما هو مذكور فى العقد الظاهر ، ودفع هذا المبلغ بالفعل ، فليس للدائن أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر (نقض فرنسى ٣ يوليه سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢—١—٤٥٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — اسكندرية الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — شبين الكوم الكلية ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسيوط الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

(٣) كذلك للدائن أن يطلب إخراج دائن آخر بعقد مستتر من مقاسمة مال المدين ، متمسكاً بالظاهر وهو انعدام المديونية ، فلا يسرى عليه بذلك عقد الدين المستتر (نقض فرنسى ٨ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣—١—٢٤٣) .

البائع . كذلك للخلف الخاص الذى كسب حقه من المشترى أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتهن من المشترى[١] ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان[٢] ، كل هؤلاء لهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العينى قد انتقل إليهم من مالك[٣].

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه إلى هذا العقد ، فمن البديهى إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى ، بل اعتقد أنه عقد جدى واطمأن إليه وبنى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى ، شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين[٤]. فلا بد إذن أن

---

(١) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ .

(٢) استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ . وقد قضت محكمة أسيوط الكلية بأنه إذا كان البيع الأول صورياً ، وكان المشترى الثانى حسن النية ، فعقده صحيح ولو لم يضع يده خمس سنوات ، لأنه تعامل مع المالك الظاهر ، ولأن العدالة تقضى باستقرار المعاملات وتأمينها (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — والتون ٢ ص ١٣٦)

(٣) حتى لو كان العقد المستتر قد شهر قبل شهر حقهم العينى ، ما داموا يثبتون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستتر وقت تعاملهم مع المشترى الظاهر بالرغم من شهره ، وستأتى الإشارة إلى ذلك (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٦٥) . وإذا كان المبيع بيعاً صورياً منقولا ، وتصرف فيه المشترى الصورى إلى مشتر ثان حسن النية ، انتقلت الملكية إلى المشترى الثانى دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انتقلت إليه بحكم البيع الثانى وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الحيازة (قارن الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٧٠) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — بنى سويف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٨٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٢٠ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٨ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٣٤٧ — هيك ٨ فقرة ٢٣٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤١١ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٧ — وشرط حسن نية الغير يقرب دعوى الصورية من الدعوى البولصية ، فكما يجوز أن يطعن الدائن بالدعوى البولصية فى تصرف مدينه الصادر إلى الغير سيء النية ومنه إلى خلف سيء النية أيضا ، كذلك يجوز لدائن البائع أن يطعن بالصورية فى التصرف الصادر من البائع إلى المشترى ولو باع المشترى العين لمشتر ثان سيء النية (استئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣) .

يكون الغير جاهلا بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتمسك به . ويكفى أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فاذا كان دائناً شخصياً للمشترى وكان التصرف الصورى سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح دائنا للمشترى قد اعتقد أن التصرف الصورى الذى سبق حقه إنما هو تصرف جدى ، وقد اطمأن إليه على هـذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى ، فيجب وقت انتقال الحق العينى إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصورى. وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عينياً ، سابقا على التصرف الصورى ، ففى هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصورى أن هذا التصرف جدى ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار.

والمفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه[1]. ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فانه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن[2].

---

(١) الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٣ .

(٢) وشهر العقد المستتر قرينة على العلم به (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٣ — استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨) . ولذلك يصعب تحقق الصورية فى العقود الواجب شهرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . على أن هذه القرينة ، فى رأينا ، ليست قاطعة ، فيستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من شهره (انظر من هذا الرأى ديموج ١ فقرة ١٦١ ص ٢٦٤ – وقارن بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨١ ص ٧٢- الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وهامش رقم ٤ : ويذهبون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل) ، هـذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

ولو اشترك شخص فى تحرير العقد الظاهر ، ولو بصفته شاهداً ، وتواطأ مع المتعاقدين على الصورية ، فانه يكون بمنزلة المتعاقدين لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بخطه ، ووقع عليه بصفته شاهداً ، من أن يطعن فيه بالصورية ، متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ، ومتى كان هـذا الطلب موجها ضد طرفى العقد الذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممن يمكن أن تضار مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١). هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف المختلطة على المبادىء المتقدمة ، فقضت فى حكم شاذ بأنه لا يجوز لطرفى العقد الصورى أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٣) .

٦٢٤ — التعارض بين غير متمسك بالعقد الظاهر وغير متمسك بالعقد المستتر

بالعقد المستتر : ولما كان الغير له أن يتمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته ، فانه يقع كثيراً أن يقوم تنازع فيما بين الأغيار لتعارض المصلحة. ويكفي أن نفرض فى بيع صورى أن يكون للبائع دائن وللمشترى دائن . فدائن البائع مصلحته أن يتمسك بالعقد المستتر ، ودائن المشترى مصلحته أن يتمسك بالعقد الظاهر . ولا يمكن أن نأخذ بالعقدين معا ، فلا بد إذن من تغليب إحدى المصلحتين . فاما أن نحرص على احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنغلب مصلحة دائن البائع أو من كسب حقاً عينياً من البائع ونأخذ بالعقد المستتر ، وإما أن نعنى بثبات التعامل واستقراره فنغلب مصلحة دائن المشترى أو من كسب حقاً عينياً من المشترى ونأخذ بالعقد الظاهر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص فى هذه المسألة. فانقسمت الآراء ، بعض يأخذ بالعقد المستتر[1] . والغالبية تأخذ بالعقد الظاهر[2] .

---

(١) استئناف أهلى ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣ — استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٢ — ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ٩ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٩٦ — نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٧ — ١ — ٣٤٢ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٩ — والفون ٢ ص ١٣٩ .

(٢) فتحى زغلول ص ١٤٣ - ص ١٤٤ — محمد صالح فى أصول الشهادات فقرة ٣١٥ ص ٢٧٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥٧ ص ٨٤١ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ — أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٦٥٢ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٣ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — انظر أيضاً فى اشتراط حسن نية خلف المشترى الظاهر لتقديمه على خلف البائع : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ — ١٦ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٩ — ٢٠ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٨٢ — وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية وجمهور الفقهاء الفرنسيين : نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٤٩ — ٢٠ يوليه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣٩٢ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١٢ — هيك ٧ فقرة ٢٣٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ ص ٧٦٦ — ديموج ١ فقرة ١٦٣ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٠٧ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٤ ص ١٤٧ .

وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » . وبذلك أيد التقنين الجديد الرأى الذى ذهبت إليه الغالبية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل[1] . ويترتب على ذلك أن دائن المشترى فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكا بالعقد الظاهر إذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن ينفذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر[2] . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً عينياً من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقاً عينياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى بيعاً جدياً لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعاً جدياً لمشتر ثان ، فان المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولا ، لأن كلا منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فإذا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بورقة الضد ، وتمسك دائن المشترى بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٦٤٦) .

(٢) وهناك رأى فى عهد التقنين المدنى السابق يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشترى ، لأن تفضيل الموهوب له يؤدى إلى اغتنائه على حساب الدائن (والتون ٢ ص ١٤٠ — الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٥ ص ٢٦٠ هامش رقم ١) .

ويترتب على تغليب العقد الظاهر أن دائن المشترى الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت فى ذمة المشترى قبل صدور البيع الصورى ، أى فى وقت لم يكن يعتمد فيه على ملكية مدينه الصورية ، يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لاسيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصورى بيعاً جدياً لأمكن لدائن البائع أن يطعن فيه بالدعوى البولصية فيفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مدينه عند تصرف المدين فى هذا المال تصرفاً صورياً أقل نفاذاً من حقه على هذا المال عند تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ! هذا الاعتراض يقوم وجيهاً من ناحية المبدأ ، ولكن يرى من الناحية العملية أن لدائن البائع فى هذه الحالة أن يتخلى عن الطعن بالصورية فى العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولا يسرى فى حقه تصرف صورى كان لا يسرى لو أنه كان جدياً .

واحد . وإنما نحن بصدد تنازع مابين الأغيار بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فنأخذ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ، ولا عبرة بالأسبقية فى التسجيل[1] . على أن المشترى من المشترى لا تنتقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وإن كان يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل[2].

المبحث الثالث

الصورية من حيث الدعوى وطرق الاثبات

§ ١ — من حيث الدعوى

٦٢٥ — الخصوم فى دعوى الصورية : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر يطعن فى العقد بالصورية ، وفى هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى ، كخلف المشترى الظاهر إذا كان سيىء النية[3] . وقد يكون الطعن بالصورية

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ — ص ٤٣٧ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٢ - قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آنفاً فقرة ٦١٨ فى الهامش) إلى أن الأستاذ فلاتيه (Flattet) فى كتابه «العقود لحساب الغير» يجعل من البائع والمشترى الصوريين شريكين فى حق واحد (cotitulaires du droit) . فهو يكيف الصورية على أساس أنها وسيلة للتعاقد لحساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشترى الصورى يستطيع أن يتصرف فى العين التى اشتراها صورياً للغير حسن النية ، فينفذ تصرفه فى حق المالك الحقيقى ، وهو البائع الصورى . فكأن المشترى الصورى يتعاقد مع الغير لحساب المالك الحقيقى . وتصبح العين محل التصرف الصورى لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقى (وهو البائع الصورى) ومالك صورى (وهو المشترى الصورى) . ويستطيع المالك الصورى أن يتصرف فى العين طبقا لتعليمات يتلقاها من المالك الحقيقى ، أو من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصورى سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر فى هذه التحليلات الطريفة فلاتيه فى التعاقد لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٢٣) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٤ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ — ٣ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ =

فى صورة دفع فى دعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى[١].

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير فى العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة له فى ذلك ، ويجب فى هذه الحالة إدخال كل من طرفى الصورية خصما فى الدعوى[٢].

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفى هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التى يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها قبل المدين[٣].

ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء إثبات ذلك[٤]، على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

= ص ١٧٢ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف فى عقد إيجار بالصورية ومات فى أثناء الدعوى ، فان خلفه يستمر فى الدعوى دون حاجة لإدخال ورقة الناظر السابق (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ - ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن اعترف الخصم ضمنا بجدية العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية . وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة فى عقد عرفى لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو فى ذلك ، أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورية هذا العقد، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٩) .

(٢) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ — ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ ص ٣٠٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفوع الجائزة قبل مدينه (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦) .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يتعين على المحاكم احترام العقود حسب نصوصها ، مالم تقم قرائن قوية يستدل منها على أن المتعاقدين قصدا شيئاً آخر خلاف المدون بالعقد (٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠) .

٦٢٦ - أثر الحكم الصادر فى دعوى الصورية: والحكم الذى يصدر فى دعوى الصورية لا يسرى على الخصمين وحدهما، بل يتعدى أثره إلى الدائنين. فاذا حكم بصورية عقد: وكان الخصم فى الدعوى دائناً لأحد طرفى العقد، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما فى الدعوى. وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد، فان الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم[1].

والحكم فى صورية العقد حكم فى مسألة موضوعية، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض[2].

٦٢٧ - عدم تقادم دعوى الصورية: ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصورى أو من الغير، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها.

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى، كما إذا طعن الورثة

---

(١) ويدلل لاروميير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود، وأن العين الذى وقع عليها التصرف الصورى لم تخرج بتاتاً من ملك المدين، فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه العين لم تنقطع عن أن تكون داخلة فى الضمان العام لحقوقهم (لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣). ولكن الأستاذين بودرى وبارد لاريان، كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ فى الهامش)، أن هذا تعليل صحيح، ويذهبان إلى أن الدائنين إنما يتمسكون بالحكم باعتبار أن الخصوم يمثلونهم فى الدعوى (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٩).

وقد سبقت الإشارة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ فى الهامش) إلى أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية إذا رفعها الدائن لايستفيد منها باقى الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى (أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ ص ٢٤٢ وهامش رقم ٥٢ - جروبيه فقرة ٣٣٩ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٤).

(٢) نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٣٩ - ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩ - أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - هذا ما لم يقرر القانون قرائن تعرف بها صورية العقد، فيجب على محكمة الموضوع، تحت رقابة محكمة النقض، الأخذ بها إذا كانت قرائن قاطعة (ديموج ١ ص ٢٧٥ بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٣).

فى الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة فى صورة عقد بيع ، فان هناك دعويين : أحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن فى عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى البطلان [١] .

§ ٢ — من حيث طرق الاثبات [٢]

٦٢٨ — حالتان : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له (كالوارث والدائن الذى يرفع الدعوى باسم المدين) ، أو كانت مرفوعة من الغير .

٦٢٩ — الحالة الأولى — الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له : يراد فى هذه الحالة إثبات العقد المستتر فيما بين الطرفين والورثة [٣] . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها [٤] إذا زادت قيمة الالتزام فى العقد المستتر على عشرة جنيهات [٥] ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٣٤٥ .

(٢) انظر ما سبق أن قدمناه فى قسم الإثبات فى إثبات الصورية (فقرة ٢٠٣ — فقرة ٢٠٤ آنفا) .

(٣) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٥) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ — ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — ٢١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ — نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٠ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٦ — =

فيجوز فى هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق (١) . أما إذا لم تزد قيمة الالتزام

= ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ — ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام فى قسم الإثبات : أنظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش . هذا ولا يجوز القول بأن الصورية غش فيجوز إثباته بجميع الطرق ، فقد قدمنا أن هناك فرقا بين الصورية والغش (استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦) .

(١) استئناف أهلى أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ - ٩ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ — استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ — نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وقد سبقت الإشارة إلى هذه الأحكام فى قسم الإثبات (انظر آنفا فقرة ٢٠٣ فى الهامش) . وانظر أيضا الأحكام التى أوردناها فى قسم الإثبات عند الكلام فى الاحتيال على القانون (آنفا فقرة ٢٠٤)

و :ا تم التحايل على القانون لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة المتعاقد الآخر ، جاز لهذا المتعاقد الآخر ولوارثه من بعده أن يثبت العقد المستتر بجميع الطرق : فيثبت بجميع الطرق أن حقيقة البيع هبة دفع إليها باعث غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) ، أو أن الرهن وضع فى صورة بيع للتحايل على قانون خسة الأفدنة (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤) ، أو أن المبلغ المذكور فى السند يتضمن فوائد ربوية (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ - استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) ، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ الحجر فيعصم العقد من الإبطال (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧ — استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ — استئناف الاسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧) ، أو أن دينا مدنيا محضاً كتب عنه أنه سلم المدين بصفة أمانة حتى يهدد المدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧) . أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين ، فلا يجوز لأى منهما أن يثبت العقد المستتر إلا وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، إذ لا يوجد هنا ما يمنع المتعاقدين من كتابة ورقة ضد ما دام التحايل لم يوجه ضد مصلحة أحد منهما . فلا يجوز للمشترى أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى بقصد منع الشفيع من الأخذ بالشفعة ، أما الشفيع نفسه فيستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) ، مع أنه ليس من الغير كما قدمنا ، وذلك لأنه هو الذى قصد بالتحايل الإضرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية كما سبق القول . ولا يجوز للبائع أن يثبت إلا بالكتابة أن الثمن المكتوب فى عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى تخلصاً من رسوم التسجيل ، أما الخزانة فتستطيع إثبات الثمن الحقيقى بجميع الطرق، =

على عشرة جنيهات ، فانه يجوز إثبات العقد المستتر بجميع الطرق ، إلا إذا كان

= مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة، وذلك لأنها هي التي قصد بالتحايل الأضرار بها ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز للمورث أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر منه لأحد الورثة حقيقته وصية ، أما للورثة الآخرون فيستطيعون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير في الصورية ، لأن التصرف قد صدر إضراراً بحقوقهم في الإرث فيكون تحايلا على القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ — ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٣٢ — استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ — ١٦ مايو سنة ٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ — أما في التصرفات التي لا تضر بحقوقهم في الإرث فالورثة يحلون محل مورثهم ويتقيدون بطرق الإثبات التي يتقيد بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٣ — للزقازيق الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥) . وقد قدمنا أن الورثة يستطيعون أيضاً ، لنفس الأسباب السالفة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من مورثهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر في مرض الموت .

وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً للمبادىء المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين مملوكة له ، فتواطأ الوكيل مع مستأجر صوري غشاً للاضرار بحقوق الموكل ، جاز للموكل أن يثبت هذه الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التي تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضا ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقديمهما للمجلس الحسبي ليرخص لها في صرف المبلغ الوارد بالإيصال، فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية، ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اختلس أحد طرفي الصورية من الآخر الدليل الكتابي على الصورية ، جاز للآخر إثبات هذا الاختلاس ثم إثبات الصورية بجميع الطرق (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ — ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ — وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ .

(انظر في هذه المسألة الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٢٧ ص ١٧٠ —

العقد الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة[1] . وليس فى كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة فى الإثبات[2] ، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد فى قسم الإثبات .

٦٣٠ - الحالة الثانية - الدعوى مرفوعة من الغير: أما فى هذه الحالة فيريد الغير إثبات صورية العقد الظاهر فى مواجهة الطرفين[3]. وهو لا يتقيد بالكتابة

= ص ١٧٣ ، وبخاصة ص ١٧٢ هامش رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجيهة على بعض أحكام محكمة النقض) .

(١) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ — ١٨ يونيه سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ — ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ - استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ — استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ — ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ — وإذا استطاع الخصم إثبات عدم صحة ماورد فى العقد الظاهر ، كانت العلاقة القانونية بينه وبين خصمه هى العلاقة التى تكون بينهما لو لم يوجد هذا العقد الظاهر ، مادام لم يثبت أن هناك عقداً مستتراً يحدد هذه العلاقة (نقض فرنسى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠) .

(٢) بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ - دى باج ٢ فقرة ٦٢٩ - بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٩٥ — ومن التطبيق للقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وجد مانع من الحصول عليها . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مانعة من الحصول على كتابة تثبت الصورية ، فللزوجة أن تثبت صورية عقد البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١) . وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة فى المواد التجارية (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧) .

(٣) أما إذا أراد أحد طرفى العقد الصورى أن يثبت صورية العقد قبل الغير ، فلا يجوز =

حتى لو كانت قيمة الالتزام فى العقد الظاهر تزيد على عشرة جنيهات[١] ، فيجوز له إثبات صورية العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن[٢] .

= له ذلك ، لأن الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، حتى لو ثبتت صوريته . هذا ما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورية ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز عندئذ أن يثبت أحد طرفى العقد الصورية قبل الغير .

(١) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ — ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ - نقض جنائى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهلى أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ - ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ - استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥-١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ - ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ - ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧م ١٩ ص ٢٥٤ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٣ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لايعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمى بهامش ص ٣٨٨ — ص ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة إلى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشترى الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لايكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) .

(٢) ويجب أن تكون القرائن مقنعة ، وإلا فلا يحكم بالصورية (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ =

ذلك أن الصورية ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ،

= م ٢١ ص ٣٤٣) - ومن القرائن على الصورية وجود علاقة زوجية أو قرابة مابين المتعاقدين، أو أن البائع بقى حائزاً للشيء المبيع ، أو أن المشترى لم يسجل عقد البيع (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ - ١٣ مارس سنة ١٨٨٥ م ٧ ص ١٨٢ - ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١١٧ - ٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١) . ولكن ليس من الضرورى أن يكون العقد صورياً بقيام هذه القرائن ، إذ هى قرائن قابلة لإثبات العكس (استئناف أهلى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ — استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٠ — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ — ١٥ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ — ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٥ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ — ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ — ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧) . ومن القرائن على الصورية أن يشترى أب باسم ابنه عيناً حارماً ابنيه الآخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصاً (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ - ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩)، وأن يبيع شخص دون ضمان (استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورثه دون أن يحصل على إعلام شرعى ودون أن يطلب المشترى منه مايدل على أنه وارث وما هو نصيبه فى الميراث ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤)، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن مدينه البائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة فى العين المبيعة (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٥) ، وأن يصدر البيع بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بمدة طويلة ويثبت أن البائع جعل نفسه معسراً بهذا البيع وأن المشترى عالم بذلك (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٣٧) ، وأن يتنازل المستحق فى وقف عن استحقاقه دون مقابل بشرط أن يعود إليه الاستحقاق فيما بعد وقد ثبت أن المستحق فى الوقف كان مثقلا بالديون وقت تنازله (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠) ، وأن يتصرف المدين فى ماله والدائن موشك أن يتخذ إجراءات قضائية قبله (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١) ، وأن يتصرف المدين لأقارب ليس عندهم من المال ما يدفعونه مقابلا لما تصرف فيه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧) ، وأن يقدم المشترى على الشراء بالرغم من إنذار دائن البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١)، وأن يتقدم الدائن المطعون فى سنده بالصورية بحكم غيابى على المدين وافق عليه هذا الأخير بالرغم من سقوطه (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧) .

= وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان معسراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣) . ويجب أن ينظر إلى القرائن فى مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى (استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يدفع المشترى جزءاً من الثمن مع وجود شرط فى العقد يقضى بدفع الثمن جميعه فورا (استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤)، ولا أن يكون الثمن بخساً (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٠ ص١٨)، ولا أن يكون التصرف قريبا من الوقت الذى امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه (المنصورة التجارية المختلطة ٦ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ض ٥٣) ، ولا أن يعطى المدين بعض منقولاته مقابلا لوفاء دينه (استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧) ، ولا أن يحل المشترى نفسه محل الدائنين المرتهنين فى الرهون التى تثقل العقار المبيع فان مثل هذا الاحتياط معقول (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إمكان الاقتصار على تسجيل العقد الأخير (استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤) .

ومن قضاء محكمة النقض فى القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشترى العقار الذى لم يسجل عقده مع مشتر ثان سجل عقده ، وطعن المشترى الأول بصورية العقد الثانى ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثانى بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثانى ، وعلى أنه ليس من المعقول أن يجازف هذا المشترى بدفع قيمة الثمن كله — كما ورد فى عقده — فى حين أنه لا يجهل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود فى التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشترى الثانى صورى وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشترى الثانى من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعه الثمن إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدى إلى الصورية التى قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨) . وقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فى هذه العين لغيره ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوانيه هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه إلى ما بعد مضى سنة من تاريخ عقده ، فهذا الحكم يكون قاصراً إذ هذه القرائن لا تؤدى إلى الصورية (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٠) . وقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن يكون الدين المضمون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقوم ما دام لم يطعن فى القرض نفسه بأنه صورى ، إذ لا يتصور قيام رهن صورى ضامن لقرض حقيقى (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩) . وقضت بأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد، فإذا اقتنعت =

فيجوز إثباتها بجميع الطرق [١] .

الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٦٣١ — *الغرض من المقارنة* : بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قارنا الدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى نتبين ذاتية كل دعوى إزاء الدعويين الأخريين [٢].

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

= المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) . وقضت بأن تقدير كفاية أدلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى العقد قد طعن على عقد الآخر بأنه صورى ، وأن ما قدمه كل منهما فى سبيل تأييد دفعه من قرائن ، منها صلة القرابة بين البائع والمشترى وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذاً للبيع ، لا تكفى وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن فى حكمه بالقصور (نقض مدنى أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩) . وقضت بأن لمحكمة الموضوع الحق دائماً فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليماً (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٣٨٩) .

(١) ويجوز للغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتوقى ضرراً من العقد الظاهر ، بل قصد أن يبتغى نفعاً من العقد المستتر (دى باج ٢ فقرة ٦٣٥ ص ٥٩٦ — عكس ذلك بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٥) .

(٢) أنظر فى استقلال (autonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٧ .

المبحث الأول

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية

٦٣٢ — مقارنة إجمالية : يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداهما بالأخرى شبه واضح فيما بينهما . ففى كلتيهما يحاول المدين أن يتوقى تنفيذ الدائن على ماله (١) ، فيتصرف فى هذا المال تصرفاً جدياً أو تصرفاً صورياً (٢) . وفى كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين فى حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففى دعوى الصورية لا يتصرف المدين فى ماله تصرفاً جدياً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانونى ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقى ، ومن ثم لا ينتج العقد الصورى أثراً إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما فى الدعوى البولصية فالمدين يتصرف فى ماله تصرفاً جدياً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن فى دعوى الصورية يرمى إلى استبقاء شىء فى ملك المدين لم يخرج منه ، أما فى الدعوى البولصية فيرمى إلى إدخال شىء خرج من ملك المدين (٣).

---

(١) ويلاحظ أن الصورية قد تتخذ سبيلا للوصول إلى أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن كما سبق القول .

(٢) وفى الحالتين يكون التصرف تدليسياً . وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف التدليسى هو أن يشارك المتصرف له المدين فى إجراء تصرف صورى أو فى إجراء تصرف حقيقى يجعله فى حالة إعسار بإخراج جزء من أملاكه من متناول دائنيه . فإذا كان التصرف بيعاً فسبيل إبطاله هو الطعن المبنى على الصورية أو على الدعوى البولصية ، وفى هذه الحالة يجب التمسك بأن الثمن وهمى أو بخس أو بأنه حقيقى ولكن المتصرف له اشترك مع المدين فى إخراج هذا الثمن كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح فى حالة إعسار لا يفى ماله بمطلوب غرمائه . والعبء فى إثبات إعسار المدين بالصفة المطعون فيها يقع على الدائن (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ٧ ص١٣) .

(٣) أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ .

وكثيراً ما كان يخلط من دعوى الصورية والدعوى البولصية ، ولكن التمييز بينهما أصبح —

٦٣٣ — الفروق التفصيلية ما بين الدعويين : وتختلف الدعويان ، فى أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= الآن واضحاً (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٠١ - ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٣٦ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — فقرة ٤٩٩ — لاروميير ٢م١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣١ — والتون ٢ ص ١٤١) .

ويجوز رفع الدعويين إحداهما بعد الأخرى لأنهما دعويان مختلفتان ، فترفع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولصية . بل يجوز رفع الدعويين معاً ، فيبدأ الدائن بإثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى ، ثم يطعن بعد ذلك فى العقد الحقيقى بالدعوى البولصية . مثل ذلك هبة فى صورة بيع : يبدأ الدائن بإثبات صورية البيع وأن حقيقة العقد هبة ، ثم يطعن بعد ذلك فى الهبة بالدعوى البولصية فلا يحتاج إلى إثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب فى القانون المصرى (استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ — كولان وكاپيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ - دى هلتس ١ action Paulienne فقرة ٢١) . ويجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبالدعوى البولصية معاً على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولصية (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣ — ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ — ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ — ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٤٦ — قارن : استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧) . بل يجوز ، إذا هو أخفق فى دعوى الصورية فى محكمة أول درجة ، أن يطعن بالدعوى البولصية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦ ص ١٤١ - عكس ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩) . ولكن لا يجوز أن يطعن بالدعوى البولصية أولا حتى إذا أخفق فيها طعن بالصورية ، فإن الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف ولا يتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ - استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣١ رقم ٣٢٢ ص ١١٠٢ - مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٨٥ - استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يوجد ما يمنع الدائن من تحويل الدعوى البولصية إلى دعوى الصورية (٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤)، وقضت أيضاً بأنه يجوز للدائن ، إذا كان قد طعن فى تصرف =

(١) دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولصية فلا يرفعها إلا الدائن[١] .

(٢) فى دعوى الصورية يكفى أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع[٢] ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى[٣] . أما فى الدعوى البولصية فلا يكفى خلو حق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) فى دعوى الصورية لايشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصورى ، أما فى الدعوى البولصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه[٤] .

= مدينه أمام محكمة أول درجة بالغش دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً، أن يطعن فى التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (٢٢ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١) .

هذا وإذا نجح الدائن فى إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصبح فى حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولصية (مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٤٠ — استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٦) .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، فليس للدائن أن يستمر فى إجراءات دعوى الصورية حتى يخلو الحق من النزاع باتفاق أو بحكم (استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ — محكمة اسكندرية الكلية المختلطة ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢) .

(٣) هيك ٧ فقرة ٢٣١ — أوبرى ورو ٤ طبعة خامسة فقرة ٣١٣ هامش رقم ٨ مكرر ثالثاً — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ .

(٤) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ — استئناف أهلى ١٣ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ — استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ — أسيوط الكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٣٧ — استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣—١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ — ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ — ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ — ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ =

(٤) فى دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصورى ، بفرض أنه جدى ، لايسبب إعسار المدين أو يزيد فى إعساره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقا ، لأن الدائن فى هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لايغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما فى الدعوى البولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب فى إعسار المدين أو زاد فى إعساره[1] .

= ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ - أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخلط كثيراً فى هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، فيشترط فى الاثنتين أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين — هذا وقد يكون التصرف الصورى سابقاً على تاريخ التوقف عن الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديمولومب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٣ ص ٧٥٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ .

ونرى من ذلك أنه كما لا يشترط أعسار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسراً أن تكون هناك علاقة بين التصرف الصورى والأعسار . فيستطيع الدائن أن يطعن بالصورية فى تصرف مدينه حتى لو كان موسراً (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الطعن بالصورية إذا كان المدين معسراً ولو لم يكن التصرف المطعون فيه سبب الأعسار أو زاد فيه . على أن الواقع فى العمل — كما تقول الأستاذة بلانيول وريبير وردوان — أن الدائن إذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين غير المال الذى تصرف فيه هذا صوريا لا يتعب نفسه فى رفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلا إلا عند إعسار المدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٥) فى دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن فى التصرف الصورى . أما فى الدعوى البولصية فيشترط فى المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذى سبق بيانه[١] .

(٦) دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التى تتقادم بها هذه الدعوى[٢] .

(٧) فى دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التى باعها صورياً للمشترى ، أما فى الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذى صدر منه بيع جدى .

(٨) فى دعوى الصورية إذا تنازع ، فى بيع صورى ، دائن البائع مع دائن المشترى ، قدم دائن المشترى إيثاراً للعقد الظاهر كما قدمنا[٣] . أما فى الدعوى

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — هيك ٧ فقرة ٢٣١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لاروميير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ — جروبيه فقرة ٣٣٥ — كولان وكابيتان وموراندييه فقرة ٤٥٨ ص ٣٣٤ — جوسران ٢ فقرة ٧٠٧ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٦٦ ص ٣٥٨ — عكس ذلك : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٢ — والتون ٢ ص ١٤٢ — ص ١٤٣ . انظر كذلك بلانيول وريبير وأسمان (جزء ٦ فقرة ٣٤٥) وهم يوفقون بين الرأيين ، فدعوى الصورية نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن العقد الصورى مركز فعلى يثبت بالتقادم (انظر استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٦١ ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ — دى باج ٢ فقرة ٦٣٠) . وقد قدمنا أن دعوى الصورية قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الهبة المستترة فى صورة بيع ، فدعوى صورية الهبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الهبة تتقادم كسائر دعاوى البطلان (انظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويميز بيدان ولاجارد بين دعوى الصورية والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هى التى تسقط بالتقادم (بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٥) .

(٣) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشترى ، فالمشترى هو الذى يفضل ، سواء كان العقد صورياً أو كان جدياً وقابلا للطعن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشترى ، ففى دعوى الصورية لا يقدم الدائن مادام الموهوب له حسن النية على خلاف فى الرأى (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ فى الهامش) ، وفى الدعوى البولصية يقدم الدائن =

البولصية فانه إذا باع المدين عينا إضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ فى حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن فى استيفاء حقه من العين على دائن المشترى[1] .

المبحث الثانى

مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ — وجوه الشبه : يتبين مما قدمناه فى دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شبها واضحا بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام .

= حتى لو كان الموهوب له حسن النية (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٣ وهامش رقم ٥٣ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٠ — جروبيه فقرة ٣٤٠ - قارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٥ — الأستاذ عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٣٥٦ ص ٣٥٧) .

(١) وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ فى الهامش) أن هذه النتيجة تبدو غريبة ، لأن دائن البائع لايتحمل أثر تصرف جدى صدر من مدينه ، ويتحمل فى الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صورياً ، وكان الأولى هو العكس . ولكن عند التأمل نجد أن المدين إذا صدر منه بيع صورى فلا تخلو الحال من أحد أمرين : (ا) إما أن يكون المدين متواطئاً مع المشترى بقصد الإضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة يستطيع الدائن من الناحية العملية أن يتجنب الطعن فى البيع بالصورية ، ويعتبر التصرف جدياً ، فيطعن فيه بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشترى ولا يتحمل أثر تصرف صورى كان لايتحمله لو كان التصرف جدياً . (ب) وإما أن يكون تواطؤ المدين مع المشترى على الصورية لم يقصد به الإضرار بالدائن ، وفى هذه الحالة لو كان العقد جدياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية لعدم توافر شروط الإضرار بالدائن ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصورى أقوى نفاذاً من العقد الجدى (نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ هامش رقم ٣) .

هذا وقد كان يوجد فى عهد التقنين المدنى السابق بين الدعويين فرق هام آخر ، هو أن الدائن فى دعوى الصورية يشاركه سائر الدائنين (استئناف مختلط ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص٣٢٧) ، أما فى الدعوى البولصية فيستأثر وحده بفائدة الدعوى . وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد محا هذا الفرق بجعله الدائن ، فى دعوى الصورية والدعوى البولصية على السواء ، لايستأثر وحده بالتنفيذ على العين ، بل يشترك معه فى ذلك سائر الدائنين .

انظر فى هذه المقارنة التفصيلية : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣١ — فقرة ٧٣٣ — ديموج ٧ فقرة ١١٤٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧١ — فقرة ٩٧٢ — بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٨٦ — دى باج ٢ فقرة ٦٤٢ و ٣ فقرة ٢٥٩ — فقرة ٢٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٥٨ — فقرة ٦٥٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فقرة ١٢١ .

فقد رأينا أنه لا يشترط فى دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر فى الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء، من اشترك منهم فى الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضع دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة فى صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا . فدائن البائع يستطيع أن يطعن فى العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصورى، وإذا نجح فى دعواه استفاد معه سائر الدائنين . ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع فى التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التى يصل إليها عن وراء الطعن بالصورية ، وهو فى ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصورى ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ — وجوه الفروق : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية فى العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروق الآتية :

(١) إذا طعن الدائن فى العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك أنه فى الحالة الأولى يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما فى الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التى يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً [1] .

---

(١) ديمولومب ٣٠ فقرة ١٧٩ وفقرة ١٨١ وما بعدها وفقرة ٥٩٠ — لوران ١٩ فقرة ٦٠٣ — لاروسبير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨. وفقرة ٢١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ وفقرة ٧٣٧ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٣ — كولان وكاپيتان وموراندير ٢ —

(٢) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس فى حاجة إلى إثبات إعسار المدين . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسراً أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(٣) إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشترى أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشترى أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذى تمسك بالعقد المستتر (١) .

ويتبين مما تقدم أن الدائن يفضل الطعن باسمه بالصورية فى العقد الظاهر ، فهذا خير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتقدمة الذكر (٢) .

= فقرة ٤٥٧ — والتون ٢ ص ١٤٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المتعاقدين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك تحايل على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر فيما لو رفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (ديمولومب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٨ — لارومبيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ — فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

(١) هيك ٧ فقرة ٢٣٠ — بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ — فقرة ٧٣٥ — بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٣١١ — والتون ٢ ص ١٤٣ — دى باج ٣ فقرة ٢٥٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ .

هذا ، وفى غير المثل الذى نحن بصدده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، وتسقط الدعوى غير المباشرة بالمدة التى يسقط بها الحق الذى يستعمله الدائن . أما فى المثل الذى نحن بصدده ، فإن الحق الذى يستعمله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التى يرفعها المدين ، وهذه أيضا — كدعوى الصورية التى يرفعها الدائن — لا تسقط بالتقادم (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٦ ص ٨٥٧) .

(٢) انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٦٥ — فقرة ٧٦٦ .

الفصل الرابع

الحق فى الحبس*

(Droit de rétention)

تمهيد — تكييف الحق فى الحبس

٦٣٦ — كيف نشأ الحق فى الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الرومانى . فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أنفق مالا فى حفظها أو فى تحسينها ، وأراد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الرومانى

---

* مراجع : رينو (Raynaud) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونسكو (Jonesco) فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — پينو (Pinot) بحث فى إقامة نظرية فى حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — پوجوناتو (Poganato) فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobes) تطبيقات فى حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستمد من عدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — بودرى ولوان (Loynes) جزء أول فى حق الحبس فقرة ٢٢٠ وما بعدها — جيلوار (Guillouard) فى رهن الحيازة وحق الحبس — بيدان وفواران (Voirin) جزء ١٣ فقرة ٢٦٩ وما بعدها — كاپيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — دريدا (Derrida) بحث فى أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتياع المشروع عن الوفاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — أنسيكلوپيدى دالواز ٤ لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدم (دريدا) — مقال لسالى (Saleilles) فى الامتناع عن الوفاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٢—١٨٩٣) .

مراجع فى القانون المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى فى التأمينات فقرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثالثة فقرة ٦٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠١ — فقرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ١٥٨ — فقرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٢ — فقرة ١٤٨ — وانظر فى الدفع بعدم تنفيذ العقد : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٣ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٣٧٧ — فقرة ٣٧٩ .

للحائز دفعاً بالغش (exceptio doli) يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها (١). وكذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق فى استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين — إذ هى كلها عقود تنطوى على حسن النية (contrats de bonne foi) — وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يقف تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما سمى بعد ذلك فى القانون الفرنسى القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) .

فنشأ الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً فى القانون الرومانى ، كلاهما يقوم على دفع بالغش . ولكن العلاقة فيما بينهما انفصمت فى عصور القانون الفرنسى القديم ، عند ما اختفى الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتصق الحق فى الحبس بالأعيان المادية وأصبح يعتبر حقاً عينياً (٢) .

---

(١) ذلك أن الحائز — حسب قواعد القانون المدنى العتيق — لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلا عن المالك ولا فضولياً إذ كان يعمل لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك . ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البريتور على تفاديها ، حسب قواعد العدالة ، فضمن دعوى الاسترداد دفعاً بالغش ، بموجبه لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يستوفى ما أنفق من المصروفات .

(٢) وكان رجال القانون الكنسى هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المقابلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (règle des corrélatifs) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أياً من الطرفين لا يجبر على القيام بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يقم هو نفسه بما عليه من التزام . وجاء بعد ذلك الفقهاء اللاحقون لعهد التحشية (os glossateurs) . بنوا من النصوص الرومانية القائمة على هذا المعنى نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأعطوها هذا الاسم بعد أن نسبوها للقانون الرومانى . ثم جاء الفقيه كيجاز Cujas ومدرسته فردوا النصوص الرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعينة التى وردت فيها هذه النصوص ، فضاعت وحدة النظرية ، وتفككت تطبيقاتها ، بل واندثر اسمها . وساعد على ذلك أن القضاء استعان — فى ملء الفراغ الذى خلفه تفكيك النظرية — بنظرية الفسخ التى اختفى وراءها الدفع بعدم التنفيذ ، وبنظرية الحبس التى انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الحبس ملتصقاً بالأعيان المادية واعتبر حقاً عينياً ، وكان يقول بهذه النظرية كل من دمولان وبوتييه (اسمان ٦ فقرة ٤٣٩ — بودرى ولوران ١ فقرة ٢٢٨) .

وهذه الصورة الأخيرة هى التى انتقلت إلى التقنين المدنى الفرنسى .

٦٣٧ — الحق فى الحبس فى القانون المدنى الفرنسى : لم يضع التقنين المدنى الفرنسى نظرية عامة لا للحق فى الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد، واقتصر — متأثراً فى ذلك بالحالة التى كان عليها القانون الفرنسى القديم — على إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة[1] . وبقى الفقه الفرنسى، طوال القرن التاسع عشر ، يعالج الموضوع على أساس أن للحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفى مفتتح القرن العشرين نقل سالى عن التقنين المدنى الألمانى النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً للفقه الفرنسى أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

وقام خلاف فى فرنسا هل الحق فى الحبس حق عينى ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك[2] ، ركن الغالبية — لا سيما فى الفقه الفرنسى المعاصر — لم تر فيه حقاً عينياً[3] ، إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق العينية ، فليس ينطوى على حق فى التقدم ولا على حق فى التتبع ولا هو خاضع لإجراءات الشهر[4] .

ومنذ أنكر على الحق فى الحبس أنه حق عينى ، كان الرأى الراجح فى القانون الفرنسى أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التى نص عليها التشريع ، وليست

---

(١) انظر مثلا المواد ٥٤٥ و٨٦٧ و١٦١٢ و١٦١٣ و١٦٧٣ و١٧٤٩ و١٩٤٨ و٢٢٨٠ من التقنين المدنى الفرنسى .

(٢) انظر : كابرى (Cabrye) فى حق الحبس فقرة ٧٤ — جلاسون (Glasson) فى حق الحبس ص ٣٥ وما بعدها — كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ — سيرفى (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ — بون (Pont) ١ فقرة ٢١ — فقرة ٢٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥١ — فقرة ٢٥٧ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ هامش رقم ٢٠ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٨ — لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ — جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ — فقرة ١٤٧١ — قارن فى معنى الحق العينى : أنسيكلو بيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٩٢ — فقرة ٩٣ .

(٤) إما أنه لا ينطوى على حق تقدم ، فنرى أن الحبس لا يكسب امتيازاً للدائن الحابس على غيره من الدائنين . وأما أنه لا ينطوى على حق تتبع ، فلأن الحابس إذا تخلى عن حيازة العين المحبوسة فقد حقه فى الحبس ولا يستطيع استرداده . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لشهر حقوق الحبس .

هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق فى الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس(١) .

ولا يكفى بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدين له فى الوقت ذاته ، فيحبس المدين الدين الذى عليه حتى يستوفى الحق الذى له . وهذا إنما يقع فى المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضى الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ (٢) .

وإنما يجب أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق فى إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشىء الواجب الأداء (debitum cum re junctum) ، فيحبس المدين الشىء الذى يجب عليه أداؤه حتى يستوفى الدين الذى نشأ بمناسبة هذا الشىء ، وذلك كمصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التى ينفقها الحائز على العين التى فى حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذى يحدثه الشىء للحائز ، ففى هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشىء محل الحيازة .

(٢) وإما أن يكون الارتباط آتيا من أن كلا الدينين مصدره عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وكالمشترى يحبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، وكل من البائع والمشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه (٣) .

---

(١) بودرى ولوران ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وهامش رقم ٢ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ .

٦٣٨ - حق الحبس فى التقنين المدنى المصرى السابق : لم يكن هناك شك فى أن حق الحبس فى التقنين المدنى المصرى السابق كان حقاً عينيا (١)، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة فى هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التى يمكن أن تترتب على الأموال ، فتذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر أولا الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حق عينى ، ثم تعقب بالدائنين ذوى الحقوق العينية فتذكر الدائنين المرتهنين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين الممتازين بسبب رهن حيازة أو حق من حقوق الامتياز ، فالدائنين « الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الأخر فى حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم ». وإذا عرضت مناسبة ، فى نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن « التعهد باعطاء حق عينى على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقارى والحبس » . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهى تفصل أحكام التجديد (الاستبدال) ، تذكر أنه يجوز الاتفاق على « أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد » .

ومذ جعل حق الحبس فى هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وعددت حالاته على سبيل الحصر ، شأنه فى ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى حبس العين فى الأحوال الآتية ، فضلا عن الأحوال المخصوصة المصرح بها فى القانون (٢) : أولا - للدائن الذى

---

(١) انظر مع ذلك : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ .

(٢) هذه الأحوال المخصوصة التى كان مصرحاً بها فى التقنين المدنى السابق هى : (١) حق البائع فى حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م ٣٥٠/٢٧٩) . أما حق المشترى من حبس الثمن إذا حصل تعرض له فى وضع يده على المبيع أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية (م ٤١١/٣٣١) =

له حق امتياز (١) . ثانياً — لمن أوجد تحسينا فى العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال (٢) . ثالثاً — لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها(٣)».

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس فى التقنين المدنى السابق . فحق الحبس هو الحق العينى (٤) الذى يثبت لغير المالك

= فيستعصى فى التكييف أن يكون حقاً عينياً ، لأن الثمن دين فى ذمة المشترى وليس بعين محبوسة ، وهو قبل دفعه ملك للمشترى والشخص لا يكون له حق عينى على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعاً يكون سبباً فى فسخ عقد الإيجار ، حتى يستوفى من المؤجر أو من المشترى التعويض الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٢/٤٧٧) . (جـ) حق حافظ الوديعة فى حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع « المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التى نشأت له منها » (م ٤٨٨ فقرة ٢/٥٩٧) .

وهناك نصوص أخرى ، فى غير التقنين المدنى ، تعطى للدائن حق الحبس : (ا) حق الوكيل بالعمولة فى حبس البضائع التى تحت يده (م ٨٥ تجارى) . (ب) حق القبودان فى حبس البضائع التى فى السفينة (م ١٢٥ بحرى) . (جـ) حق المنزوع ملكيته للمنفعة العامة فى حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التعويض المستحق له . انظر فى ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناهى فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ هامش رقم ١ ، وفى القانون الفرنسى : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبنى على فكرة الرهن الضمنى ، فمن أنفق على شىء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضاً أن يحبسه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للميكانيكى الذى أصلح سيارة أن يحبسها حتى يستوفى أجرة إصلاحها (١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ — استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٣ — ١٤ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قارن : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) على أن الفقهاء عند تعرضهم للآثار التى تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول الدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف ، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عينى =

على الشيء الذى فى حيازته إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصدره نص فى القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير منصوص عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص فى القانون ينشئه (٢) دين صحيح حال للحائز فى ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الدائن . ولا يقع الحبس على الأشياء المعنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق فى الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأمتعة المستأجر من الباطن . ويجب أن تتم الحيازة على وجه قانونى ، لا خلسة أو غشا أو إكراها . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فأنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يتمسك بحقه فى مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص ، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له أن يستردها وفقد حقه فى الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستبقى الشيء فى حيازته حتى يستوفى الدين الذى له وبذلك يتقدم عمليا على غيره من الدائنين (١) . ولكن حق الحبس، بالرغم من عينيته ، لم يكن خاضعاً لإجراءات الشهر ، على خلاف فى الرأى(٢) .

= من نوع خاص (sui generis) (الأستاذ محمد كامل مرسى فى التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٣٨ فقرة ٦٤٦) . وذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخصى لا حق عينى ، وأنه لا يخول صاحبه مزية التتبع ، فإذا رفعت يد الوكيل من عقارات موكله عنوة ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التى أنفقها ، كان دينه ديناً عادياً (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى أن حق الحبس حق عينى : محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا يعطى صاحبه لا حق التتبع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل فى التوزيع إلا كدائن عادى . ولكن من جهة أخرى فأن دائنى صاحب العين وخلفاءه لا يمكنهم رفع يد الحابس إلا بعد سداد المبالغ التى له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المشترى تسلمها إلا إذا دفع الدين المطلوب عليها الحابس . فهو من هذه الجهة شبيه بالحق العينى ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب العين أو من تلقى الملك عنه ، ولواضع اليد ألا يسلم الشيء إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٣) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذى قد يكون المقاول بالنسبة إلى

وقد حاول الفقه المصرى، فى عهد التقنين المدنى السابق، أن يشكك فى عينية حق الحبس ، وأن يضع إلى جانب هذه العينية فكرة أن الحق فى الحبس ليس إلا دفعا بعدم التنفيذ ، فهو ليس بحق عينى ولا بحق شخصى . ولكن صراحة النصوص فى التقنين المدنى السابق كانت قاطعة فى أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقا عينيا . فلم تكن هذه المحاولات الفقهية إلا بمثابة إرهاصات تؤذن بما يكون عليه المستقبل ، وقد دفعت فعلا عند تنقيح التقنين المدنى إلى الرجوع بالحق فى الحبس إلى طبيعته الحقيقية من أنه دفع وليس بحق ، فسار على هذا النهج التقنين المدنى الجديد[1] .

٦٣٩ — الحق فى الحبس فى التقنين المدنى المصرى الجديد : هجر التقنين المدنى الجديد نظرية التقنين المدنى السابق فى أن الحق فى الحبس حق عينى. وقد جارى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث فى الفقه والتشريع[2] ، وجعل من الحق فى الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون ، ولا تنحصر فى حالات معينة تتناثر فى النصوص المتفرقة . ذلك أن الحق فى

= ما صرفه على العمارة لا يقتضى حق التتبع ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، إلا إذا كان ناشئا عن امتياز مسجل تسجيلا صحيحاً (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨) . وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً عينياً ، لأن ما يترتب عليه من الآثار الفعليه يعادل تماماً ما يترتب من الآثار القانونية على الحقوق العينية ، أى حق التتبع والامتياز ، وعلى ذلك فلا ينشأ هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التعاقد (٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

(١) وكنا من ينتقد ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، عينية الحق فى الحبس التى اعتنقها هذا التقنين ، كاشفين عن حقيقته من أنه دفع لا حق (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ هامش رقم ١) . ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق فى الحبس دفعاً سارياً فى حقه دون أن يشهر ، ذلك أن الدائن ، إذا حبس عن مدينه ما عليه لهذا المدين حتى يستوفى حقه المرتبط بالدين المحبوس، فأنه لا يثرى على حساب مدينه، بل يتجنب أن يثرى المدين نفسه على حسابه هو (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٩)

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣ — ٢٧٤ و م ٣٢٠ — ٣٢٢) والتقنين المدنى الأرجنتينى (م ٣٩٣٩ — ٣٩٤٦) . أما التقنين المدنى السويسرى (م ٨٩٥ — ٨٩٨) فيبدو أنه يعتبر حق الحبس حقاً عينياً (انظر بنوع خاص م ٨٩٨) . وانظر فى حق الحبس وبوجه عام الامتناع المشروع من الوفاء فى الفقه الإسلامى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع من الوفاء فقرة ٣٤٠ وما بعدها .

الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام ، هو أن الدائن إذا كان مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتمتد فى جذورها إلى أعماق التاريخ فقد كان القانون الرومانى كما قدمنا يعالج الحالات التى تتجمع حول هذا المبدأ بعلاج واحد هو الدفع بالغش (excptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملا فى المقاصة القانونية . فحيث يكون الدائن مدينا لمدينه ، وتوافر فى الدينين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذى له من الدين الذى عليه ؛ فيقال أن الدينين قد انقضيا قصاصا بقدر الأقل منهما[1] .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك فى العقود الملزمة للجانبين . فلكل من المتعاقدين أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له ، وهذه قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وقد بسطناها تفصيلا فى الجزء الأول من هذا الوسيط[2] .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن يقف تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفى ما فى ذمة

---

(١) وتختلف المقاصة عن الحبس فى أمرين : (ا) يشترط فى المقاصة اتحاد جنس الدينين دون حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى النقيض من ذلك الحبس ، فيشترط فيه الارتباط دون اتحاد جنس الدينين . (ب) المقاصة سبب لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، فهى وسيلة ضمان ووسيلة استيفاء . أما الحبس فيبقى الدينين قائمين وأحدهما ضامن للآخر ، فهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء (بودرى ودى لوان فقرة ٢٢٠ — جوسران ٢ فقرة ١٤٦٦ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦١٩ هامش رقم ٢ — الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٨) .

(٢) الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — وانظر أيضاً الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٢٤ وما بعدها — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٨١ هامش رقم ١ — وقارن فى التمييز بين الحق فى الحبس والدفع بعدم تنفيذ العقد : كابيتان فى السبب فقرة ١٢٦ — دى باج ٢ فقرة ٨٧١ — أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٢ وفقرة ٢٧ — فقرة ٣١ — الأستاذ حلمى بهجت بدوى فى نظرية العقد فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦٠ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٤ هامش رقم ١ .

المودع من مصروفات أنفقت فى حفظ الوديعة ومن تعويض عما عسى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم تقم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، مادامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هناك ميلا عند بعض الفقهاء[1] للذهاب إلى مدى أبعد من هذا ، وإعطاء الحق فى الحبس للدائن ما دام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذى نقف عنده لإعطاء الحق فى الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملا ، لا من طريق الحق فى الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولا) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائنيه عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرفعها على الدائن يطالبه فيها بدين له فى ذمة دائنه ، ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين . فاذا كان المدين محقاً فى دعواه الفرعية ، أجرى القاضى مقاصة قضائية ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان فى الوقت ذاته مديناً لمدينه أن يحجز هذا الدين الذى عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، وإذا حكم القاضى بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فما يصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانونى أن يصل إليه عن طريق الحق فى الحبس ، إذا بلغ هذا الحق فى تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت فى أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة[2]

ونتبين من هذا التحليل طبيعة الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد .

---

(١) انظر بنوع خاص كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص٩٣٦ هامش رقم ٣.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥١.

فليس هو بالحق العينى ، ولا بالحق الشخصى[١] . بل هو حق المدين فى أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذى له فى ذمة دائنه ، فهو دفع بعدم التنفيذ ، يدخل تحته الدفع بعدم تنفيذ العقد الذى يعتبر فرعاً عنه [٢] . وهو بمثابة ضمان خاص أعطاه التقنين المدنى الجديد لكل دائن يكون مديناً فى الوقت ذاته لدائنه ، فيحبس الدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ومن ثم نقل الحق فى الحبس من المكان الذى كان له فى التقنين المدنى السابق إلى المكان الذى له الآن فى التقنين المدنى الجديد ، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان ، إذ هو إحدى وسائل الضمان فى هذه الحالة الخاصة [٣] ، وكما أن الدائن فى الدعوى غير المباشرة يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً أهمله المدين ، وفى الدعوى البولصية حقاً نقله المدين للغير غشاً ، وفى دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير ، فالدائن فى الحبس يتوثق للتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب فى ذمته هو .

وهناك أهمية عملية كبيرة فى هذا التحوير الذى أتى به التقنين المدنى الجديد ، وانتقل بمقتضاه الحق فى الحبس من حق عينى إلى دفع بعدم التنفيذ . وتتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

(١) أصبح الحق فى الحبس غير مذكور على سبيل الحصر ، بل هو يمتد إلى « أحوال لا تتناهى [٤] » ، إذ هو دفع وليس بحق عينى أو حق شخصى .

(٢) نزول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة فى عهد التقنين السابق ، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق فى الحبس حقاً عينيا ، ومع ذلك فأن حق التقدم وحق التتبع المصاحبين دائما للحقوق العينية لا يظهران فى وضوح مصاحبين لهذا الحق العينى .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٦ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٧ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يذهب إلى أن الحق فى الحبس حق شخصى يترتب فى ذمة المدين متعلقاً بالشىء المحبوس .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٤٧١ — أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦ .

(٣) قارب فى هذا المعنى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٤٢١ — ص ٤٢٢ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨ .

(٣) تنتهى بالتكييف الجديد مشكلة إجراءات الشهر ، فقد كان واجبا إذا كيف الحق فى الحبس بأنه حق عينى أن يكون خاضعا للشهر ، أما الآن فهو دفع لا حق عينى ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

فالتكييف الصحيح للحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد إذن هو أنه دفع بعدم التنفيذ ، يخول للدائن الذى يكون فى الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له . ويقوم ذلك على اعتبارات ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداهة المنطق القانونى(١).

ونبحث الحق فى الحبس فى التقنين المدنى الجديد ، وفقا للخطة التى سار عليها هذا التقنين ، من الوجوه الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدنى) . (ثانيا) ومن حيث الآثار التى تترتب عليه (م ٢٤٧ مدنى) . (ثالثا) ومن حيث انقضائه (م ٢٤٨ مدنى) .

الفرع الاول

نشوء الحق فى الحبس

٦٤٠ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «صور المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقته ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور خطأ فى التقنين الحالى (السابق) : أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصرى (السابق) ، بل هو مجرد دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف بهذه المثابة عن أن يكون حق حبس ، وأصبح حقا فى الحبس . وعلى هذا النحو خرج المشرع بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) على سبيل الحصر ، إلى حيز المبادىء العامة ، وبذلك كفل له عموم التطبيق فى أحوال لا تتناهى . فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه فى الحبس ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجاء أيضا فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : «صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع لا يخول الحقوق العينية ولا يباشرها في مقرماتها . »

« ١ — لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع »[1].

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٦٠٥/٧٣١ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدنى السابق بالتقنين المدنى الجديد فى هذا الموضوع .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٧ ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٢٨٠—٢٨٢ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٤٩ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٢٧١—٢٧٢[2] .

= ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التى يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، فتحمى بذلك ما ينطوى فى ذلك البيان من إسراف فى الحرج والتضييق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظى . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق الحبس فى أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التى أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هى نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء المدين صدفة فى يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة . وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ — ص ٦٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٧ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

= التقنين المدنى العراقى : م ٢٨٠ — ١ — للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدى المشترى جميع الثمن الحال . وللعامل أن يحبس الشيء الذى يعمل فيه إلى أن يستوفى الأجر المستحق ، سواء كان لعمله أثر فى هذا الشيء أو لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التى قررها القانون . ٢ — وفى كل معاوضة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو فى يده ، حتى يقبض البدل المستحق . =

ويتبين من هذا النص أن للحق فى الحبس شروطاً إذا توافرت نشأ هذا الدفع ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر . فنبسط هذه الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم يرد فيه نص .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق فى الحبس

٦٤١ — شروط نشوء الحق فى الحبس : وضعت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قاعدة عامة يرد إليها جميع تطبيقات الحق فى الحبس . وهذا هو الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى ، فقد كان حق الحبس فى التقنين المدنى السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر ، إذ كان يعتبر فى هذا التقنين حقاً عينياً .

= م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق فى ملك غيره ، وهو فى يده ، مصروفات ضرورية أو نافعة ، أو أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ — لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام فى ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به . ٢ — فإذا قدم الدائن تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه ، سقط حق المدين فى الامتناع عن أداء ما التزم به .

(وهذه النصوص فى جملتها تتفق فى أحكامها مع أحكام التقنين المدنى المصرى ، وإن كان التقنين المدنى العراقى توخى أن يساير الفقه الإسلامى فى تطبيقاته المختلفة الحق فى الحبس ، ثم انتهى إلى وضع قاعدة عامة هى القاعدة التى أتى بها التقنين المصرى — انظر فى شرح هذه النصوص فى التقنين المدنى العراقى الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى التقنين المدنى العراقى ص ١١٠ — ص ١١٣)

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٩ : مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهى بالعكس لا يجوز للدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الحجز التنفيذى ، وأيضا طريقة التغريم (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أى حق كل شخص دائن ومديون معاً ، أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يعرض القيام بما يجب عليه . =

أما فى التقنين الجديد فلا نحصر حالات الحق فى الحبس ، ولكن نحصر الشروط التى إذا هى توافرت تنشىء الحق فى الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه حصر هذه الشروط فى شرطين اثنين :

(أولا) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين فى ذمة الأول للثانى ، ودين مقابل له فى ذمة الثانى للأول .

(ثانياً) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين .

٦٤٢ — الشرط الأول — دينان متقابلان : يجب أولا أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . فيقف الأول الوفاء بالدين الذى عليه حتى يستوفى الدين الذى له .

أما الدين الذى فى ذمة الشخص الأول — وهو المحل الذى يقع عليه الحبس — فيصح أن يكون متعلقاً بعين معينة بالذات ، كدار باعها صاحبها فأصبح مديناً

= م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا ينحصر فى كل من كان دائنا ومدينا بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً فى كل حالة يكون فيها الدين متصلا بموضوعه ، أى حيث يكون التلازم موجودا بين الموجب المطلوب والدين المختص بمن يستعمل حق الحبس من أجل ذاك الموجب ، فهو أى حق الحبس يعود مثلا إلى واضع اليد أو المستثمر أو إلى محرز الشىء المرهون بدون أن يكون ثمة تمييز بين الأموال المنقولة وغير المنقولة ولا بين الحابس الحسن النية وسيئها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المفقودة أو المسروقة ومحرز الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى .

(وأحكام هذه النصوص تتفق فى جملتها مع أحكام نصوص التقنين المصرى ، فقد جعل التقنين اللبنانى من الحق فى الحبس نظرية عامة ولم يورد تطبيقاته على سبيل الحصر ، ولم يجعله حقا عينيا ، وتناول به حالتى الدفع بعدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشىء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سببه إحراز الأشياء المفقودة أو المسروقة وإحراز الأشياء التى انتزعت بالعنف من صاحبها الحقيقى . وأورد تطبيقات مختلفة للحق فى الحبس نثرها فى نواح متفرقة : م ٤٨٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ الخ الخ . انظر فى كل ذلك الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٤٦ — ص ٤٩) .

بتسليمها إلى المشترى ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفى الثمن (١) . ويصح أيضاً أن يكون الدين محله شيء غير معين بالذات، نقود أو أشياء مثلية، كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملا أو امتناعاً عن عمل . فالمقاول يستطيع ألا يبدأ العمل حتى يستوفى ما أنفق مع رب العمل على أن يعجله له من الأجر . وصاحب الأرض الذى تعهد ألا يمنع جاره من المرور فى أرضه ، مقابل جعل معين، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفى جعله(٢).

---

(١) والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً ، منقولا أو عقاراً (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١) . ولا يرد الحبس على الأشخاص بأية حال ، فلا يجوز مثلا لصاحب المدرسة أن يحبس التلميذ عن ولى أمره لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى الولادة أن يحبس المولود عن ذويه حتى يستوفى أجره ، ولا لمتعهد الجنائز أن يمتنع عن تسليم جثة الميت إلى أهله حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة (بيدان وفوارن فقرة ٢٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠) .

ويغلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً للمدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه للمدين . فالمؤجر له أن يحبس العين المؤجرة — وهى ملكه ولكنه التزم بتسليمها للمستأجر — حتى يستوفى الأجرة (أنسيكلو پيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ — قارن كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٧ — الدكتور منصور مصطفى منصور فى نظرية الحلول العينى رسالة على الآلة الكاتبة من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢) .

(٢) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨١٢ من التقنين المدنى تجعل لمالك الأرض المحبوسة حق المرور فى الأرض المجاورة نظير تعويض عادل ، فإذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان لمالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .

ونرى مما تقدم أن نطاق الحق فى الحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التى يجوز الامتناع عن تنفيذها ، ونص التقنين المدنى الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن الحابس ملتزم « بأداء شيء » (tenue à une prestation) . ولفظ « شيء » ، الذى أريد به المعنى المقصود من لفظ (prestation) ، يتسع لكل التزام أيا كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل . فليس من الضرورى أن يحبس الدائن عيناً مادية ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام بنقل حق عينى أو بعمل أو بامتناع عن عمل . وإذا كان التقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣) قد عرف الحق فى الحبس تعريفاً واسعاً قصد به أن يتناول الحبس كل التزام أيا كان محله ، فلسنا نرى — خلافاً لما ذهب إليه الأستاذ إسماعيل غانم (أحكام الالتزام فقرة ١٤٣) — أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد تخلف عن التقنين المدنى الألمانى فى ذلك .

على أنه لا يصح أن يكون محل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلا وأنفق عليه ويريد حبسه حتى يستوفى ما أنفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التى أعد لها هذا الملك[١]. كما لا يصح أن يكون محل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه فى الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشىء عن صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلا للحجز عليه فى هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ من تقنين المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربع هذا الأجر عنه حتى يستوفى منه التزاماً ترتب فى ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من تقنين المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها عن صاحبها إلا فى دين من هذه الديون[٢].

ولا يشترط فى الدين — محل الحبس — أن يكون مصدره عقداً ، فقد يكون مصدره عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون . فاذا تصادمت سيارتان ، وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوافر شروط المقاصة القانونية فى الدينين بأن كان أحدهما غير مقدر مثلا ، جاز لمن كان الدين الذى عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره . فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع. وقد نصت الفقرة

---

(١) أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٧ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ — الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

وقد اختلف فى جواز حبس العين الموقوفة ، ولكن الراجح الجواز ؛ لأن الحبس حق مؤقت لا يؤدى إلى بيع العين المحبوسة ، فلا يتنافى مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه الغرض من الوقف (استئناف أسيوط ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ — محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ — محكمة قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥) .

الأولى من المادة ٩٢٧ مدنى على أنه « إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت .... » . فنى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإثراء بلا سبب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ مدنى على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء . وذلك فى نظير تعويض عادل » . فنى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص فى القانون ، وذلك فى نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التى قررناها ، وهو استثناء ورد فى آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فان هذا النص يجعل لحائز الشىء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشىء « إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . فالتزام الحائز برد الشىء الذى حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه . وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالتزام من تسلم بحسن نية عيناً من غير حق فيلتزم بردها إلى صاحبها وله أن يحبسها حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا اغتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقها

منه أو وجدها ضائعة فاستولى عليها ، فانه لايجوز له أن يحبسها حتى يستوفى ما أنفق عليها ما دام قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق (١) . لكن إذا حاز الشخص عيناً مسروقة أو ضائعة دون أن يكون هو الذى سرقها أو عثر عليها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصدره عمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات(٢) .

---

(١) ويحرم الحائز بعمل غير مشروع الحق فى الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المشروعة سنة أو أكثر . فإن مضى هذه المدة إنما ينقضى بها حق الحائز الأصلى فى استرداد حيازته بدعوى من دعاوى الحيازة ، ولكن لاينقضى بها حق الحائز الأصلى فى استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكاً ، وفى هذه الحالة لايجوز للحائز بعمل غير مشروع حبس العين ، فإن هذا يتعارض مع العدالة وحسن النية وهما الأساس الذى يقوم عليه الحق فى الحبس (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ - وانظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) .

(٢) قارن تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط فى الحائز ، حتى يحبس الشىء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادى للشىء بمقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف فى محل تجارى أن يحبس الخزانة المعهود بحفظها إليه حتى يستوفى أجره (انظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥١) . وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشىء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه عدل يتفق عليه الحابس والمالك (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧) . ويشترط أن يبقى الشىء فى يد الدائن (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤) ، فإذا خرج الشىء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده (محكمة المنصورة الكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشىء بمقتضى أنه مالك له أو بمقتضى أنه يحوزه حيازة قانونية (possession) ، أو بمقتضى أنه يحرزه مجرد إحراز (détention) ، ويجب أن يكون الشىء المحبوس مستحق التسليم لمدين الحابس سواء كان هذا المدين يملكه أو كان هو صاحب الحق فى حيازته القانونية أو فى مجرد إحرازه للانتفاع به . فيجوز للمؤجر أن يحبس ملكه عن المستأجر ، ويجوز لحائز الشىء أن يحبسه عن مالكه ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة - وهى فى حرزه لافى حيازته - عن آلت إليه ملكيتها حتى يستوفى حقه فى التعويض عند عدم نفاذ الإجارة فى حق المالك الجديد (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٥ - ص ٥٩٦ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢) . وقد قضت محكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأنه لايصح اعتبار المستأجر حائزاً للعقار بسبب صحيح يجعله فى حل من أن يصرف على العين مايشاء لتحسينها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التى هى عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلق لنفسه بفعله الشخصى حقاً عينياً على العين المؤجرة بما =

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذى يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً مدنياً حالا لم يتم تنفيذه . فاذا كان ديناً طبيعياً لم يجز الحبس من أجله ، وإلا كان فى هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطبيعى ، ولا جبر فى تنفيذه - كما قدمنا[1] . وإن كان غير حال ، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين الثانى ما دام استيفاؤه وقت الحبس ليس بواجب[2] .

= يقوم بصرفه فى شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المؤجر قد اتفق معه على ذلك ، والقول بغير هذا معناه تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩) .

(١) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢ - أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

(٢) فيشترط إذن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء (انظر فى هذا المعنى وما يقوم عليه من مبررات الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلا أو معلقا على شرط واقف ، فإنه لا يخول الحق فى الحبس (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يشترط أن يكون مقدراً (liquide) ، فيثبت الحق فى الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مشترطا فى المقاصة القانونية فلأن الدينين ينقضيان بقدر الأقل منهما فكان لا بد من أن يكونا مقدرين ، ولا حاجة إلى ذلك فى الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا تظهر فيه وجه الضرورة فى أن يكون الدين مقدرا (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ — ص ٥٩٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — ص ١٨٩) . ويجوز للقاضى أن يحدد أجلا يقوم الدائن فيه بتقدير حقه حتى لا يطول أمد الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩) ، كما يجوز للقاضى أن يقدر قيمة الحق مؤقتاً فينتهى الحبس إذا أودعت هذه القيمة الموقتة خزانة المحكمة (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ، وهما الحكمان اللذان سبقت الإشارة إليهما) . ويلاحظ الأستاذ سليمان مرقس أنه « إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المؤجر فى حبس المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة لا تشترط أن تكون الأجرة حالة ، فما ذلك إلا لأن حق الحبس فى هذه الحالة متفرع عن حق امتياز المؤجر ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمؤجر بمجرد العقد ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المؤجر حقه فى الحبس ضرورى لمحافظة على امتيازه ، فلا بد من ثبوت الحق فى الحبس فى هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أى من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء » (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤) . =

ولكن الحق فى الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ الدين الثانى تنفيذا جزئيا (١) أو تنفيذاً معيباً ، فما لم يكن التنفيذ تنفيذا كاملا سليما جاز حبس الدين الأول . ولكن يجب أن يكون العيب فى التنفيذ عيبا جديا ، وأن يكون الجزء الباقى بغير تنفيذ جزءاً غير تافه ، وإلا لم يجز الحبس . والقضاء رقيب على كل ذلك ، فاذا ادعى الدائن الحابس أن تنفيذ الدين الذى له هو تنفيذ معيب أو تنفيذ جزئى ، ومن ثم فقد استبقى حقه فى الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب فى التنفيذ أو تقدر ما بقى من الالتزام دون تنفيذ للبت فيما إذا كان هذا يبرر استبقاء الدائن لحقه فى الحبس .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تاليا لتنفيذ الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثانى . فاذا كان المستأجر ملتزما بدفع الأجرة مقدما قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم

= وغنى عن البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع جدى فى الحق الذى يدعيه ، لم يكن له الحق فى الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يستوفى من المؤجر تعويضاً يدعى أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت فيها القضاء (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ — أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٥٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال « فيلم » فى الخارج لقاء مبلغ معين — ٧٥٠٠ جنيه — يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءاً — ١٠٠٠ جنيه — وتعهد بدفع جزء آخر — ٣٠٠٠ جنيه — فى مدى شهر من التوقيع على العقد ، بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء فى ميعاده يصبح المبلغ الذى دفع أولا حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا ، وباقى المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم فى الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأنه يتم إيصال الفيلم إلى الخارج فى خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد — أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه — وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه ، فانه يكون للطاعنة — رغماً عن قبولها الوفاء الجزئى على غير الوجه المتفق عليه — أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذى دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها فى الحبس . بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه — إذا أدى المطعون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه — يصلح دفعاً لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هى فى حبس التزامها بالتسليم ، فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠) .

يجز له أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب الفندق يقدم خدماته للنزيل قبل أن يستوفى الأجر . فلا يجوز له حبس هذه الخدمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه فى الحبس أن يكون المدين قد منح أجلا قضائيا (délai de grâce) لتنفيذ دينه . فان مثل هذا الأجل - وقد أعطى معونة للمدين - لايصح أن يكون سببا فى إسقاط حق دائنه فى الحبس[1] .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله عيناً أو ديناً أو عملا أو امتناعا عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصا فى القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

٦٤٣ - الشرط الثانى - قيام الارتباط مابين الدينين : ولا يكفى أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذى بسطناه . بل يجب أيضا أن يقوم ارتباط مابين هذين الدينين[2] .

والارتباط نوعان : ارتباط قانونى (connexité juridique) وارتباط مادى

---

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذى تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (قارب المادة ٣٦٢ مدنى فى شأن المقاصة) فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل عن حقه فى الحبس ، فعلى المدين يقع عبء إثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه النية عند الدائن (انظر مثلا المادة ٤٥٩ فقرة أولى مدنى) ، فينتقل عندئذ عبء الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلا أن ينزل عن حقه فى الحبس (الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وهامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته للشيء المحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقاً على الحيازة ، لأن الحق فى الحبس ضمان لايتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ١٨) .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — وفقرة ٤٤٩ بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤ — ويذهب بودرى ودى لوان مع أوبرى ورو إلى أنه لايكفى قيام الارتباط مابين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ - بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأى الراجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط مابين الدينين ؛ تولييه ٣ فقرة ١٣٠ — ترولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — جيلوار فى حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها — بيدان وفواران ١ فقرة ٢٤٣ — فقرة ٢٥٠) .

أو موضوعي (connexité matérielle, objective) [١] .

فالارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية[٢]. ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد ، مابين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ أي التزام منهما قد يؤدي إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد[٣] . ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه . فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وإن لم تكن العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبني على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه[٤] .

---

(١) انظر في الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي : كاسان تعليقه في سيريه ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وفوران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها — أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (دريدا) — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١١ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٢ .

(٢) ولما كان الارتباط القانوني يتميز بهذه العلاقة التبادلية ، فقد كان الأفضل أن يطلق عليه « الارتباط التبادل » .

(٣) ومن ثم صار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس . وقد حصر التقنين المدني الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فجعل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قدمنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرى ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملا لجميع صور الارتباط القانوني فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعي أو المادي (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٤) . والتصوير الذي اختاره التقنين المدني المصري الجديد قريب من تصوير التقنين المدني الالماني ، فالمادة ٣٢٠ من التقنين الألماني تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لاتقصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعي (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٢) .

(٤) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس في هذه الحالة ، إذ كانت تجيز لكل من الطرفين « أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد =

وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلا ، فيقوم الارتباط على أساس هذا التبادل غير التعاقدى . ففى الفضالة — وهى ليست بعقد — التزامات الفضولى والتزامات رب العمل هى التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها ويجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزامات الطرف الآخر (١) . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ، فتكون علاقة تبادلية تعاقدية . ففى عقد الوديعة يلتزم حافظ الوديعة بردها إلى المودع ، وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الوديعة عليها من المصروفات أو بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الوديعة . ففى هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقدية نشأ عنها التزامان متقابلان : التزام برد الوديعة فى ذمة حافظ الوديعة ، والتزام برد المصروفات أو بالتعويض عن الضرر فى ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الوديعة أن يحبس التزامه برد الوديعة ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض من المودع . ويلاحظ هنا أمران : (أولهما) أن عقد الوديعة ليس مصدراً إلا لأحد الالتزامين المتقابلين وهو الالتزام بالرد فى ذمة حافظ الوديعة ، أما الالتزام الآخر — وهو الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتعويض — فمصدره الأثراء بلا سبب فى حالة المصروفات والعمل غير المشروع فى حالة التعويض. وهذا بخلاف العقد الملزم للجانبين ، فانه مصدر كل من الالتزامين المتقابلين اللذين ينشآن عن هذا العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، فى حالة الوديعة ، ما بين الالتزامين المشار إليهما ، مما حمل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتزامان المتقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانونى (٢) . (والأمر الثانى) أنه إذا

= الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً للقواعد العامة المقررة فى حق الحبس . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) .

(١) ومن العلاقات التبادلية التى لاتقوم على عقد أصلا علاقة الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور بعد انتهاء الحجر ، فيكون على الولى أو الوصى أو القيم أن يرد للمحجور ماتحت يده من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المال حتى يسترد المصروفات (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٩ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٩ ص ١٩٣) .

(٢) ويبدو أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين فى العقد الملزم لجانب واحد محل النظر، =

كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعى إذ نشأ التزام المودع برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الوديعة ، كما سنرى فى الارتباط الموضوعى ، وننتقل الآن إليه[1] .

فالارتباط الموضوعى أو المادى ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية هى أن الشيء المحبوس — والالتزام برده هو أحد الدينين — قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به (à l'occasion et en connexité) [2] الدين الآخر . فالحائز ، إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء الذى فى حيازته إلى المالك . وقد يصبح دائناً للمالك — بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية — بالمصروفات التى أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط المادى أو الموضوعى ما بين الدينين ، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذى يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ،

= فلكل التزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أى التزام منهما دون أن يوجد الالتزام الآخر . والظاهر فى الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً أو تبادلياً .

(١) والارتباط الموضوعى هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط القانونى كما سبق القول . انظر فى الأحوال التى يتحقق فيها الارتباط القانونى والارتباط المادى معاً : الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتى الوكالة والمقاولة . ولكن يلاحظ أن كلا من هذين العقدين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من الموكل والوكيل مصدرها عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدرها عقد المقاولة ، فالعلاقة التبادلية بارزة فى هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط القانونى أو التبادلى أكثر وضوحاً فيهما من الارتباط المادى أو الموضوعى .

(٢) هذه العبارة الفرنسية أدق فى أداء المعنى من العبارة التى وردت فى النص العربى المادة ٢٤٩ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد وقد جاءت على الوجه الآتى : « ... ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به » . فالعبارة العربية توهم أن أحد الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر . وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هى المستعملة فى المشروع التمهيدى نصه الفرنسى ، وبقى النص العربى للمشروع التمهيدى بعبارته غير الدقيقة ، التى انتقلت منه إلى النص النهائى للتقنين الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائى غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت بعبارة "à l'occasion" عبارة "ayant un rapport de causalité" ، وبذلك انتقل التحريف من النص العربى إلى النص الفرنسى ، وبعد أن كان النص العربى وحده هو المعيب ، شمل العيب كلا من النص العربى والنص الفرنسى (انظر فى هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ ص ١٩٠ هامش رقم ٣) .

ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض (١) .

أما إذا لم يقم ما بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى : فقد اختل الشرط الثانى للحق فى الحبس، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق . ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفى لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قدمنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف (٢) ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذى نقف عنده لإعطاء الدائن الحق فى الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) وللتمييز بين الارتباط القانونى والارتباط المادى أهمية من وجهين : (١) فى الارتباط المادى — فى صورة استرداد المصروفات — يحتج بالحق فى الحبس حتى على الغير الذى ثبت حقه قبل إنفاق المصروفات، لأن المصروفات قد أفادت الشيء فى ذاته فأفادت تبعاً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما فى الارتباط القانونى وفى الصور الأخرى للارتباط المادى فلا يحتج بالحق فى الحبس على الغير الذى ثبت حقه قبل ثبوت هذا الحق . (٢) فى الارتباط المادى يقتصر الحبس على الشيء ذاته الذى أنفقت عليه المصروفات أو نشأ منه الضرر . أما فى الارتباط القانونى فيشمل الحبس جميع الالتزامات التى على الدائن مادامت مرتبطة بالتزامات المدين، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع التمهيدى — وهذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة فى الحبس — تطبيقاً لهذا الحكم فى عقد المقاولة ، إذ نصت على أنه « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وإذا اجتمع النوعان من الارتباط كما فى الوديعة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منهما فيما يتفق مع مصلحته ، فيجوز لحافظ الوديعة أن يستند إلى الارتباط المادى ليحتج بحقه على الغير الذى ثبت حقه على الوديعة قبل إنفاق المصروفات، وأن يستند إلى الارتباط القانونى ليحبس كل ما فى يده للمودع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .

انظر فى ذلك : كاسان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويقول بذلك الأساتذة كولان وكابيتان ودى لاموراندير . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٣ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهى تقضى بأنه لا يحتج بالمقاصة فى استرداد المالك لملكه إذا كان هذا الملك قد اغتصب منه دون حق ، ولا فى استرداد الوديعة أو العارية . ويقولون أن هذا النص انما يستقيم إذا فهمت المقاصة على أنها الحق فى الحبس ، فلا يصح الحبس من المغتصب لملك الغير ولا ممن أؤتمن على وديعة أو عارية ، بل يجب على كل من المغتصب وحافظ الوديعة والمستعير أن يرد للمالك ملكه فوراً ثم يطالبه بعد ذلك بما له من الحقوق عنده . =

على أنه إذا لم يقم بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى على النحو الذى بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقان على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يحبس ما فى ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فانه لا يسرى فى حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص فى القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجارى الألمانى والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى السويسرى بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين .

٦٤ — كيف يستعمل الدائن الحق فى الحبس عند توافر شرطيه :

واستعمال الدائن الحق فى الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء . بل أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا ؛ وليس من الضرورى أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضاً حقيقياً ، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ . فاذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كلة تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه . وإذا تعذرت معرفة من هو البادىء فى عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بايداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين[1] .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس . فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه فى ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذاً كاملا أو نفذ تنفيذاً معيباً ،

= ويستخلصون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الغصب والوديعة والعارية — يجوز الحبس دون أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويكفى أن يكون هناك دينان متقابلان ، الطرفان فيهما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق فى الحبس (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ هامش رقم ٢ — قارن أنسيكلوبيدى دالوز ، لفظ Rétention فقرة ٣٦) .

(١) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٦ .

تم يتبين أن الجزء الذى لم ينفذ تافه إلى حد لا يعتد به أو أن العيب فى التنفيذ أمر غير ذى خطر[١] . ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أو بإهماله فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه نحوه . كما لا يصح للدائن أن يستعمل الحق فى الحبس إذا كان هو البادىء فى عدم تنفيذ التزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما فى ذمته من التزام . كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع فى أنها واجبة عليه ، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة فى الاشتراك هى محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها[٢] .

المبحث الثانى

تطبيقات على الحق فى الحبس

٦٤٥ — تطبيقات منصوص عليها فى القانون وتطبيقات غير منصوص عليها

ثروة التطبيقات الأولى : بعد أن وضع التقنين المدنى الجديد قاعدة عامة للحق فى الحبس على النحو الذى بسطناه ، اجتزأ بهذه القاعدة عن التبسط فى إيراد تطبيقات لهذا الدفع ، خلافا للتقنين المدنى السابق الذى اعتبر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل الحصر .

ومع ذلك فقد أورد التقنين المدنى الجديد بعض تطبيقات فى نصوص متفرقة ، نستعرضها هنا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق فى الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى الخاصة بالمادة ١٦١ مدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٣٣ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وهامش رقم ٤ — نقض فرنسى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ١٠٨ . وانظر آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش .

وفى كل طائفة من هذه التطبيقات — المنصوص عليها وغير المنصوص — نميز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى ، وأخرى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى[١] .

المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها فى القانون

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى

٦٤٦ — مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد : أهم النصوص التى تورد تطبيقاً للحق فى الحبس هو النص الذى يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من تطبيقات الحق فى الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين المدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به» .

وقد سبق أن تبسطنا فى شرح هذا المبدأ فى الجزء الأول من هذا الوسيط ، فنكتفى بالإحالة الى ذلك[٢] ، وننتقل الآن الى النصوص التى وردت فى التقنين المدنى كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ — حق البائع فى حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع فى الحال ، للبائع

---

(١) انظر الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٤١ — فقرة ٣٢٣ (فى التطبيقات التى تقوم على الارتباط القانونى أو التبادل) وفقرة ٣٢٤ — فقرة ٣٣٩ (فى التطبيقات التى تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى) .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ — وانظر : استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ — ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠–٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤–٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .

أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهنا أو كفالة، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ » . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وفى هذه النصوص تطبيق هام للحق فى الحبس متمثلا فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . فهناك دينان متقابلان تقابلا تبادليا ، دين البائع فى تسليم المبيع للمشترى ودين المشترى فى دفع الثمن للبائع . ودين المشترى دين حال — أو كان مؤجلا ثم سقط الأجل فأصبح حالا — فيكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالا ثم منح البائع المشترى أجلا بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع بمنحه المشترى هذا الأجل قد نزل عن حقه فى الحبس ، فيسقط حقه فى حبس المبيع ، إلا إذا اشترط غير ذلك، وعليه هو يقع عبء إثبات ما اشترط[1] .

وفى هذا التطبيق الخاص خرج المشرع على الأصل الذى سنراه يقرره فى الحق فى الحبس بوجه عام ، فلم يجز للمشترى أن يسقط حق البائع فى حبس المبيع إذا هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاعتبارات خاصة بالبيع ، فان المبيع نفسه مثقل بامتياز للبائع ، فليس البائع فى حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو فى حاجة إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً فى هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام الحق فى الحبس هو الحكم المتعلق بهلاك الشىء المحبوس فى يد الحابس ، فان كان الهلاك بفعله كان مسئولا عن التعويض، وإن كان بسبب أجنبى فهو على المالك ، والمالك هو المشترى[2] .

٦٤٨ — حبس المشترى فى حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ،

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٢ فى الهامش .

(٢) ذلك أن الملكية قد انتقلت إلى المشترى بالبيع . فان كان المبيع عقاراً ولم يسجل عقد البيع ، فالمشترى وإن لم تنتقل إليه الملكية يعتبر فى حكم المالك ، ويكون الهلاك عليه .

ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ٢ — فاذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ، مالم يمنعه شرط فى العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع » . وهذا تطبيق آخر للحق فى الحبس متمثلا فى الدفع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشترى ، وهو مدين بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جدية ، أو يكشف عن عيب فى المبيع . فى كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعوض عن العيب . فهذا دين فى ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذى فى ذمة المشترى بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أى حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشترى تعويضاً عن العيب .

ويلاحظ هنا أن الشىء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين فى ذمة الحابس نفسه يمتنع عن أدائه (١) .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع هنا رجع إلى تطبيق القواعد العامة فى الحبس ، عند ما أجاز للبائع أن يسقط حق المشترى فى حبس الثمن إذا هو قدم كفيلا .

٦٤٩ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة فى مواجهة كل من المؤجر والمشترى للعين

: نصت المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى على أنه « ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً فى حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ . ٢ — فاذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فان المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٤٧ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٣ — ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . وهذا تطبيق ثالث للحق فى الحبس متمثلا أيضاً فى الدفع بعدم تنفيذ العقد .. ذلك أن المؤجر قد التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أخل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا ينفذ الإيجار فى حقه ، فوجب عليه التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما لأنهما نشآ معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل : دين المؤجر أن يدفع تعويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشترى . فيجوز إذن للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفى التعويض . وهذا الحق فى الحبس ليس نافذاً فحسب فى حق المؤجر ، بل هو نافذ أيضاً فى حق الخلف الخاص للمؤجر وهو المشترى للعين المؤجرة (١) . فيجوز إذن للمستأجر أن يبقى حابساً للعين المؤجرة حتى فى مواجهة المشترى ، إلى أن يستوفى التعويض إما من المؤجر ، وإما من المشترى نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشترى أن يتعجل تسلم العين التى اشتراها (٢) .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة فى الحبس ، عند ما يسقط حق المستأجر فى حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشترى ، على تأمين كاف للوفاء بالتعويض المستحق له .

---

(١) ولكننا سنرى أن الحق فى الحبس لا يحتج به على الخلف الخاص إذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس . ولما كان المشترى للعين المؤجرة خلفاً خاصاً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس — لأن حق المستأجر فى التعويض فالحبس لم يثبت إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع ، فحق المشترى على العين الثابت بعقد البيع سابق على حق المستأجر فى الحبس — فقد كان الواجب ، طبقاً للقواعد العامة ، ألا يحتج المستأجر بحقه فى الحبس على المشترى ، وإنما يحتج به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً فى القانون — المادة ٥٦٣ سالفة الذكر — هو الذى جعل الحق فى الحبس هنا نافذاً استثناء فى حق المشترى . ويذهب جوسران (جزء ٢ فقرة ١٤٦٩) إلى أن الحق فى الحبس يجوز الاحتجاج به على الخلف الخاص ولو كان حقه متقدماً على الحق فى الحبس ، ومن ثم يجعل نفاذ حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة على المشترى مجرد تطبيق لهذه القاعدة ، لا استثناء منها تقرر بنص خاص .

(٢) ويرجع المشترى على المؤجر بما دفعه من تعويض للمستأجر ، إذا كان لهذا الرجوع مقتض فى العلاقة ما بين المشترى والمؤجر .

٦٥٠ — من المستأجر فى حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض بسبب انهاء الايجار قبل انقضاء مدته : نصت المادة ٦٠٨ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلا . ٢ — فاذا كان المؤجر هو الذى يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كاف » . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعى للحق فى الحبس . والدينان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر فى إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر فى رد العين إلى المؤجر . فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى حقه فى التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق . وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٥١ — من الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ويكون ذلك (أى الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . وهذا هو التطبيق الرئيسى للحق فى الحبس القائم على الارتباط المادى أو الموضوعى .

ويجب الرجوع ، فى تحديد الدينين المتقابلين فى هذا التطبيق ، إلى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتى : « ١ — على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية . ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ » .

وهاتان المادتان المشار إليهما فى آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذى أنفق مصروفات نافعة على العين التى حازها كان حسن النية ، أى كان يعتقد عند ما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سيء النية . فاذا كان حسن النية ، كان له أن ينزع ما أحدثه فى العين أو يبقيه ، ويخير المالك فى حالة الإبقاء بين أن يرد للحائز المصروفات التى أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدنى) . أما إذا كان سيء النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحدثه الحائز فى العين على نفقة الحائز مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يستبقيه ويخير فى هذه الحالة بين دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدنى) . ونرى من ذلك أن الحائز[1]، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردها جميعاً من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سيئها . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فان كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة فى ثمن العين بسببها . وإن كان سيء النية ، كان على المالك أن يرد له أقل القيمتين ، الزيادة فى ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث فى العين مستحق الإزالة . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيم سالفة الذكر فى نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين[2] . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما فى حيازة الدائن المرتهن للعين التى ارتهنها رهن حيازة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ،

---

(١) والحائز يجب أن يفهم بمعنى واسع : فهو الحائز الذى يضع يده على العين كالمالك (possesseur) ، والمحرز الذى يحوز العين حيازة مادية (détenteur) دون أن يضع يده كالمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهن حيازة . وقد صرحت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بملك حين قالت : « ... لحائز الشيء أو محرزه ... » .

(٢) هذا ما لم يكن الحائز حسن النية قد اختار نزع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو اختار المالك تمليك العين للحائز حسن النية نظير تعويض عادل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز سيء النية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سيء النية نزع ما استحدثه ولم يختر المالك استبقاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

وقد يكون العمل غير المشروع كما لو اغتصب الحائز العين من مالكها أو سرقها أو استولى عليها وهى ضائعة ، وقد يكون القانون كما فى حيازة الوصى لأعيان القاصر فانه يجب عليه ردها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . فنى هذه الأحوال — عدا حالة ما إذا كان التزام الحائز بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كما سبق القول — تتوافر شروط نشوء الحق فى الحبس ، إذ يوجد دينان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالدين برد المصروفات قد نشأ بمناسبة العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذى تقدم ذكره(١) .

وقد قام خلاف ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، فيما إذا كان الحائز سيء النية له الحق فى حبس العين(٢) . فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ،

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠١ .

(٢) وكان الرأى الراجح هو أن للحائز سيء النية الحق فى حبس العين (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ — الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٣ ص ٢٤٩) . انظر عكس ذلك وأن الحائز سيء النية ليس له الحق فى الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما فى فرنسا فالفقه منقسم : فمن الفقهاء من لا يجعل الحق فى الحبس إلا للحائز حسن النية ، فينكر هذا الحق على الحائز سيء النية ، مترسماً فى ذلك أثر القانون الرومانى وتقاليد القانون الفرنسى القديم (توليه ٣ فقرة ١٣٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٨٢ — تروولونج ١ فقرة ٢٦٠ — جيلوار فى حق الحبس فقرة ٧١) . ومن الفقهاء من يجعل الحق فى الحبس للحائز حسن النية وللحائز سيء النية على السواء (ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠ — بلانيول ٢ فقرة ٢٥٢٤) . وعند الفقهاء الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين الدينين لإثبات الحق فى الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلا مشتركاً للدينين ، لا يجوز استعمال الحق فى الحبس لا للحائز سيء النية ولا للحائز حسن النية (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — لوران ٦ فقرة ١٨١ وما بعدها و ٢٩ فقرة ٢٩٨ — بودرى وشوتو فقرة ٣٦٧) . أما القضاء الفرنسى فينكر الحق فى الحبس على الحائز سيء النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ٢٧٩ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٤ — ١ — ٢٤١ — ١٣ يوليه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٢) . ويلتقد جوسران هذا القضاء ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيء النية تعويضاً أصلا ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق فى الحبس لضمان هذا التعويض ، وليس حتما أن يكون الحائز سيء النية شخصاً فاسد الذمة ، فالمستأجر للعين والشريك فى الشيوع كلاهما حائز سيء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالارتباط هو هو قائم ما بين الدينين (جوسران ٢ فقرة ١٤٧٥) .

إذ أعطى الحق فى الحبس للحائز مطلقاً ، حسن النية كان أو سيء النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحائز سيء النية أقل من التعويض المستحق للحائز حسن النية على الوجه الذى تقدم بيانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : «فاذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة» . ونرى من ذلك النص أن الحائز ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كمالية ، فليس له أن يتقاضى عنها تعويضاً . وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من منشآت على نفقته ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن تعذر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . وللمالك أن يلزمه بنزع ما استحدثه على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتض . وللمالك أيضا أن يستبقى ما استحدثه الحائز ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمته مستحق الإزالة . ونرى - وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم يتناول نصها هذه الحالة - أن المالك إذا استبقى ما استحدثه الحائز فى مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط المادى قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يغلب فى المصروفات الكمالية أن تنزع أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات النافعة [1] .

---

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من التقنين المدنى على أنه « إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق ، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات ، فإن له أن يطالب بها المسترد » . ويفترض هذا النص أن الحائز الحالى ليس هو نفسه الذى أنفق المصروفات ، بل الذى أنفقها هو المالك الظاهر أو الحائز السابق الذى انتقلت منه إليه الحيازة ، فله أن يسترددها - على النحو المبين فيما سلف - من المالك الحقيقى عندما يسترد هذا ملكه . وعندئذ يجوز للحائز الحالى أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من المالك ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

ونصت المادة ٩٨٢ من التقنين المدنى على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة ...». فاذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد الدائن حقه فى حبس العين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا فى دين حال كما قدمنا . ويفارق التقسيط الممنوح من القاضى الأجل الذى يمنحه القاضى فى الحالات العادية (délai de grâce) — وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا — فى أن الغرض المقصود بالتقسيط هو ألا يرهق المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فقسط عليه التعويض تيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويبقى الحائز حابساً له حتى يستوفى القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا التقسيط الذى يمنحه القاضى مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة للحبس تسقط الحق فيه إذا قدمت هذه الضمانات . فللمالك إذن أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذى فى ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية للوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ — حق صاحب العلو فى حبس السفل بعد أن يعيد بناءه : وهذه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التى أنفقت كانت ضرورية ، لا فى حفظ الشىء ، بل فيما هو أبعد مدى من ذلك : فى إنشاء الشىء مرة أخرى . فاذا كان هناك بناء ، له صاحب للعلو وصاحب للسفل ، وانهدم ، وجب أن يبدأ صاحب السفل فى إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من إعادة بناء علوه . فاذا امتنع صاحب السفل من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفل ، وله أن يحبس السفل حتى يستوفى حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من التقنين المدنى على هذا الحكم فى العبارات الآتية : « ١ — إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فاذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ — وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى

والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » .

ويلاحظ أن الحق فى الحبس هنا قد يقترن ، باذن من القاضى ، بأن ينتفع الحابس بالعين المحبوسة أو بأن يستغلها حتى يستوفى حقه من ثمرتها ، وهذا استثناء من القواعد العامة للحق فى الحبس ، كما سنرى ، تبرره ظروف الحالة التى نحن بصددها .

المطلب الثانى

تطبيقات غير منصوص عليها فى القانون

٦٥٣ - تطبيقات نذكرها على سبيل الحصر: ولما كانت القاعدة العامة فى الحبس الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أغنت المشرع فى التقنين المدنى الجديد عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد اقتصر هذا التقنين على التطبيقات التشريعية التى أسلفنا ذكرها ، وترك الباقى للقاعدة العامة . فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيكتفى فيها باعمال القاعدة العامة ، وغنى عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل الحصر ، إذ توجد تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويكفى فيها تطبيق القاعدة العامة فى الحبس .

ونترك جانباً حق الحبس فى رهن الحيازة ، فهذا قد نظمه القانون (١) . وهو يختلف عن الحبس الذى نحن بصدده فى أنه يقترن بحق عينى هو حق الرهن ، ومكان دراسته فى الرهن الحيازى . كذلك نترك جانباً حقوق الامتياز التى تقوم على فكرة الرهن ، فترتب حقاً فى الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق امتياز المؤجر (٢) وحق امتياز صاحب الفندق (٣) ، فهذه مكان دراستها فى حقوق الامتياز .

---

(١) انظر بنوع خاص المادة ١١١٠ من التقنين المدنى .

(٢) انظر المادتين ٥٨٩ و١١٤٣ من التقنين المدنى .

(٣) انظر المادة ١١٤٤ من التقنين المدنى .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى وتطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى .

§ ١ — تطبيقات تقوم على الارتباط القانونى أو التبادلى

٦٥٤ — حق المؤجر فى حبس العين المؤجرة وحق المستأجر فى حبس الأجرة

: فى عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفيها[1] . وهذا تطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، أى للحق فى الحبس ، لم يرد فيه نص وليس فى حاجة إليه .

والذى يقف النظر عنده فى هذا التطبيق أن العين المحبوسة هى ملك للدائن الحابس ، فالمؤجر يحبس العين التى آجرها وهى فى الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق فى الحبس ، يبدو غير مستقيم فى عهد التقنين المدنى السابق الذى كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لايكون له حق عينى على ملك نفسه غير حق الملكية[2] . أما فى التقنين المدنى الجديد ، حيث الحق فى الحبس لايعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يحبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشترطاً تعجيل الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة للتحسينات التى استحدثها:

نصت المادة ٥٩٢ من التقنين المدنى على أنه «١ — إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ (فى عهد التقنين المدنى السابق كتطبيق لمبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد) .

(٢) إلا فى حالات خاصة ، كالحائز للعين المرهونة (tiers détenteur) عندما يحل محل الدائن المرتهن فى العين المرهونة ، فيكون له حق رهن على ملك نفسه .

أو ما زاد فى قيمة العقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فاذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض . ٣ - فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بعلم من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضته . فنى الحالة الأولى يخير المؤجر فى أن يدفع للمستأجر إما ما أنفقه هذا فى التحسينات وإما ما زاد فى قيمة العقار بسببها ، وللمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفى الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض إن كان له مقتض ، وبين استبقاء هذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما . فاذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ما له فى ذمة المؤجر . فاذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً للفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق فى حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه فى حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات للحائز على أقساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢[1] .

٦٥٦ - حق المتقايض فى حبس ما قايض به: فى عقد المقايضة يلتزم كل من المتقايضين أن يسلم للآخر الشىء الذى قايض به ، وتسرى على المقايضة أحكام البيع (م ٤٨٥ مدنى) . فيجوز إذن لكل من المتقايضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ، أن يحبس الشىء الذى قايض به حتى يقبض الشىء الذى قايض عليه . ولما كانت أحكام البيع تسرى على المقايضة ، فان الأحكام المتعلقة

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

حبس البائع للمبيع ، وقد تقدم ذكرها ، تنطبق هنا[1] .

٦٥٧ - حبس الواهب في حبس الهبة وحبس الموهوب له في حبس العوض: نصت المادة ٤٩٧ من التقنين المدني على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة » . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العوض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

٦٧٥ - حبس المقاول في حبس العمل وحبس رب العمل في حبس الأجرة : نصت المادة ٦٥٦ من التقنين المدني على أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام المقاول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز اذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[2] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقه من المتعاقد الآخر[3] .

---

(١) ويمكن القول بأن حق المتقايض في حبس ما قايض به ورد فيه النص الخاص بحبس البائع للمبيع (م ٤٥٩ مدني) ، إذ أن المادة ٤٨٥ مدني تنص على أنه « تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه » .

(٢) وقد كان المشرع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجري ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : « إذا كان العمل متعلقاً بمنقول ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمقاول أن يحبس هذا المنقول وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفي أجره » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة في حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٤٧ هامش رقم ١) ، كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٦٤٣ في الهامش) .

(٣) انظر في عهد التقنين المدني السابق ، وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : مصر الكلية الوطنية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

٦٥٩ — حق الموكل فى حبس الأجرة والتعويض وحق الوكيل فى حبس ما للموكل فى ذمته : نصت المادة ٧١٠ من التقنين المدنى على ما يأتى : «على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة». ونصت المادة ٧١١ على أن «يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً». ونصت المادة ٧٠٦ على أنه «١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر». فهذه التزامات متقابلة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصدرها جميعاً عقد واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة[1]. فيجوز إذن، تطبيقاً لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[2]، لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من المتعاقد الآخر[3].

٦٦٠ — حق المستعير فى حبس العارية وحق المعير فى حبس ما فى ذمته للمستعير : نصت المادة ٦٣٧ من التقنين المدنى على أنه : «١ — إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على شىء أثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ — أما المصروفات النافعة فتتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يحوز الشىء وهو سيىء النية». ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتى : «ولا ضمان عليه (على المعير) كذلك فى العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشىء منه، لزمه تعويض المستعير

---

(١) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «للوكيل الحق فى حبس الأشياء التى يملكها الموكل وتكون فى يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته» . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة «لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ٢١٩ هامش رقم ١) .

(٣) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق وكتطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد : استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٢١ .

عن كل ضرر يسببه ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه « متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذى تسلمه بالحالة التى يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف » . فهذه أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المعير أن يعوض المستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين فى النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[1] ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، وبوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفى ما فى ذمة المعير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

٦٦١ — حق حافظ الوديعة فى حبسها وحق المودع فى حبس ما فى ذمته

لحافظ الوديعة: نصت المادة ٧٢٥ من التقنين المدنى على ما يأتى : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشيء ، وعليه أن يعوضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة » . ونصت المادة ٧٢٢ على أنه « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء فى أى وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » . فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعوض حافظ الوديعة عن المصروفات وعما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٨٥٥ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧٣ هامش رقم ١) .

٦٦٢ — الحبس فى حالة ابطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢ من التقنين المدنى على أنه « ١ — فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ — ومع ذلك لايلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد » . ونصت المادة ١٦٠ على أنه « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . فى جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص [١] ، أن يحبس ما فى يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له فى يد هذا الطرف [٢] .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٤٦٨ من التقنين المدنى ، فى بيع ملك الغير ، على أنه « إذا حكم للمشترى بابطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فيجوز إذن للمشترى أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفى هذا التعويض [٣] . ونصت المادة ٥٠٣ ، فى الهبة ، على أنه « ١ — يترتب على الرجوع فى الهبة بالتراضى أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ماتسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة « لأنها تطبيق للقاعدة العامة فى حق الحبس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ هامش رقم ١) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ فى الهامش) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق كتوسع فى حق البائع فى حبس المبيع : مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(٣) على أن الحبس فى هذه الحالة يكون فى مواجهة البائع لملك الغير ، لا فى مواجهة المالك الحقيقى . وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون الحبس لاسترداد الثمن إلا فى مواجهة البائع ، وهذا يقتضى أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن =

كأن لم تكن . ٢ — ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية ، أما المصروفات النافعة فلا يجاوز فى الرجوع بها القدر الذى زاد فى قيمة الشيء الموهوب » . ويتبين من ذلك أن الموهوب له ، بعد الرجوع فى الهبة ، يلتزم برد الشيء الموهوب مع ثمراته ، ويلتزم الواهب برد المصروفات التى أنفقها الموهوب له ، وكل ذلك على الوجه المبين فى النص . فيجوز لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يتقاضى ما له من حقوق ، ويجوز بوجه خاص أن يحبس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفقه من المصروفات .

٦٦٣ — الحبس فى حالة الفضالة : نصت المادة ١٩٣ من التقنين المدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به » . ونصت المادة ١٩٥ على أن « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . ويتبين من ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين الفضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها ببعض ، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية . فالفضولى يلتزم برد

= التسليم تجوزا للمشترى بحق حبس العقار المبيع إذا فسخ عقده حتى يستوفى ماقدمه من ثمن ، قياساً على حق البائع فى الحبس ، يجب ألا يخرج عن الحالة التى يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية إلى البائع ، فبذلك لايكون ثمة شذوذ فى الأوضاع القانونية أو تناقض مع المنطق السليم ، بعكس ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يعيد الملكية إلى البائع ، وإلا أدى القول بذلك إلى أن يبيع الشخص ملك غيره ، فينزعه المشترى من المالك الحقيق ويحبسه حتى يستوفى ثمنه (٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذى تقدمت الإشارة إليه فى الهامش السابق) .

وسنرى فيما يلى (انظر فقرة ٦٧٤ الهامش) أن المالك للعين المحبوسة لايحتج عليه بالحبس إذا لم يكن هو المدين المحابس .

ما استولى عليه بسبب الفضالة وبتقديم حساب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بتعويض الفضولى عن التعهدات التى التزم بها وعن النفقات التى سوغتها الظروف وعن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من الطرق الأخر(١) .

§ ٢ — تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى

٦٦٤ — الحبس فى حالات الانتصاب : سبق الكلام فى حق الحائز فى حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات(٢) . فاذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدنى ببيان الحكم فى ذلك ، مميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية . فاذا كان حسن النية ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا كان الحائز سيء النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، أو أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض . ففى الحالات التى يستبقى فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك دينان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التى اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ — هذا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التى اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفى منه الثمن والعمولة (بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامى أن يحبس عن موكله أوراق القضية حتى يستوفى أتعابه ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسى ، أن يحبس أيضاً عن الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ داللوز ٧١ — ١ — ٤٠) . ولكن المادة ٢٩ من قانون المحاماة (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) فى مصر لا تبيح للمحامى أن يحبس عن موكله ما عهد به إليه من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفى ماله من أتعاب . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التى ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة فى الحبس ، فنكتفى بما قدمناه .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٥١ .

من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه التعويض المستحق .

٦٦٥ — **حبس المشترى للعين المؤجرة** : نصت المادة ٩٤٦ من التقنين المدنى على أنه « ١ — إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ — وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس » . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشترى بنى أو غرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . ففى الحالة الأولى يكون المشترى حسن النية ، فله الخيار فى أن يسترد من الشفيع إما المبلغ الذى أنفقه فعلا أو ما زاد فى قيمة العقار . وفى الحالة الثانية يكون المشترى سيء النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متقابلة مترابطة ترابطاً مادياً ، فعلى المشترى أن يرد العين المشفوع فيها إلى الشفيع ، وعلى الشفيع أن يرد إلى المشترى فى مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر . فيجوز إذن للمشترى ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوع فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

٦٦٦ — **حبس المشترى فى منقول مسروق أو ضائع** : نصت المادة ٩٧٧ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ — فاذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له

الثمن الذى دفعه» . ويتبين من هذا النص أن من يشترى بحسن نية شيئا مسروقا أو ضائعا فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله لايلزم برد الشيء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد المشترى الثمن الذى دفعه . وليس بين المشترى والمالك أية علاقة غير حيازة المشترى للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشترى دائنا باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشيء الذى يجب عليه أن يرده للمالك. ومن ثم وجد ارتباط مادى أو موضوعى ما بين التزام المشترى برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد الثمن إلى المشترى ، فيجوز إذن للمشترى ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص[1] ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه الثمن[2] .

٦٦٧ — حق المنتفع فى حبس العين : نصت المادة ٩٨٩ من التقنين المدنى على أن «١ — المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة . ٢ — أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ماأنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع» . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة فى العين المنتفع بها تكون على المالك لاعلى المنتفع ، فاذا قام المنتفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان ترابطا ماديا : التزام المنتفع برد العين المنتفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المنتفع فى التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمنتفع ، طبقا لقاعدة الحبس

---

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يتضمن معنى الحبس ، فقد ورد فيه أن للمشترى أن يطلب من المالك « أن يمهل له الثمن الذى دفعه » . فتمهيل الثمن يفيد أن المشترى يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفى الثمن (انظر الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ هامش رقم ١) .

(٢) انظر فى عهد التقنين المدنى السابق : بنى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١٧ ص ١٢١ .

ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المنتفع بها حتى يستوفى حقه من المالك (١) .

الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الحق فى الحبس

٦٦٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدنى على ما يأتى:

« ١ — مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه » .

---

(١) انظر خلافاً فى الرأى فى فرنسا فى بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤١ . والقضاء فى فرنسا لا يسير فى حق الحبس إلى مداه المنطقى . فقد رأيناه ينكر هذا الحق على الحائز سىء النية (انظر آنفا فقرة ٦٥١ فى الهامش) . وهو ينكر أيضاً هذا الحق على الحائز للعقار المرهون ، إذا نزعت ملكيته ، ضماناً للمصروفات التى أنفقها ، وذلك لكيلا تتعطل دعوى الرهن (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢ — ١ — ١٦٨ — محكمة بوردو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٦ — ٢ — ٤٠٩ — تولون ٣ فقرة ٨٣٦ — ديرانتون ٢٠ فقرة ٢٧٢ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة — بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ — كولان وكابيتان وموراندير ٢ فقرة ١٤٨٢ — وانظر عكس ذلك فى أن لحائز العقار المرهون الحق فى الحبس : ديمولومب ١ فقرة ٦٨٢ — بيدان ١ فقرة ٢٥٠) . أما فى مصر فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدنى على ما يأتى : « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته وفى تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها إجراءات التطهير » . ويبدو أن للحائز حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقا لقاعدة الحق فى الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ — ومع ذلك انظر : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢) . كذلك يوجد خلاف فى فرنسا فى حق الوارث الظاهر فى أن يحبس ما فى يده من أعيان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقى منه هذه الأعيان ؛ فللوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقى بما دفعه من ديون التركة ، وله حق الحبس عند الفقهاء الذين يكتفون بقيام الارتباط مابين الدينين ، وليس له هذا الحق عند الذين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك (انظر فى هذه المسألة بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٣) . أما فى مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق فى الحبس ، دون حاجة إلى نص خاص ، لقيام الارتباط المادى مابين الدينين .

«٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته» .

«٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه»[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام كان معمولا بها فى جملتها دون نص ، إلا مايتعلق بالفقرة الثالثة التى تنص على حالة من أحوال الحلول العينى ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص فى عهد التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٨ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥٠ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى ٢٧٤[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - ليس لمن حبس شيئاً وفقاً للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن رهن حيازة . ٢ - إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للاجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه» . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد فى المشروع التمهيدى يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر فى حق الدائن المرتهن حيازة ، وقد رؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تعديلا لفظياً جعله أدق فى أداء المعنى ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٨ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٣ (متفقة فى الحكم مع نص التقنين المدنى المصرى ، ولا يوجد إلا بعض خلاف لفظى — وانظر فى شرح المادة الدكتور حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٤) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٥٠ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٤ : « أن حق الحبس ، مع مراعاة الحالة الخاصة -

والنص الذى نحن بصدده ، وكذلك النص التالى الذى يبين أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، إنما يعرضان للحالة التى تحبس فيها عين معينة بالذات فى دين مرتبط بها ارتباطا قانونيا أو ارتباطا ماديا . أما إذا كان الشىء المحبوس ليس عينا معينة بالذات ، فقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد هى التى تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها فى الجزء الأول من هذا الوسيط[1] . ونقتصر هنا على الحالة التى يكون فيها الشىء المحبوس عينا معينة بالذات . فالحابس للعين ، بمقتضى حبسه لها ، تتقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، نتولى الآن بسطها .

المبحث الأول

حقوق الحابس للعين

٦٦٩ — علاقة الحابس بالمالك وعلاقته بالغير : نميز — فى بسط حقوق الحابس للعين — بين علاقة الحابس بمالك العين وهو عادة المدين الذى تحبس العين فى دينه ، وعلاقة الحابس بالغير .

المطلب الأول

علاقة حابس العين بمالكها

٦٧٠ — حبس العين عن مالكها : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق فى حبس العين ، أصبح للدائن الحق فى حبس هذه العين عن

= المتقدم ذكرها (استرداد حيازة العين إذا نزعت خفية أو بالعنف)، لا يمنع صاحبه حق التتبع ولا حق الأفضلية ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، بمعنى أن الحابس يحق له أن يرفض التخلى عن الشىء أيا كانت شخصية المعارض » . (ويتفق التقنين اللبنانى مع التقنين المصرى فى الحكم ، وإن اختلف فى اللفظ — انظر فى هذا المعنى الدكتور صبحى المحمصانى فى آثار الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ١٥ — ص ٥٢) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ — فقرة ٥٠٣ .

مالكها[١] ، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما فى ذمته من الدين للحائز .

وتبقى العين محبوسة فى يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حقه[٢] . فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التى قررها له القانون والتى سبق بيانها (م ٩٨٠ مدنى) . ذلك أن الحق فى حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible)[٣] ، شأنه فى ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفى الحائز جزءاً من الدين ، فان الحائز يبقى حابسا للعين كلها حتى يستوفى الباقى بأكمله[٤] ، ولو أن الدين الذى فى ذمة المالك انقسم على ورثته بعد موته - وهذا لا يقع فى

---

(١) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إعذار كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٦٤٤ - استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه ، ثم قررت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك فى التقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) .

(٢) أو يعرضه المدين عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم بصحته (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٤) . ولا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن فى خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) . على أنه إذا كان حق الدائن غير معلوم المقدار ، جاز للمدين أن يطلب من القاضى الإذن له فى إيداع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضى ، على ذمة الدائن يفى بحقه عند تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجبار الحابس على التسليم (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ - وانظر آنفا فقرة ٦٤٢ فى الهامش) .

(٣) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٢٦ - ولو أن الصانع تسلم الخامات من رب العمل . وصنع بعضها وسلمه إليه قبل أن يتسلم أجره ، =

الفقه الإسلامى وإنما يقع فى القانون الفرنسى — فان الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه فى الدين . على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف فى استعمال حقه فى الحبس ، فلو أن الباقى من الدين كان جزءاً قليلا تافها ، كان من التعسف كما قدمنا أن يبقى حابسا للعين كلها فى هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقى من الدين[1] .

وما ذكرناه فى حق المالك يسرى فى حق ورثته ، فللحائز حبس العين فى مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفى كل حقه[2] . وكذلك ينتقل الحق فى الحبس من الحائز إلى ورثته ، فلو مات الحائز كان لورثته حبس العين إلى أن يستوفوا حقهم الذى انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ — لا يعطى الحبس بمجرده حق امتياز للحابس : على أن حبس العين على النحو المتقدم لا يجعل للحابس حق امتياز عليها ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز عليه[3] » .

= فإن له أن يحبس الباقى حتى يستوفى كل الأجر ، ويدخل فى ذلك الأجر عن الجزء الذى سبق له تسليمه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ — ١٦٣ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٦٠٧) .

(١) انظر آنفا فقرة ٦٤٤ — ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة إذا كان واضحا أن الباقى من الدين جزء تافه لا يستحق الحبس من أجله ، أو كان واضحا أن الدين الذى حبست العين فيه ليس بجدى ، أن يقضى برد العين إلى صاحبها (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ هامش رقم ٤) . ويجوز أيضا ، إذا تيسر ذلك ، أن يستبقى الحائز جزءاً من العين يتناسب مع الجزء الباقى من الدين محبوسا فى يده . ويجب على كل حال التفريق بين الالتزامات الأساسية التى كانت سبباً حافزاً للتعاقد وهذه هى التى يجوز الحبس من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وهذه لا يحل الحبس فيها ، فإذا تعهد المؤجر بحرث الأرض ولم ينفذ تعهده ، لم يجز للمستأجر الامتناع عن سداد الإيجار (الفيوم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٤ ص ١١١٨) . وتقضى المحاكم فى فرنسا بأن المهندس أو المحامى الذى يحبس مستندات لعميله ، ويكون من الضرورى تقديم هذه المستندات للدفاع عن مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات إلى أمين يستخدمها لمصلحة العميل ، ثم يردها ثانية إلى من تسلمها منه (نقض فرنسى ١٩ يوليه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ٩ — ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١١ وهامش رقم ٥) .

(٢) بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

وهذا هو الجوهرى فى الحبس ، فهو ليس بحق عينى كما قدمنا . على أنه حتى لو كان حقاً عينيا - كما كان فعلا فى التقنين المدنى السابق - فانه بمجرده لا يجعل للحابس حق امتياز[1] . ويترتب على ذلك أن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه ، فانما ينفذ عليها كدائن عادى لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين فى الثمن ويقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء . وهو متى أقدم على بيع العين جبراً فى دينه ، فقد نزل عن حقه فى الحبس ، لأنه لا يستطيع - وهو الذى طلب البيع - أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذى رسا به المزاد يستوفى منه ، هو وسائر الدائنين كما قدمنا ، الحق الذى له[2]

ولكن إذا بقى الحائز حابسا للعين ، ولم ينفذ عليها ، فان حقه فى الحبس يبقى قائما ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد . فى جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز فى حبس العين قائما فى مواجهة المشترى من المالك أو فى مواجهة الراسى عليه المزاد[3] ، على تفصيل سيأتى بيانه عند الكلام فى علاقة الحابس بالغير . ولا يبقى إلا توفية الحابس حقه كاملا إذا لم يكن هو الذى نفذ على العين ، وينتهى الحق فى الحبس فى هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التى ينتهى إليها حق الامتياز[4] .

---

(١) ولكن يلاحظ أنه من الجائز أن يكون الدين الذى حبست فيه العين له أيضا حق امتياز بموجب القانون ، كما هى الحال فى امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وكما هى الحال فى امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو فى إعادة تشييدها أو ترميمها أو فى صيانتها (م ١١٤٨ مدنى) . فى مثل هذه الأحوال يتقدم الحابس على سائر الدائنين ، ولكن لا بمقتضى حقه فى حبس العين ، بل بمقتضى ما أثبته له القانون من حق الامتياز .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) — وقارن : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ . وانظر : الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم -

٦٧٢ — حبس الثمرات : وإذا كانت العين المحبوسة تنتج غلة أو ثمرات، فليس للحائز إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها فى ذلك شأن العين نفسها[١] . وسنرى فى واجبات الحابس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فاذا باع الحابس الغلة للتنفيذ عليها ، فقد حقه فى حبسها ، كما رأيناه يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للحائز استئذان القاضى فى بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفى حقه [٢] . ولكن لا يتقدم فى هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التنفيذ عليه بحقه. ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحابس الثمرات استيفاء لحقه وفى هذه الحالة يقاسمه الدائنون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضى لأنها معرضة للتلف وفى هذه الحالة يبقى حابساً للثمن الذى يقوم مقام الثمرات ، فاذا ما نفذ على الثمن وهو محبوس فى يده زاحمه الغرماء [٣] .

= السابق الإشارة إليه) — استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٥ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢٠ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة موقتة تنتهى أما إلى إذعان المدين ودفعه الدين كاملا للحابس ، وأما إلى تخلى الحابس عن الحبس للتنفيذ على العين المحبوسة . وقد تنتهى إلى المطالبة بفسخ العقد ، وهذه هى حالة نهائية لا موقتة . وقد يتخلف عن الحبس أثر دائم كما فى العقد الزمنى أو المستمر (contrat successif) ، فإن شركة النور مثلا إذا وقفت تنفيذ التزامها فقطعت النور عن المستهلك مدة من الزمن كان لهذا أثر دائم لا سبيل إلى الرجوع فيه (بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ٦١٢) .

(١) وتبقى الثمرات والغلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستعمال لأنه يتعارض مع الحق فى الحبس . وتعتبر العين وغلتها داخلة فى الضمان العام لدائنى المالك ، فيجوز ، كما قدمنا ، لأى دائن التنفيذ بحقه عليها ، بشرط ألا يخل بالحق فى الحبس (بيدان وفواران فقرة ٢٨٢ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٢ ص ٥٩٩ — ص ٦٠٠) .

(٢) قياساً على بيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتى (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩) .

(٣) ويختلف المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحابس . فالمرتهن يستثمر العين المرهونة استثمارا كاملا ، وما يحصل عليه من صافى الريع يخصم من الدين المضمون بالرهن

المطلب الثانى

علاقة حابس العين بالغير

٦٧٣ - **الدائنون العاديون** : رأينا فيما قدمنا أن ورثة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس فى حقهم كما كان يسرى فى حق المالك مورثهم . أما الدائنون العاديون للمالك فهؤلاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس فى حقهم أيضاً كما يسرى فى حق المالك . فلو أن دائناً عادياً للمالك - أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق فى الحبس أو متقدما على هذا التاريخ[1] - أراد أن ينفذ بحقه على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً فان الحائز يستبقى حقه فى الحبس فى مواجهة هذا الدائن وفى مواجهة المشترى الراسى عليه المزاد - وهو أيضا يعتبر من الغير - إلى أن يستوفى حقه كاملا[2] . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق فى الحبس أهميته ، إذ كان أى دائن للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه فى الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق فى الحبس فى مواجهة الدائن العادى . وقد يؤدى ذلك من الناحية العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملا قبل سائر الدائنين[3] ، ولكن ليس للحائز من الناحية القانونية ، كما سبق القول ، أى امتياز على العين المحبوسة .

= ولو لم يكن قد حل أجله ، حل أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشىء وفى الإصلاحات ، ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين (م ١١٠٤ مدنى) .

(١) حتى لو شهر إفلاس المالك ومثل السنديك الدائنين ، فإن الحق فى الحبس يكون نافذاً فى مواجهة الدائنين والسنديك الذى يمثلهم (انظر المادة ٤٠٩ فقرة ٢ مدنى ، وهى تنص على حق البائع فى حبس المبيع ، ولو لم يحل لأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل بسبب شهر إفلاسه أو إعساره . فالبائع هنا يحبس المبيع عن دائنى تفليسة المشترى : الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ص ٦٠١ هامش رقم ٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ - ص ١٦٤ .

(٣) قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ .

٦٧٤ — الخلف الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة من المالك ، أو انتقل إليه منه حق عينى على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يعطل حق المالك فى التصرف فى ملكه فله أن يبيع العين وهى محبوسة فى يد الحائز ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فاذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فان المشترى من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فان كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائز الحق فى حبس العين ، لم يسر هذا الحق فى مواجهتهم ، فان حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائز إذن أن يحبس عنهم العين . وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين [1] ، فان هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس ، ويستطيع هذا أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى أو الدائن أو أى صاحب حق عينى آخر . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى فى حق هؤلاء فى هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعه العين أو بترتيب حق عينى عليها ، فيسقط الحبس فى حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فان الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الأثر كما هو معروف [2] .

---

(١) ولا يشترط أن يكون السند المنشىء للحق فى حبس العقار مسجلا (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ — عكس ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ — الاسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ - بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — بلانيول وريبير وسهان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ — =

بقى أن يكون سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العين . ففى هذه الحالة وحدها يسرى الحق فى الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المحبوسة منقولا أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شهر بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إنفاق المصروفات على العين قد أفادها فى ذاتها ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إنفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الحابس سيء النية (٢) .

المبحث الثانى

واجبات الحابس للعين

٦٧٥ — واجبات تحفظية : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن

= وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ — أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ (Rétention) فقرة ٧٦ .

وقارن أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات (فقرة ١٦٦) وهو يرى سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير إطلاقاً ، ولو كسبوا حقوقاً شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات (فقرة ٤١٨ — فقرة ٤٢٢) ويذهب إلى أن الحق فى الحبس يحتج به على الغير إطلاقاً ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق فى الحبس متفرعاً من رهن حيازى القيد على عقار وبيع العقار جبراً ، فحينئذ لا يحتج بالحق فى الحبس على الراسى عليه المزاد .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ وانظر آنفاً فقرة ٦٤٣ فى الهامش .

هذا وهناك « غير » لا يسرى عليه الحق فى الحبس ، وهو المالك للعين المحبوسة إذا لم يكن هو المدين الحابس . فإذا باع شخص ملك غيره وقبض الثمن ، ثم أبطل المشترى البيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد الثمن إلا فى مواجهة البائع وهو المدين له برد الثمن ، ومن ثم لا يجوز للمشترى أن يحبس المبيع فى مواجهة المالك الحقيق وهو غير مدين له بشىء (مصر الكلية الوطنية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ — وانظر آنفاً فقرة ٦٦٢ فى الهامش) . كذلك ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الأصلى ، ما دام المالك ليس مديناً لا للمقاول من الباطن ولا للمقاول الأصلى (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١) .

يقدم حساباً عن غلته » . فهناك إذن واجبان على الحابس : المحافظة على العين المحبوسة ، وتقديم حساب عن غلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المحبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق فى الحبس .

٦٧٦ — **المحافظة على العين المحبوسة** : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة فى هذه المسألة مبسوطة فى المادة ١١٠٣ ، وهى تنص على أنه « إذا تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون ، فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايد له فيه » . فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله فى المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعى لاذاتى . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا — على النقيض من التزامه بالمحافظة على العين — هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . ومن ثم فهو مسئول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو لتلف ، عن التعويض ، مالم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبى[1] .

والذى يعنينا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحابس ، كما قدمنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المحبوسة ، والتزامه هو التزام ببذل عناية ، هى عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هى حبس العين .

فاذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتعويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لولم ينزل عن العناية التى يبذلها هو فى حفظ ماله . فلوكانت العين المحبوسة سيارة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك

---

(١) انظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات العينية ص ٤١٠ — ص ٤١١ وص ٦٠١ ، وفى عقد الإيجار طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٣ — وقارن الأستاذ شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٥٤ .

السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف فى بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذا الإهمال فى صيانة سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتى مثل هذا الإهمال . فاذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة فى يده ، وثبت أن الحابس يبذل فى المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية فى المحافظة على العين المحبوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله [1] .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخذه الحابس ، وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المحبوسة ، فقضت بأنه «إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه» [2] . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من الحابس والمالك . فلو أن العين المحبوسة كانت مأكولا أو مشروباً مما يسرع إليه التلف ، فمن مصلحة الحابس محافظة على ضمانه أن يستأذن فى بيعها ، وكذلك من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى — قياسا على ما جاء فى المادة ١١١٩ المشار إليها فى النص — أن لكل من الحائز والمالك أن يطلب بيع العين المحبوسة فى هذه الحالة ، بل أن الحائز يجب عليه ، إذا أيقن أن العين تهلك أو تتلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ، وإلا كان مقصرا فى المحافظة على الشيء ، فان هذا الإجراء هو ما يبادر إليه

---

(١) وعبء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن فى هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت . فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل فى المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن التعيب يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . انظر فى عبء إثبات الالتزام ببذل العناية : الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٤ .

الرجل المعتاد فى المحافظة على ماله . وأكثر ما يتحقق ذلك فى المنقول ، فان العقار قل أن يخشى عليه الهلاك أو التلف . وإجراءات البيع هى المذكورة فى المادة ١١١٩ ، فى رهن المنقول رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الهلاك أو التلف ، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتى : «١ — إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق . ٢ — ويفصل القاضى فى أمر إيداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه» . والإذن يكون أمرا على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة فى مثل هذه الأوامر . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلنى وفقاً للإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ، فاذا كان للعين سعر معروف فى البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلنى . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين فى هذه الحالة تنفيذا على العين ، وإلا لفقد حقه فى الحبس كما قدمنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراء ضرورياً للمحافظة على العين من الهلاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه فى الحبس ، ولكن ينتقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلولا عينياً محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول العينى نص عليها القانون . ويعين القاضى الجهة التى يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين[1] .

٦٧٧ — تقديم الحساب عن الغلة : فى رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : «١ — ليس للدائن

---

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يتفرع من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسئولا عما تحدثه العين من الضرر للغير مسئولية الحارس عن الأشياء (ديدا فى أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ Rétention فقرة ٦١ ص ٧٠٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٥ ص ٢٠٢ .

أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢ — وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ما لم يتفق على غير ذلك . ٣ — وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين » .

وقد رأينا أن الحابس ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات يخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفى حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢٤٧ يجرى على الوجه الآتى : « ... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التى تسرى فى حق الدائن المرتهن حيازة . » وفى لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاماً فى ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر فى شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتى : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته[1] » . فلم يرتب النص فى شأن الغلة إلا التزاماً بتقديم الحساب ، ولم يجعله خاضعاً لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام فى ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضى بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حساباً عنها للمالك[2] . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً ، فعلى الحابس أن يستمر فى زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٣ — ص ٦٥٥ — وانظر آنفاً فى تاريخ نص المادة ٢٤٧ ما قدمناه فى فقرة ٦٦٨ فى الهامش .

(٢) نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤ .

أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حساباً عن الغلة إلى المالك عند انقضاء الحق فى الحبس ، فيرد له العين وغلتها . أما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذى قدمناه[1] .

٦٧٨ — رد العين المحبوسة : ويلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة للمالك عند انقضاء الحق فى الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما فى حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن ، فاذا ما استوفاه انقضى حقه فى الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضاً مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه فى التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها ، ومصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب . وأياً كانت علاقة المالك بالحابس ، فان المالك يستطيع دائماً ، باعتباره مالكاً ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق فى الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق فى الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرداً واقعة مادية لا ترتب التزاماً على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذى كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد فى ذمة الحابس وفقاً للعلاقة القانونية التى كانت تربطه بالدائن قبل الحبس .

ومن هنا نتبين الفرق بين الحبس ورهن الحيازة . ففى رهن الحيازة يلتزم الدائن المرتهن برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مسئولا عن الهلاك

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠١ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٤٥ ص ٢٠٢ .

والتلف إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، فالالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية مصدره العقد . أما الحابس فيرجع التزامه بالرد إلى العلاقة التي كانت بينه وبين المالك قبل الحبس كما سبق القول ، وهذه العلاقة هي التي تحدد مدى الالتزام بالرد ، ومن يحمل تبعة الهلاك وما إلى ذلك ، ومن ثم لا يكون هناك محل لتطبيق أحكام رهن الحيازة في التزام الحابس بالرد[1] .

الفرع الثالث

انقضاء الحق في الحبس

٦٧٩ — النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ — ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » .

« ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه[2] » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم ليس إلا تطبيقاً

---

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٣ ص ٦٠٢ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات فقرة ١٦٩ ص ٢٥٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » بعبارة « بفقد الحيازة » حتى يكون النص أدق تعبيراً عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الأجل بسنة . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — ص ٦٥٧) .

للقواعد العامة ، والذى زاده نص التقنين الجديد أنه نظم المواعيد التى يجوز استرداد الحيازة فيها[1] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٤٩ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢٨٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٥١ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٢٧٣[2] .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق فى الحبس ، وهو خروج العين من يد الحابس ، لتنظيمه تنظيما خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى ، وانقضائه بطريق أصلى .

المبحث الأول

انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى

٦٨٠ — انقضاء الحق فى الحبس بانقضاء الحق المضمون به : الحق فى الحبس إنما شرع لتأمين حق للحابس فى ذمة مالك العين المحبوسة . فاذا انقضى حق الحابس فى ذمة المالك ، انقضى الحق فى الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء

---

(١) والعبرة فى تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذى خرج فيه الشىء المحبوس من يد الحابس ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين السابق هو الذى يطبق ، وإلا طبق التقنين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٢٤٩ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٢٨٤ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى . وانظر فى شرح النص الدكتور حسن على الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ١١٥) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٢٥١ (مطابقة لنص التقنين المدنى المصرى) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٢٧٣ : « إن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه مبنى عليه . وإنما يحق للدائن إذا انتزع منه الشىء خفية أو بالعنف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب فى خلال ثلاثين يوماً تبتدىء من تاريخ علمه بذلك الانتزاع » .

(وهذا النص مطابق فى الحكم لنص التقنين المدنى المصرى فيما عدا ميعاد السنة الذى لم يرد فى =

بطريق تبعى . مثل ذلك أن يستوفى الحابس المصروفات التى أنفقها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة فى يده ، ويجب أن يردها للمالك (١) .

وينقضى حق الحابس فى ذمة المالك بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام. فقد ينقضى بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . وينقضى أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . وينقضى أخيراً من غير وفاء أصلا ، كما إذا أبرأ الحابس المالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

فاذا انقضى حق الحابس فى ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق فى الحبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقى جزء منه ، فان العين تبقى محبوسة فى هذا الباقى(٢) . وقد قدمنا أن الحق فى الحبس غير قابل للتجزئة(٣) .

٦٨١ — عدم الانقضاء بالتقادم : ويلاحظ أن الحق الذى للحابس فى ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة فى هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ

= نص التقنين اللبنانى ، ويذهب الدكتور صبحى المحمصانى إلى أن هذا الميعاد هو أيضاً موافق للمبدأ الوارد فى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا فى خلال سنة تبتدىء من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف : أحكام الالتزام فى القانون المدنى اللبنانى ص ٥٠) .

(١) وقد رأينا (انظر فقرة ٦٧٠ فى الهامش) أن الحق فى الحبس لا ينقضى بإيداع المبلغ المستحق للحابس خزانة المحكمة (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وأنه (انظر فقرة ٦٤٢ فى الهامش) إذا كان المبلغ المستحق للحابس لم يتم تقديره جاز للمحكمة أن تأمر المدين بأن يودع خزانة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع فى هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق فى الحبس (استئناف مختلط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢) . ومن ثم يجوز تقدير أتعاب الحارس القضائى مؤقتاً وإيداعها خزانة المحكمة ، فينقضى بذلك حق الحارس فى حبس الأعيان ، وهذا مالم تكن هذه الأعيان قد وضعت تحت الحراسة بإجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أعيان موقوفة خطأ ضمن الأعيان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون للحارس القضائى حق حبس بالنسبة إلى الأعيان الموقوفة التى أدرجت خطأ (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٤٤ وفقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٧٠ . وانظر فى انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٢٢٧ — فقرة ٢٣٦ .

حبس العين فيه يمنع من تقادمه . والحق فى الحبس نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق فى الحبس بالتقادم ، لا بتقادمه هو ولا بتقادم الحق المضمون به[1] .

المبحث الثانى

انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى

٦٨٢ — أسباب الانقضاء بطريق أصلى : وقد ينقضى الحق فى الحبس وحده — دون الحق المضمون به — بطريق أصلى . ويتحقق ذلك فى الأحوال الآتية :

(أولا) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦ فقرة أولى مدنى) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثاً) عدم قيام الحابس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) نزول الحابس عن حقه فى الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعاً وهذه هى الحالة التى عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدنى .

٦٨٣ — تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى منصوص عليه صراحة فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى ، فقد جاء فى هذا النص أن الحبس يكون جائزاً «ما دام الدائن (أى مالك العين) لم يقم بتقديم تأمين كاف

---

(١) ديرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ — جيلوار فى حق الحبس فقرة ١٢٢ — بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٠ — بودرى ودى لوان ١ فقرة ٢٥٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧١ .

للوفاء بالتزامه هذا» . وذلك أن الغرض من الحق فى الحبس هو تأمين الحابس على حقه فى ذمة المالك ، فاذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً — كفالة أو رهنا أو نحو ذلك[1] — لم يعد هناك مقتض للاستمرار فى حبس العين . والقاضى هو الذى يبت فيما إذا كان التأمين الذى يقدمه المالك كافياً ، عند الخلاف فى ذلك[2] .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الانقضاء . من ذلك مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من التقنين المدنى ، فى صدد حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع العين ، من أن المستأجر لايجبر «على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض» . ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، فى صدد جواز تقسيط ما يترتب فى ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضى «أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة» . ومن ذلك أخيرا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ ، فى صدد حق المشترى فى حبس الثمن ، من أنه «إذا تعرض أحد للمشترى مستندا إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض

---

(١) والتقنين المدنى الألمانى (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) فى الدفع بعدم تنفيذ العقد تقديم أى تأمين ولو كان تأميناً عينياً . ويذهب الدكتور صلاح الدين الناهى إلى أن سكوت المشرع المصرى عن جواز تقديم تأمين فى الدفع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز فى الحق فى الحبس كان متعمدا ، فلا يجوز فى الأول ما يجوز فى الثانى . ذلك أن الدفع بعدم تنفيذ العقد يقوم على ارتباط سببى بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلتزم إلا للحصول على عين ما التزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجباره على تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق سببه بأن قام المتعاقد الآخر بالتنفيذ فعلا ، على عكس الحال فى صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين (الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٤٥ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٠٠ هامش رقم ٢ — قارن بلانيول وريبير وأسمان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ هامش رقم ٣) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ — الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ .

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا» .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق فى الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل الحبس ، وهذه هى حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدنى على أنه « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة ، هذا مالم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع» . ففى هذه الحالة وحدها لا ينقضى الحق فى الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من القاعدة العامة التى بسطناها ورد بصريح النص ، ويبرره أن البائع ليس فى حاجة إلى تأمين فان له حق امتياز على المبيع ، وإنما هو فى حاجة إلى حبس المبيع بالذات للضغط على المشترى حتى يوفى له بالثمن ، كما سبق القول[1] .

٦٨٤ — هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق فى الحبس بداهة لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس ، وفى هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبى عن فعل الحابس ، وفى هذه الحالة تهلك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها للمالك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدنى هذا الحكم ، فنصت على أنه «إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع[2]» .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس للدائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشىء الذى هلك غيره ، كما يجوز ذلك للدائن المرتهن رهناً رسمياً أو رهن حيازة (انظر م ١٠٤٨ و١١٠٢ مدنى) . فالرهن فى هذا يختلف عن الحبس . ذلك أن فى الرهن قد التزم الراهن بتقديم ضمان تأميناً لدينه ، فإذا هلك الضمان الذى قدمه التزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للدائن مطالبته بوفاء الدين فوراً . أما فى الحبس فلم يتعهد مالك الشىء المحبوس بتقديم ضمان ، بل انه وجد ماله محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فحسبه أن يتحمل هلاك هذا الشىء ولا محل لإلزامه بتقديم شىء آخر بدلا منه . على أنه لا فائدة من إلزامه بذلك ، فان جزاء الإخلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين المضمون بالحبس فوراً ، وهذا الدين حال بحكم قواعد الحبس كما سبق القول (الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥) .