

تقديرية ، تصل به في بعض الحالات إلى استكمال مافات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ماتم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ في ذلك مدى سابلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطوراً مستمراً ، وبواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه في بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الاتضاء .

فن النصوص التي تفصح للقاضي من سلطانه التقديرى ، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضروب ، وذلك في حالة الدفاع الشرعي ، فن جاوز في هذا الدفاع القدر الضروري أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) ، وفي حالة الضرورة ، فن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفي تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالتقدي ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي (م ٢٠٠) . والقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلولى أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو المبصرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه البين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها (م ٤١٠ فقرة ١) . وإذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تاف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي سدت وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز

للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للردء بالمصرفوات التصريفية والنافعة، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص ما يميز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جمع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تنصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ فقرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي في الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان في شق منه باطلاً (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان في الصورة التي هو عليها باطلاً وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) ، وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ فقرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م ١٤٩) ، وأن يقضي بالتعويض النقدي إذا كان التعويض العيني مرهقاً (م ٢٠٣ فقرة ٢) ، وأن يخفف التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان ميالاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ فقرة ٢) .

عوامل الاستقرار في التقنين الجبرير : أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التي أكثر التقنين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

١ - المعايير الموضوعية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التي تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لا معايير ذاتية كالتي سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالعبار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التقنين الجدد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز

التفinitionات اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضيق عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأتى بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فن المعايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار «عناية الشخص المعتاد» . ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الروماني ، فهو معروف فيه ، شائع في نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه في نواح متفرقة ، في العقود وغيرها . فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل في عقد العمل يجب عليه أن يبذل في تادية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (١)) . والوكيل في عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت

الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حنص الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) .
والحارس في الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالحفاظ على الأموال المعهود
إليه حراستها وإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل
المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١) . والنصوى يجب عليه أن يبذل في القيام بالعمل
عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) - ومن المعايير الموضوعية : مانص عليه لتقنين الجديد
في الاستغلال ، إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات
أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب
العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ فقرة ١) . وما نص عليه في
الخلاف الخاص ، من أن الالتزامات والحقوق المتصلة بالشيء تنتقل إليه في
الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦) . وما نص
عليه في المسئولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسئولاً عن كل من يجب
عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته
العقلية أو الجنسية (م ١٧٣ فقرة ١) . وما نص عليه في المسئولية عن الأشياء ،
من أن الشخص يكون مسئولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية
خاصة (م ١٧٨) (١) . وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض
عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب
بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ،
ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد
معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه في تحديد العيب الخفى في الشيء المبيع ، من أنه
عيب ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو
مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الفرض الذى أعدله (م ٤٤٧ فقرة ١) .
وما نص عليه في الإيجار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض
الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه في
اللتزام المرافق العامة ، من أن ملتزمى هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جاز لهم

(١) أما ماورد في المادة ذاتها في شأن المسئولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لامبار .
وفي هذه المقالة بين الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية يتبين الفرق
واضحاً بين المعيار والقاعدة .

أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين - وهذا هو معيار ذاتي - مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يترافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات - وهذه هي ضوابط موضوعية . ومانص عليه في تحديد العذر المقبول للرجوع في الهبة - وهو معيار ذاتي كما قدمنا ، بضوابط موضوعية ، منها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . ومانص عليه في مواضع كثيرة متفرقة في اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشيء - وهذا معيار ذاتي - أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به - وهذا ضابط موضوعي (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ في النيابة والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ في الغلط والتدليس والإكراه) ، ومانص عليه في الغلط في المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية - وهذا معيار ذاتي - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد - وهذا ضابط موضوعي .

٢ - الإرادة الظاهرة : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ،

أخذ التقنين الجديد في بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توخيلاً لاستقرار التعامل . كما أخذ في حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للغرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

ب - التقنين الجبريد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً . فلم يضح الفرد لمصلحة الجماعة : ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمى الفرد ، وكيف حمى الجماعة .

صحة التقنين الجبريم للفرد : لم يقصر التقنين الجديد في حماية الفرد ، ولم يتهاون في أن يفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً ، سواء كان ذلك في نطاق العقد أو في نطاق الملكية .

في نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد ، وهي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطه . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، والتي تشعب بها التقنين المدني الفرنسي عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ماتجه إلى تحقيقه من آثار ، في حدود معقولة مقبولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفي نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولمن أوصى له . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية في التقنين القديم . من ذلك الحق في الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حرته في التعاقد وحرته في التملك .

حماية التقنين الجبريد للجماعة : ولكن القانون الجديد يتمشي مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدي بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلاً فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه التزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعنها أن تحمي الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوي ، وأن تقيله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يفعل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال ، وفي نظرية الحوادث الطارئة ، وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخري كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو في ذلك على التقيض من التقنين القديم الذي كان يجمع في حماية الدائن . ففي فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضي الفوائد ذكرناها تفصيلاً فيما تقدم (أنظر المواد ٢٢٩ و٢٣٠ و٢٣٢ و٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدي بعيد من حق الدائن في الاختصاص بعقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . ولم يجز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ فقرة ٢) . ولم يجز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوي الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وأجاز ، كما قدمنا ، لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعبان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفي لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) .

وفي نطاق الملكية . قفز التقنين الجديد قفزة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك في أحد

نصوصه ، فذكر في المادة ١١٦٢ منه أن لماك الشيء مادام ملتزماً بحدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع مالق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة في المشروع النهائي قصداً إلى حذف حكمها . بل لأنها ، كما جاء في الأعمال التحضيرية (١) ، « أشكل بالإيضاحات الفقهية . وأن في التطبيقات التى أوردتها المشروع في النصوص التالية مايعنى عنها » . وقد تضمنت النصوص التالية فعلا من القيود على حق الملكية يجعل هذا الحق وظيفته اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وتكفلت المواد ٨٠٨ - ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ، في الشرب والمجرى والمسبل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وبشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية . بما يغل يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعى متمثلة في العسيم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمته في نظام الشيوخ وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن (م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك في ملكية الأسرة (م ٨٥١ - ٨٥٥) ، وفي ملكية الطبقات (م ٨٥٦ - ٨٦١) . وفي اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ - ٨٦٩) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك . وبعد . فهذا طرف من القيود التى يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو في هذا إلا مرآة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة التى مر بها القانون في خلال قرن ونصف قرن . منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ذى النزعة الفردية .

* *

ويأتى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدينة الجيل الذى ظهر فيه .

الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد



الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية

في التعريف بالالتزام

* * *

١ § - تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

١ - أقسام القانون المدني : ينقسم القانون المدني - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض - إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .

فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال . والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .

والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصي .

والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ - الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني (droit réel) هو سلطة معينة يعطها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يحول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

٣ - تعريف الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ،

وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيري أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلا موضوعه الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يمتثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شئ غير جوهري هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « سلطة لشخص على شئ » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشئ » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أحل أحد هذا الالتزام ، بأن حرص المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مستولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشرون سلطته على الشئ مرضع الحق برسلاتهم . ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق

جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها (١) .

٤ - تقريب الحق الشخصي من الحق العيني : وهناك الفريق الثاني وهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه وبهه وبرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لاعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني . وهذا هو المذهب المادي في الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلي .

ونحن لانكر على المذهب اللادى للالتزام انتشاره ومسارته للتطور القانوني الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لاعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لاينفى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر لإيهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين .

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك في كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد المطلب خيال بك (فقرة ٥) في هذا الصدد ما يأتي : « إن الكليف باحترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالدهاء أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يقرر إذن بعد وجود الحق العيني ، بينما الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره » . (الدكتور حشمت أبوستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠٠ هامش رقم ١) .

٥ - بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً: يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين مباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

٦ - نتائج هذا التمييز: وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتترتب عليه نتيجتان هامتان :
١ - لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته .
٢ - وله أيضاً ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضى حقه من الشيء (droit de préférence) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء (١) .

§ ٢ - المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام

٧ - الرابطة القانونية ما بين الدائنين والمدين : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصي ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان : *juris vinculum* .

(١) ويلاحظ في هذا الصدد أن التنازل عن الحق العيني يتم بإرادة منفردة هي لإرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون المدنى القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تقليباً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون المدنى الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تقليباً لتاحية ما ينطوى عليه الحق من قيمة مالية . ويلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهى التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب فنى يمنع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا يتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية . ومن لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بمسئولية شخص كان الدين في حياته (م ٣٣٣ من القانون المدنى الجديد) .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت في أول أمرها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تطلقت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بحسب المدين مثلا . ولم يصل الدائن إلي التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً لذمة الدائن ، ويرتب ديناً في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محفظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه . فذهب يقلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألماني الحديث .

٨ - المذهب الشخصي في الالتزام : (أما المذهب الشخصي (théorie

subjective) فيري الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلايول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny) . فقد كان يري الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لاكتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيرتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها ، فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام في

نظر سافيني شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

٩ - المذهب المادى فى الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني

وهي مطبوعة بطابع القانون الرومانى ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام فى وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيرك (Gierke) ، وأبوها أن تستقر فى الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تنف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسى ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية (١) . هذه هي النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذبوع النظرية المادية فى ألمانيا تحليل الحق الشخصى على اعتبار أنه حق على شيء (Jus ad rem) ، فاقرب بذلك من الحق العيى الذى هو حق فى شيء (Jus in re) وقد أوغل الألمان فى التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصى فى النهاية خطوة نحو الحق العيى ، إذ يبق حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عنياً على ماتله .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

فالذمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهى مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، ويصير لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لفرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التى هى شيء مادى ، فإنه يكسب منها هذه الصفة .

ويميز الألمان بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالمديونية واجب قانونى معين يقوم به شخص لآخر . فهى إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن المديونية عامل الإيجاب على الوفاء ، إنما الإيجاب هو الشيء الذى تنسبته المسئولية . فالمدين قد يكون مديناً ومشلولاً فى وقت ما فيجمع ما بين المديونية والمسئولية . وفى هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا، فقد نشرها في فرنسا نقلاً عن المدرسة الألمانية سالي (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي .

١٠ — **التأخر العملي للمذهب المادي** : وليس المذهب المادي مجرد مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه العملية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط في المعاملات وتيسير لها ، حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبني على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلي جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette) . وهذا ما اعترفت به التقنينات المشبعة بالمذهب المادي ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسري ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني

— وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالنسب على شخصه أو بالنسب على ماله من طريق شخصه . وقد تنفصل المسئولية عن المدبونية ، فلا يمكن إخبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعي في القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المشول في شخصه (ويقرب من الكفيل بالنفس في الشريعة الإسلامية) أو في ماله عن طريق شخصه (ويقرب من الكفيل الشخصي) ، وقد تنحصر المسئولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المشول (ويقرب من الكفيل العيني أو الحائز للعقار المرهون) . فالمسئولية تكون إذن على نوعين : (١) مسئولية شخصية تقع على شخص المشول أو على ماله عن طريق شخصه . (٢) ومسئولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يتبين أن المسئولية العينية . وهي أحد العناصر الجوهرية للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصفة المادية (انظر Rudolf Huebner : A History of German Private Law ترجمته إلى الإنجليزية

الجديد ، وقد سار في ذلك الشريعة الإسلامية وهي تعرف بحوالة الدين . أما التقنين المدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا بحوالة الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى في الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه . فيستند الالتزام إلي المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول : لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى أمكن تصور التزام يقع عبثاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك في أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التي لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(١) التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين : هناك حالات

عملية زي فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد مجازة من عشر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصي على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) نظرية الاستراط لمصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية في حالة

عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير الالتزام مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . فلا استطاع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) **السرد الحامد** : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهنا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ - **تغير المزهين الشخصى والمادى** : لاشك فى أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تمتشي مع النظم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين - وهذا شيء نفسى - يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذى تنسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العيى . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والتقنين المادى الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥ - اختيار تعريف للالتزام

١٢ - تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان ١٤٤/٩٠ من القانون المدني القديم تنصان على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه» . والقانون القديم كان يسمي الالتزام «تعهداً» . ولفظ «الالتزام» أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا القانون على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل» . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلامهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين . . ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (donner) ، أى نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

١٣ - التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدى للتقنين المدني :

الجريمة : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، في المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي : «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي (١) : «كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ في الهامش .

روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التفسير المصري الحالي (م ٩٠/١٤٤) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع رأي معين في مسألة حظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد آثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهي بعد نزعة الشريعة الغراء في تصويرها لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالا تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصور المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد . على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام .

وقد رؤى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتحزماً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي ألبق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع (١) .

١٤ - التعريف الذي نختاره : وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ، في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ في الهامش .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .
وعندنا أن التعريف الذي نبي بهذا الغرض :
« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **أهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ، بقى أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهى من القانون المدني ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde) في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسى . ويجد علماء القانون فيها مجالاً فسيحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهى بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هى أصلح النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، وأفسحها مجالاً للتجريد والتعميم ، وأخصبها تربة لإنبات المبادئ العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقينها عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية وما في منحها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً

واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تنسج في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقدته يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل

الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المذهب المادي للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصي كما قدمنا . وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسؤولية على الخطأ المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسعير الجبري للسلع والأجر .

١٩ - تأثر النظرية بالعوامل الأدبية : أما تأثير العوامل الأدبية في

نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الأدبية ، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالتقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجود الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التي ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هي في الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجود العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بذوى القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لانكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

٢٠ - ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام

نبدأ الكلام في مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة في ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها في أبواب أربعة :

الباب الأول : في العقد .

الباب الثاني : في العمل غير المشروع .

الباب الثالث : في الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : في القانون .

مصادر الالتزام

مقدمة

في ترتيب مصادر الالتزام

٢١ - تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالإلتزام المشتري يدفع الثمن مصدره عقد البيع . والالتزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل بغير المشروع . والالتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

٢٢ - الترتيب التليفي لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi) .
فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بتمتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالاتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالاتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل في جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي) . مثل ذلك الفضولي ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقه الفضولي من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ماعقده الفضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدني الفرنسي) .

والجريمة هي عمل ضار يأتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أتلّف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعوض عن المال الذي أتلّفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة . كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقروامة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذي يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهورتهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبحت أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذي قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الحديث لمصادر الالتزام .

١٥ - من أين أتى الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٣ - القانون الروماني : لم يرد هذا الترتيب في القانون الروماني في عهده المدرسي ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta) وتنحصر في جرائم محددة ، والعقد (contractus) ويشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التي لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهي مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الروماني ترتيبها ، وأسمائها « الأسباب المختلفة » (variae causarum figurae) .

هذا هو ترتيب القانون الروماني لمصادر الالتزام في عهده المدرسي . ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس Gaius ،

أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجماعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع (١). والذي كان جاييس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلي ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جاييس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة (٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزمات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزمات كذلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمي بشبه العقد ، فالأول توافق إرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه ، بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلاً . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur) .

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وعموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جاييس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما . على أنه يلاحظ أن كلا من جاييس وجستنيان لم يستعمل لفظي «شبه العقد» و «شبه الجريمة» اللذين استعملهما بوتيه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه جاييس من اللفظين المقابلين لها في ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلي .

(١) فألحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والفسخ والتهديد ، أعمالاً أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضى بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل ، فتصيب الغير بالضرر .
(٢) فألحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والقرض والمارية والمقايضة والقسمة ، أعمالاً ووثائق أخرى مشروعة كعمل الفضولي ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز الشخص في أسرته فيما يترتب على هذه الوثائق من التزمات .

٢٤ - الفأنونه الفرنسي القديم : أما ترتيب مصادر الالتزام في القانون

الفرنسي القديم فتاريخه تحوير مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الروماني (quasi ex delicto) و (quasi ex contractu) أن انقلب فأصبح (ex quasi delicto) و (ex quasi contractu) . ولكن المعنى في أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ ، وإن كان «شبه العقد» اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامه والميراث . وفي عهد أصحاب الحواشي (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (variae causarum figurae) . فاستبقى «المخشون» المصادر الأربعة التي عرفت عند جايس وچستينيان ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التي جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا إليها الالتزامات التي لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما في دعوى الاسترداد بسبب السرقة (condictio furtiva)

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقي التي اشتهرت بها على بحث الأساس الذي بنيت عليه الالتزامات الناشئة من «ملحق العقد» . وكان رأى بارتول (Bartole) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هي الخطوة الأولى في تقريب «ملحق العقد» من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذي قصد إليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح «ملحق العقد» يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذي يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفردت مسافة الخلف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى «ملحق العقد» هو العمل المشروع الذي ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هي أن تنتفى عنه صفة العقد . أما الآن «فالمملحق بالعقد» هو عمل مشروع يقرب من العقد في أن كلا منهما ليس عملاً مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة : حقيقية في العقد ومفترضة في الملحق العقد . ومن هنا نشأت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا «شبه عقد» .

ثم أتى نوتبيه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ - قانونه نابليون : وانتقل الترتيب الذي أتى به بوتيه إلى قانون نابليون على علته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي المصادر ذاتها التي قال بها بوتيه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدني الفرنسي في أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحهم .

٢٥ . نقد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام

٢٦ - نقد الأستاذ بولنيول^(١) : يرى الأستاذ بلانيول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها ، لأهمية له ، لامن حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملاً في الحالتين .

أما شبه العقد فهو في نظر الأستاذ بلانيول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدي يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد في أنه عمل إرادي ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة في أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادي ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادي ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة - بله توافق الإرادتين - فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها في المتعاقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا في شبه العقد قد

(١) أنظر مقاله في المجلة الاقتصادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها . وانظر أيضاً مختصره في القانون المدني جزء ٢ نقرة ٨٠٦ وما بعدها .

نصادف عملاً إرادياً في مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على حساب صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذى خلق الالتزام . وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجيء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع . فيظهر هذا إذا عمقنا في تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متلمسين إياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب في الحالتين المتقدمتين وفي الحالات الأخرى المماثلة يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن . فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع . ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ - رأى الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم

الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالالتزامات القانونية . ففي شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو رد ما أثرى به . وفي الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص : خطأ العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تويض الضرر الذى أحدثه .

والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالاتزامات القانونية درءاً للضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلي تعويض ، على الوجه الذي نراه في الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هي أيضاً إلي تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدي يكون التزاماً قانونياً ، إما في صورته الأصلية ، وإما في صورة استحال فيها إلي تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع ، وفي الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ - تقرير رأي الأستاذ بلانويول في ترتيب مصادر الالتزام :

هذا هو الرأي الذي يقدمه الأستاذ بلانويول في ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأي خلاص ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظه من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة . فقد سبقه توليه (Toulier) (١) إلي نقد الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام نقداً جديداً ، وبين في وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التي يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هي عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير . وأن المشرع كما ألزم من يأتي بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذي يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يثرى بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلي هذا الغير ما أثرى به على حسابه ، وهذا تقابلاً منطقي عادلاً .

ولكن بلانويول كان مندعاً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية

(١) توليه ١١ فقرة ٢ ، وما بعدها . وعمل توليه هو أول من نقد الترتيب الذي أتى به قانون نابليون قديماً ، وبمس الفارسي في كتابته الدقيقة والتمنى عند معالجته هذا الموضوع . وقد أنصف بلانويول توليه حين ذكر عنه ما يأتي : «... إن هاتين الصفتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوى وتعبير متين ، لم يلفتا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندري كيف أن ديوملوب ، وهو الذي استعان كثيراً بكتاب توليه في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإنا إذا لم نترأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديوملوب لا نخزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار العميقة المتبعة » . (بلانويول ٢ فقرة ١١١ هامش رقم ١) .

والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالت إلى تعويض مالي . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

علي أنه بالرغم من روعة ما في هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلبى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقد خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها .

هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف في نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتي :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر (١) . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول في تأكيده بأن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة . ذلك أن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه في أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه في نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل في ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات فإننا نقصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تتولد من وقائع قانونية ، شأنها في ذلك شأن الالتزامات التي تتولد من العقد ومن العمل غير المشروع . ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تتولد عن هذه الوقائع إلا في حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

أثر الحملة التي قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننقل الآن إليه .

§ ٣ - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ - القانون المدنى القديم : نص القانون المدنى القديم فى المادتين ١٤٧/٩٣ على أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون» . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذى أتى به القانون الفرنسى . فقد تجنب أكثر وجه النقد الذى توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة . ولم يجعل ماسمى « بشبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التى وزعها القانون الفرنسى بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة فى مصدر واحد وأسماء «فعلاً» (fait) . وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للقانون المصرى القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوى تحت كلمة «التعل» من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفتقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يغنى المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا يتكشف عن «الفعل» مصدران لامصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ - التقنينات الحديثة والفقه الحديث : وإذا رجعنا إلى التقنينات

الحديثة ، كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين الإيطالى الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ماتوخته من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال فى شيء من التعميم إن المصادر التى أقرتها هذه التقنينات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم فى مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان فى « العمل غير المشروع » . وشبه

العقد في الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .

وهذا الترتيب هو الذي أخذ به أكثر الفقهاء في الفقه الحديث (١) .

٣١ - التقنين المدني الجرمي : وبلا حظ أن التقنينات الحديثة لا تورث

في نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخجاسي الذي تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من التبويب الذي اتخذته هذه التقنينات . وعلى هذا النحو جرى التقنين المدني الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أي ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي :

«والواقع أن مدث التقنينات ، ولا سيما ما كان منها جرماني النزعة . لا يورد في النصوص تقسيماً للمصادر . بل إن المشروع الفرنسي الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونعي على التقسيم الذى اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانبته للمعقول . وقد برر

(١) ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أنظر كتابه في أصول الالتزامات ص ٣٦ - ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن الفاتنين بالترتيب التناؤى . ففنده أن الالتزام العقدى يتجمل إلى التزامين مستقلين لسكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة ، وإجبار الدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام التناؤى هو المسئولية العقدية . وهو يذهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يقضى بالمسئولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتمهده ، وإذا أصر الإنسان بغيره ، وإذا أثرى على حساب غيره ، وإذا تدخل في شؤون غيره ...

ولا تظيل القول في تعدد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجيزىء بالاشارة إلى أن عيبه الجوهري في رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسئولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن الدين في العقد إنما أراد أن يرتب في ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لوائه حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتي بعد ذلك بقرهذه الإرادة في شقيها ، شق المديونية وشق المسئولية . فلا محل مطلقاً للتمييز ما بين المديونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يعمرون ما بين المديونية والمسئولية في الالتزام العقدى ولكنهم لا يجمعون أحدهما يختلف في مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم .

واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إعراضهم عن كل تقسيم ونبذهم للأحكام الحالية الواردة في المادة ١٣٧٠ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذي اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلاً : «والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدي أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المعقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه في الإبداع والتصور» . وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالي الذي اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمي في النصوص . وعلى هذا النحو وقع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد في ردها إلى أقسام جامعة شاملة في نص خاص . فعمد ، نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة (١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون (٢) .

٣٢ - أساس علمي لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق

بوجه عام : تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا الترتيب قلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمي الذي يرتكز عليه . فلا يسن أن نقول إن هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التهدي قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالقيد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، إلا أنها في الشروع التام ، ثم في التقنين الجديد ، لم تصح مصدراً للالتزام إلا في حالات خاصة يبيها نص في القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التي مصدرها الإرادة المنفردة في القانون الجديد إنما هي التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر يمتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التي تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي ينشيء الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشيء الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة - دائرة الحقوق الشخصية - بل هي تتناول أيضاً حقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تخلق في سماء القانون ، وتنشيء كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذي ينشيء علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر مجرد فيحدث تعديلاً في العلاقات للقانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجمد فيه كل حركة . فإذا حدث بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها «بالواقعة» . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت «بالواقعة القانونية» (fait juridique) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ، بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعنى المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك . وإذا مشى دون حيلة فأتلف شيئاً وجب عليه أن يعرض عما أتلف . وإذا تحدث فذكر مثالب للغر فقد يكون هذا سبباً أو قدفاً يجعله مسؤولاً . وإذا جامل

الغير فقام ببعض شؤونهم فقد نجد نفسه مازماً بإتمام ما بدأ به ويكون دائماً هذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض الفروض ، ولكنه في أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هي أعمال إرادية . وزيد بالعمل الإرادي هنا عمل الإرادة المحضة تنجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية (actes juridiques) تمييزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ، ويسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral , contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (actes matériels) أو أعمالاً قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (actes unilatéraux) أو صادرة من الجانبين (actes bilatéraux , contrats) . والقانون من وراء كل ذلك محبط . فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ في هذا الترتيب أننا ندرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن

أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والانتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذي قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية ،

وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقدم . ومنها الأعمال المادية ، وهي الاستيلاء والاتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد (١) .

(١) وهذا الترتيب الذي توخينا تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق الميئة :

(الأولى) أنه يفسر بعض المسائل الغامضة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك . كما يتناقشون في طبيعة الحيازة وهل هي حق عيني . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أي منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالتقدير الذي لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائتي الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينتهم .

والذي ضلل الناس في أمر الشفعة هو أنها تجمل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يتملكها . وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عيني في الشيء . ونظير ذلك شخص صدر له لإيجاب بالبيع ، فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذي أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص في أن يتملك ، أو كما يقول القرافي في الفروق « من انعقد له سبب المطالبة بالملك » ويفرق بين هذا وبين « من ملك أن يملك » (الفروق للقرافي المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ - ص ٣١ - النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .

والفالتلون بانتقال الشفعة إلى الورثة يعنون بذلك أن الحق في التملك بسبب الشفعة - وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل - ينتقل بالميراث ، ونظير ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبسا نشأ من عدم الدقة في تعريف العمل المادى والعمل القانوني . فقد جرت الفقهاء على أن تعرف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التي ترتب عليها ، أما العمل القانوني فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية فإذا سلمنا بهذا التعريف تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً للتعريف المقدم في الأعمال القانونية لأن القائم بهما يقصد ما يترتب عليهما من النتائج . ولكن =

٣٤ - تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب

العلمي على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

== القول بهذا يخالف المفعول ، فن غير الممكن التذليل بأن الاستيلاء والحيارة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجها بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال بتعليقات مشكوك في وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ - ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والحيارة أعمال مادية . لذلك وجب أن صحح تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فالأول هو عمل مادى يقع من الإنسان باختياره ، سواء أراد النتيجة القانونية التي ترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادى اختيارى لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختيارى يريد صاحبه هذه النتائج ، والاتصاف والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التي قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريد بها . أما العمل القانونى فليس بعمل مادى ، بل هو إرادة محضة تنجبه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذى يميز إذن بين العمل المادى والعمل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تقصد نتيجته القانونية ، والثانى تقصد منه هذه النتيجة ، ولكن التمييز بين العاملين هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد إرادة تنجبه لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تمييز طائفة تامة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشفعة أقرن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيارة المادية ، وهى عنصر مادى ، بإرادة المستولى في أن يتملك في الحال ، وهى عنصر إرادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو التقلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الإداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على اقتضاء الدين ، وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هـ

والأعمال القانونية إما. أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة .
ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT.

تمهيد

٣٥ - مسائل مهمات : تمهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

١ § - تعريف العقد

٣٦ - الاتفاق والهتمر : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد . فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشيء التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو يبيئه فهو ليس بعقد .

وقد نقل القارن المسمى الفرنسي هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتيه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشيء التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ - لا أهلية للتمييز بين الاتفاق والعقد: ولا زى أهمية للتمييز بين

الاتفاق والعقد. ونفق في هذا مع أكثر الفقهاء. وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، فإنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلاهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر.

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق. فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها». وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإبطالى في المادة الأولى منه. وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نبي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (١). وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائى فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان الحذف مجازاة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (٢).

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

٣٨ - وجوب الاتفاق على إمرات أثر قانونى: والمهم في العقد أن

يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانونى. فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانونى المقصود من هذه الكلمة. ويتبين ذلك من الظروف والملاسات.

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة، في نطاق المجاملات الاجتماعية، فيقبل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الخامس.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الخامس و٩ في الخامس.

المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم ترتب على ذلك مسئولية في جانب من أخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا انفتت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للزئيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرع ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته ، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فانطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أي منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خيراً تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩ - تمهيد من منطقة العقد : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني

يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبني . ولكن مجرد ألا تدعي هذه الاتفاقات عقوداً وإن

وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .
فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى في ذلك العتود التي يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يدعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعتود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعتود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعتود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة ، والعتود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعتود الجماعية (contrats collectifs) ، من منطقة العتد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٤٠ - المذهب الشخصي والمادى في العتد : سبق أن أشرنا إلى

مذهبين في الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان زارهما أيضاً في العتد . فالمذهب الشخصي يرى العتد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العتد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكنانها في الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في نوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده ، ما دام العتد ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوى عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم لروابط الاجتماعية . وسنورد في هذا الموضوع بياناً أو في فيما يلي .

٢ § - مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ - عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة

لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، وخدمته يسخر الجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشي مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح الجموع مع صالح فرد ، فالفرد لا يجموع هو الذي يخيمه القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يعنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .

فنحن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فترى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول . ولا نزعج بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملاً في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نغنى أن هناك تطوراً في منحي التفكير الاجتماعي نقسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢- كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة: لم يعترف القانون الروماني في أي

عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً . لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للأداب . فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية أثبتت أن تطورت وتعدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoires) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلفت قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

وبقي العقد اللفظي (*contrat verbal*) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ماتبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يتوسى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ - **تأثير المباري، الربوية وقانونه الكنيسة** : فكان التعاقد إذا قسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص ، عد الحث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (*actio ex nudo pacto*) أمام المحاكم الكنسية .

٢ - **إحياء القانون الروماني والتأثير** : ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا في تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ - **العوامل الاقتصادية** : بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ - **العوامل السياسية** : وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ،

وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة .
وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ .
وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية
وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ،
وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته
وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام
الفيزيوقراطيون (physiocrates) بتادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ،
ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت
أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتحدد الأسعار من طريق
المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكيمي يمليه المشرع . ومعنى هذا أن
الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود
لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب
هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو
(Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت
حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك
العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى
المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس
حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته .

٤٣ - مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ

وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشي فيه المنطق
القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ،
ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون
مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات
من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة
تتجلى قوية في العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد
بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه أحد .

نظرية الاسترطاط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فالعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردحما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن المتلزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجبارى ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لامبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة ، فالجريم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون هو إلا وليد الإرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

لا كما أن نشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يرتب

على الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :
الناحية الأولى أن كل ما ارتضاها المتلزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزمه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيده من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضى هذا الغبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العدل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئيين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته ، فإذا التزم بشئ كان العدل أن يقوم بما التزم

به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .
والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ - انتطاص مبدأ سلطان الإرادة (نغم المبرأ) : إذا أرجعنا

انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح وهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاquده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فانحادهما حكماً يكفي مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة

الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤديه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فحلجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمي بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استنده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضي إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد لتقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رعباً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية الجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعادلة . ومطابوعة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم التائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك . بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي . وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة . بل الواقع من الأمر أن الميراث سق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . رأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج . فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة . ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المحرم قد ارتضي توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة . وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المحرم فيها .

٤٥ - وضع الأمور في نصابها - إلى أي حد تسيطر الإرادة

على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت

سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تخضعها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي تركز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لاشأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرها أكثر منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها . ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعامل غير المشروع ، أو تقرب منها كالأثر بلا سبب .

وإذا خالصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطي وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتة للطوائف والجماعات . كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها

الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتمد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها. وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail) ، وصالح اتفاقية ثلاثين مع المفلس ، ترى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية. كذلك توجد عقود على حرية الإرادة ترجع لاحتلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانسداد القانون للجانب الضعيف ، كما ترى في تشريع العمال وفق عقود الإذعان ودراسة نظرية الامتثال وهي نظرية تتوسع تدريجاً في الترتين الحديثة حتى تتناول كل العقود. ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال حاضرة أيضاً لشكلية تطالبها بعض العقود حماية للمنعاقاة الذي يقدم علي أمر خطير كما في الهبة والرهن الرهنمي . وهي تخضع كذلك لتواعد الشهر حماية للغير حسن النية . وتخضع أحياناً لهواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الجانب الواقعي .

هذه هي الحدود التي يرسها القانون في الوقت الحاضر ميداننا لسلطان الإرادة . فهو يمتد في المبدأ ، ولكن يحصره في دائرة معقولة . تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والواجب العام .

٢ - تقسيم العقود

٤٦ - تقسيمات مختلفة ذكر القانون المدني الفرنسي بعض تقسيمات العقود في غير استقصاء . والتقسيم أقرب إلى عمل النقيه منه إلى عمل المشرع . فليس له التقسيمات كالتقسيم الألماني والتقسيم السويسري . ويمكن مسمي العقود عدة تقسيمات إذا نظر اليه من وجهات مختلفة . فاعتماداً من حيث الشكلية إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

(١) ونفسه في المذكرة لإصلاحه المشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد ورد في مشروع القوانين نصيات . ورد التي توجد في أكثر النصوص القانونية ، لأن المادة ١١٥١ من القانون المذكور . ولذلك يرى من الأجود أن يهمل في الصيغة التشريعية . »
« المادة ١١٥١ من القانون المذكور . » من ١١ في الفقرة .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé). وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte). وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synal-lagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral). وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit). وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire). وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif).

١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

٤٧ - **العقد الرضائي** : هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالراضي وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية ، كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طفرة ، بل تطور إليها تدرجاً . ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات (ad probatum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ - **العقد الشكلي** : هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل

من العقود الشكلية : الغرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر مايقدمون عليه من تعاقده . كما في اذبة والرهن (١) .

(١) وقد يكون العقد وصائفي في أصله فيبقى المتعاقدين على أن يكون شكليا ، أي أن الشكلية تكون واجبة فانفق المتعاقدين لا يتحكم بقانون . مثل ذلك أن ينقض المتعاقدان ، بمقتضى عقد ائتمان . أن يكون التعاقد الهائي بالكتابة . أو بمقتضى شرط في عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فيكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركنا شكليا لا يتم العمل القانوني إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من شروط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون العمل القانوني . وإذا قام شك في تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركبي سكني أو هو الصري للاثبات ، فالقضاء في مصر وفرنسا يتدرج من ظروف الواقع قريبة على ترجيح أحد العرضين ، وإذا لم توجد قريبة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشتغلا بالكتابة للاثبات لا للاعتماد لأن الأصل في العقود أن تكون وصائية . أنظر في هذا المدي محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصري لم يستفرغ على هذا المبدأ وسيتبين ذلك فيما يلي — أنظر أيضا في هذا المدي محكمة النفس الفرنسية في ٢٦ يونية سنة ١٩٠١ سبتمبر ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٢ — وحكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دلتوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق المبري Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدي يشمل على نص في هذه المادة يرجح أن تكون الكتابة للاعتماد لا الاثبات . فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع نص على أنه : إذا نفع المتعاقدان على أن يتوفى العقد شرطا خاصا بشرطة القانون . المفروض عدم الثبات فيها لم يقصد أن يلتمزا إلا من الوقت الذي يتوفى فيه العقد الشكل ينفع عليه . وقد جرى المشروع في ذلك على نهج كبير من تعديلات الحبية (قانون الألماني م ١٢٥ وم ١٥٤ فقرة ٢ — قانون الالتزامات السويسري م ١٦ — القانون البولوني م ١٠٩) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : إذا نفع المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدي أم كان بمقتضى شرط معين في عقد أصلي — كما هو الشأن في اشراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء في عقود الإيجار — فيفرض أن يتبها قد انصرفت إلى ترتيب الضمان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دلالة الفقرة التي تقيدها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعدو مجرد فقرة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألماني تعديلات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذ أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا يتلوى على تكليف جديد ، فيستلزم أن يتفق ذوا الشأن على ذلك كتابة عن يده منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٥٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأي بشأن دلالة الاتفاق عند الشك . بل يستلزم تعديل الشكل في هذه الحالة بضمان العقد ، أما يعتبر الشكل مشروطا بتهيئة طريق للاثبات حسب ما قضت محكمة الاستئناف المختصة أنه لا يجوز استصدار أن يتمسك بحضور الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهي ليست بكافية ، بل لا بد أن تقرن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز النطق فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية . فالشكلي إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

== بالمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد عنق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائي إلى وقت التوقيع على عقد يحزره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذي اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بقدر رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتها إلى تطبيق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويلوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذي اختاره المشروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء في هذا الصدد . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التهيدى عندما تليت في لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص في المشروع النهائي (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٣٧٣ - ص ٧٤ في الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما نقول المذكورة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناس من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للاثبات لا للانقضاء . والراجع في القضاء المصري والفرنسي يؤيد هذا الرأي كما قدمنا .

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلي يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من القانون المدني الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلي يكون شكلياً (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلي من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكيلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التهيدى يشمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي :

١٥ - إذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك . =

٤٩ — العقد العيني : هو عقد لا يتم بمجرد التراضي ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد في القانون المدني الجديد

« ٢ — إذا قرر القانون للعقد شكلا معينا . فيجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكهيلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه . . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى التقنين الألماني (المادة ١٢٥) والتقنين السويسري (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البرازيلي (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يفرضه القانون له بسنخ الطالان أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفا مذهب التقنين البولوني (المادة ١١٠) في هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب . فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لهيئة طريق الإثبات بحسب . فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة تحت باطلا إذا لم يتوقف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بعد ذلك . وبلا حظ أن معنى التعديل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تتطوى على مثل هذا التعارض . فالإتيان على ترميم منزل يبيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (نيك ومورلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسري ح ١ المادة ١٢ بنذرة ٤ و ٥) ... وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلًا يطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف محظوظ ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . « وعندما نلت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدي في طحة المراجعة ، رأيت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استنادا إلى أنه في الحالة التي يصرح فيها المشرع بالمهمة التي يردها للشكل الذي فرده للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفي الحالة التي لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضي دون الأخذ بقربة أخرى . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٥ في المأمس) .

وها أيضا كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء في تفسير نية المشرع في مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذي يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للاتات . وما دام النص قد حذف . وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى الفواعل العامة في التفسير . وعندما أنه إذا عم الأمر ولم يبين القاضي — بعد أن يستنفد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للاتات ، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد للاتات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل في الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان — إن الأصل في العقد أن يكون رضائيا . فإن هذا الأصل إذا جحد بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نعلم في بصر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بسونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه =

مثل للعقد العيني إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدني الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شرط من التزامه . ففي عقود التأمين بشرط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح في هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينة هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدني القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا القانونين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود ، وهذه هي العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضي ، كمقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لأجل التسليم محل الشكل . وقد قللت بعض التقنيات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى القانون الألماني منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده .

٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ - **العقد المسمى** : هو ما خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوحه بين الناس في تعاملهم . والعقود المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن

= كامل في أن يخلق الشكل الذي يريد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يتم دليل على أنه مقرر للاتبات ، فالقروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والشكلية التي لا تمارس مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التي تدخل على العقد المكتوب بتدبيره فتشترط الكتابة فيها ، فمثلها أن يفتق التاجر والتاجر من كتابة عقد البيع على إلتباس الثمن أو على زيادته .

تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال . وإنما أن تقع على العمل وهي المقفولة والزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمي ، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود .

٥١ - العقد غير المسمى : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود : شأنه في ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشير إلى ذلك ، فنص في المادة ١٢٣ على ما يأتي : « ١ - تسرى على العقود ، السمة منها وغير السمة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المقودة هنا ، وتقرر فوائن التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس يقصده إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أعماق مختلفة من العقود غيب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود السمة كالبيع والإجارة والشركة . وعني عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفريق بين العقود السمة وغير السمة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء » . وعندما نلت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش) .

هذا وقد كان للعقد غير السمة في القانون الروماني شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضائي ، وبعضها عيني ، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي العقود غير السمة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ - عقود يقوم فيها =

وتفاوت التقنيات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويفتضبط اقتضاباً مغللاً تنظيم عقود المقاوله والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور . ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كمقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد الزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن يتفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث بأخذه إذا وفق في إثبات الإرث (*contrat de révélation de succession*) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يعجل له مبلغاً معيناً ومازاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة (١) .

== الطرف الأول ينقل حق عيني فيتبريد في جانب الطرف الآخر التزام ينقل حق عيني كذلك (*do ut des*) ، مثل ذلك المقايضة . ٢ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (*do ut facias*) ، مثل ذلك الهبة بعوض . ٣ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (*facio ut facias*) ، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (*convention de précaire*) . ٤ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (*facio ut des*) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (*aestimatum*) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا ما عاها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

(١) أنظر والتون ١ ص ٩٨ - ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الرطبية بأن العقد الذي يعطى به شخص لأحد محاليس المديرية قطعة أرض لتعير بمعد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ الهامة ٣٠ رقم ١٥ ص ٢٣٣) وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتتلاً على الترامات متبادلة ، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية لسيا) قطعة أرض بشرط أن يقير عليها =

٣ - العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ - **العقد البسيط** : هو ما اقتصر علي عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمي كالبيع والإيجار . كما يكون عقداً غير مسمي كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ - **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة . ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . علي أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها . وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق علي كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي . كما في عقد التليفون : وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات التليفونية (١) ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

== مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا قايضة ، وإنما هو عقد غير مسمي ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت ليان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (هنس مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ . المخامة ٨ رقم ٢٦٠

٤ - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ - **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ - **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديبا غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائئا غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المجورة . يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردده عينا ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لانكويته ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لأثره .

٥٦ - **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلي أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لازاما في العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتي :

(١) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمني (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوماً في كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد) أما في العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه

هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ،
فبقي أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول (١) .

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الخيارة ، في القانون المدني الجديد ،
عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية في القانون القديم كما أسفنا
الذكر . فالنسيم لم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المير والمقرض والراهن .
على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية في القانون القديم ، كانت في رأينا مدمرة للجانبين
(أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المير والقرض والراهن كان
— ولا يزال — مائزاً بترك العين في يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذي ينتهي به العقد .
وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بإعادة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز
للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفي عقد القرض يأتم القرض بعدم استرداد مثل
ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقرض بدفع القوائد المشروطة . فإذا
أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد
عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نسكون في حاجة إلى القول
مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لحانب واحد كما تنطبق على العقود
الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في هذه العقود بالإسقاط
(déchéance) ، بل تبقى الفسخ على طبيعته ، وتقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، ونحوه
في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصدها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام
في الفسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة
التزاماً لركناً . وذلك لأن كلا من القرض والمير والراهن إذا فسخ العقد في حالة إخلال
المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشيء
إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأي (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٥ —
ص ٦٦ والدكتور عبد المطلب خيال هامش فقرة ٥٢) . وتتحصل اعتراضاتهم فيما يأتي :
(١) أن وصف الواجب السلي المفروض على المير بترك التسليم ينتفع بالعين العارية ، وعلى
الراهن بترك المرتهن يستغل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب
مفروض على الساكنة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلي المفروض على المير وعلى الراهن يختلف
اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلي المفروض على الساكنة . فإن الساكنة لا تربطهم علاقة
شخصية بالتسليم والمرتهن ، فواجبهم السلي في احترام حقها هو ذات واجبهم السلي في احترام
أبي حق آخر . أما المير والراهن فقد ربطتها علاقة شخصية بالتسليم والمرتهن ، والقرض
نحوها التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامها
الشخصي بعدم استرداد العين وواجبها السلي في احترام أبي حق آخر لا تربطها بصاحبه
علاقة شخصية .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلاً من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . فإذا طوَاب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد) . وهذا مايسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (risque) يكون على المتعاقد الذي استحاله تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحاله على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، فينسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذي استحاله تنفيذ التزامه قد تحمل تبعه هذه الاستحالة . أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذي يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي استحاله تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، ولا يعرض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذي تحمل التبعة .

(ب) أن تسليم العين المقود عليها يتضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شيء واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لا لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحاً في عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف أن الفرق بين العارية والإيجار إلا في الأجرة ، وهاتين ترى المؤجر يلزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينفع بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلزم العير بتسليم العين العارية ويترك المستعير ينفع بها إلى نهاية العارية !

(ج) إذا أمكن تصور الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

(٤) في العقد الملزم للجانبين يعتبر النزاه أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧ - العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagma tique imparfait)

وكان القانون الروماني يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدوره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني لأن اعتماد الملزومة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً أحرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود - سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد - يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة في أن تسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمه العقود الملزمة للجانبين .

٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ - عقد المعاوضة : هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابل ما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول . لأنه أخذ كفالة في مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطي دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المتعاوض قد أعطي المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ - عقد التبرع : هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابل ما أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابل ما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذي قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله

لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك نَحَوُّ المشرع فاشترط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠- أهمية هذا التفسير: والتمييز بين عقد التبرع - تفضلاً كان أو

هبة - وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة - الوديعة والإيجار والعارية - تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتندرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزارعة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليسية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

٦ - العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ - العقد المحدد: هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين

أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ - العقد الاحتمالي : هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو العدر الذي أعطي . ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عند احتمالي . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطي لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً . فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذي أعطي وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلي محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ - أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (alea) في المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع ، وإن حسب المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطي لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهي لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انفادها والزرع قبل نباته بثمن جزاء . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما ينبغي كماله ما أخذ (١٨) أبريل سنة ١٩٤٨ المجلة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥ .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة في العقود الاحتمالية : لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالي يتحملة أحد المتعاقدين (١) .

٧ - العقد الفوري والعقد الزمى^(٢)

٦٤ - **العقد الفوري** : هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .
فبيع شيء يسلم في الحال بثمن يدفع في الحال عقد فوري ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم في الحال ، فهو عقد فوري التنفيذ .
وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن (٣) . فالبيع بثمن مؤجل ، عند ما يحين وقت تنفيذه ، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذي يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عند ما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .
وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما في الأمثلة

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبناني ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن . ويمكن حمل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة في جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أي تعادل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقدين الآخر .

(٢) رجعنا في هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحى حجازى ، عنوانها « نظرية عقد المدة - العقد المستمر والدورى التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمى « العقد الزمى » ما سماه الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة » . ولا يراد بالعقد الزمى في مستهل تطوره الفقهي . ومن الخير أن يترك اللفظ حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للإشارة إليه في أماكن أخرى منفردة .

(٣) وإذا كان قد روعى في الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التي أجل فيها ، فإن الزمن في هذه الحالة لا يتدخل إلا في تحديد الفوائد ، وهى في العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما في الفوائد ذاتها ، ولزمن عنصر جوهرى .

المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به محل العقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن - وهو أجل إجباري - لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به العقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قدمناه فوري التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أي بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد محل العقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري - أرضاً كان أو بناء أو عروصاً أو نقداً أو غير ذلك - إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أي أن له جرمماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني ، أو هو - كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي في رسالته المعروفة - حقيقة مكانية لا حقيقة زمنية . وإنما سمي بالعقد الفوري ، ولم يسم بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نفي الزمان عنه .

٦٥- العقد الزمني : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ،

بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمنية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المقنود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمني ، لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذي يحدد مقدار محل العقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك

عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مقدم من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعله يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فمعتود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعتود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعتود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ؛ وعقد ذي تنفيذ دوري (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ — أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية

هي أن المعتود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويرتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمني والعقد الفوري نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفوري ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كنه وزوال جزء منه ، إذ تمحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفوري انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمى تتقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا فى الوجود فحسب بل أيضاً فى التنفيذ ، فاتم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التى انتفع فيها . أما فى العقد الفورى فإن التقابل إذا كان تاماً فى الوجود فهو غير تام فى التنفيذ . ففي عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والتمن من حيث الوجود ، فليس من الضرورى أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أكثر الأحوال . أما فى العقد الزمى فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمى ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة رتجى من الإعذار .

(٥) العقد الزمى لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً (١) .

(١) وهناك تقيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحة متعارضان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تتجاوزهما إلى غيرها . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعاضداً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تثلث أن تزول فى أهم مشتلتها بانقال ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم فعلى التقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منقلاً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين فى الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين ، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذى يسمون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء يمانل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري فى عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء . بل هو أيضاً يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع لتسيير الأعمال (contrat collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التى تسمى على مفرد أصل الفردية بين العامل =

٦٧ - ترتيب البحث في العقد: الآن وقد فرغنا من التمهيد لتكلام في العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ورتب البحث على النحو الذي سار عليه القانون المدني الجديد ، فتناول في فصول ثلاثة :

١ - أركان العقد .

٢ - آثار العقد .

٣ - انحلال العقد .

== ورب العمل ، فينضم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كمقد الإيجار ، فإنه يخاق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يمتد أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة . والوكالة وهي عقد ذاتي يمتد أثرها هي أيضاً إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . والشركاء في عقد الشركة ، التي هي اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم تدرك الدبيب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه في الفقه الإداري ، لم يسد في الفقه المدني .

الفصل الأول أركان العقد

٦٨ - **مصر أركان العقد:** العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فلعقد إذن ركنان : التراضى والسبب (١) .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لافى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاء الشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- ١ - التراضى .
- ٢ - المحل .
- ٣ - السبب .
- ٤ - البطلان .

الفرع الأول

التراضى

٦٩ - **وجود التراضى وصحته :** يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لا يكفى

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

لصحته. بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين
فنبحث إذن :

١ - وجود التراضي .

٢ - صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ - التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من القانون
المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع
مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المسادة ٩٣٥ منه على الوجه
الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون
أوضاعاً معينة لانعقاد العقد . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد
ما يأتي : « قطع المشروع بإثبات مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم
يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا
القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة
الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد
سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة
الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا المدول .
ولما تبلى النص الذي تخن يصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ،
فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يجر
القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط
أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يثنى عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المسادة بالنص الآتي : « يتم
العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يجره القانون فوق
ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت
رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي
بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (آخر في
كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ - ١٢٣) .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين (١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ - أركان الإرادة (أو العمل القانوني) : والإرادة بهذا

التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضى بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتنتج لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني : ويعيننا هنا وجود

الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بدهاء أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المحاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

(١) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران : فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المراهنين المبالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في للذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢٠١ ص ١٠) .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقرنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهها جدياً لإحداث أثر قانوني (١) .

(١) وقد قضت محكمة النفس بأن المقصود بالإرادة الصحيحة هو كون المتصرف مبرراً بفعل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مبرراً بفعل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية المقصد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده والغرض منه بيان الأبد من زيادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف قانوني (وكان المتصرف وقت تحرير المقدم مريضاً مريضاً عصبياً أفقده الإرادة وأنهى بالانتحار) (تتم مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نصين في هذا الموضوع حذفنا في المشروع النهائي . وكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقلي ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص قد تميز . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكتفي لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتنويم المغناطيسي (أنظر التقنين الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣) . ويفرق القانون الأخير بين التصرفات التي تعقد بإرادة مفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والكرسيه لبطلان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى معالاة هذا القانون في الخرس على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ - وولستون ١ ص ١١١) . ولما تبنت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بمجرد أن صاحبه قد أصغر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني » . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تثير من فورها أمر البحث في الفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تضاق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فأيها يؤخذ ؟ أخذ للمشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سندا قويا في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تمتد اعتماداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة في ذلك بترعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني التعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يسد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إبطال المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١٢٢) . ولما تبنت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٣٠ في الهامش) .

٧٣ — كيف يتم التعاقد: والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العريون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعريون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ — تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فتتكم : (أولاً) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و(ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد .

§ ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ — الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى يتعقد به العزم على شىء معين (١) .

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها إعلان تحضيران ويليها عمل تنفيذى . فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (délibration) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إمضاء العزيمة فى هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هى الإرادة (volition) . فإذا انقضت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهى مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هى عمل خارجى ، أما المراحل الثلاث الأولى فهى مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هى الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شىء سابق ، ولا تتلبس بالتنفيذ ، وهو شىء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لاتسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى ، =

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ - التعبير الصريح والتعبير الضمني : نصت المادة ٩٠ من

القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود . »

« ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) . »

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادى المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

= وهو بطبيعته عمل معقد، يمر على مراحل متباعدة بعضها عن بعض تيمراً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان ، كفضرة تنفط في بحرى ، فتتخرج باناء ، فتؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لايزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادى ، فيستخلص أسباباً للاقتداء على العمل وأخرى للاجتماع عنه ، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتنعم التحليل الأقدم أن هناك قوة نسبة مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هى التى تتولى البت فى الأمر وتكون حكماً لا تعقب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهى ليست مستقلة عنها ، وما هى إلا امتداد طبيعى لما أودع فى الإنسان من تفكير وتوجيه وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتى :

« ١ - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير . »
٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تبليت المادة فى لجنة المقانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأيت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأى فى جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤ و ١٥ ص ١٩) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهراً موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة ، وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أى شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع . مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً . فإشارة الأخرس غير المهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس توافقت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبغ الحلوى أو لتوزيع ضوايح البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء

(١) وقد كان المشروع التيمبدي يشتمل على النص الآتي (م ١٣٤ من المشروع) :

١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسماء الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بأمور أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض . فاقترح حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في الهامش) .

(٢) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول . كما سبق . (قارن حكماً لمحكمة النقض - الدائرة المدنية - في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عشر ٥ رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استحدثت المحكمة قول المدعي إليه قبولاً ضمناً من سكوته عن الرد على مانضته (الإنذار) .

ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعد بالبيع يرتب حقاً على العين الموعد ببيعها (١) . وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبق في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدبر ملعب يعدل للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (٢) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ، في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه

(١) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أصبانيا تشمل العين الموعد ببيعها (نقض مدني ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضنياً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه ، وقالت في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله الحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيد أنها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجع » . (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أي التعبير الذي يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمني هو التعبير غير المباشر — أي التعبير الذي لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقة محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر . والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير غير المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويراعى أن الفارق العملي بين هذين العبارتين ضئيل إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شيء فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، تاركاً أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥) .

الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهدبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استولى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلي نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفى هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولا به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم (٣) .

(١) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لافتراض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن يجب الحيطة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٤٨ فى الهامش .

(٣) وقد جرى القضاء المصرى على الاعتداد بالتعبير الضمنى عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلماً معيناً أو ضرباً من ضروب الصرف قد يمتنع إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

٧٧- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (*) - تمهيد: إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الإثنان متطابقتين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل في فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلي بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها . تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتيها العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) . والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

٧٨ - نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل لإثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة .

(*) بعض المراجع الرئيسية : سأل في الإعلان عن الإرادة - بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ - ديموج في الالتزامات جزء أول - بلانبول وريبير وإسهان جزء أول - ديريه (Deroux) رسالة في تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالاً له في مجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ - مقال الأستاذ ميال (Meynial) في الإعلان عن الإرادة في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ - ص ٥٧٣ - مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيليوم دى بيزان (Guillaume de Bezin) في الإعلان عن الإرادة في القانون الإدارى الفرنسى في مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ - ص ٥٨٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٨٢ وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

ولكنها - حقيقية أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة :
الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش
ولا بإكراه ولا بغلط .

٧٩ - نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration

de volonté) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث
فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا
من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في
القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي
الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ
الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ
هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ،
دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة
اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى .
فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في المظهر
المادى لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة
لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من
طريق التعبير عنها ، فلا يحتاج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى
على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه
النية (١) .

(١) وقد تأثر القانون الألمانى بالفقه الألمانى ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة .
وطبق القانون الإنجليزى هذه النظرية في كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل
شخص طرقة للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ،
ولا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً يتلاءم مع
هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في المقدمه طبعه تاسعة م ٥ - م ٦ - وولستن في المقدمه
جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الصريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعنى أى بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ،
إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعنى الظاهرة من الألفاظ التي استعملها
المتعاقدان ، فلا يعدونها إلى المعنى الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق
لبعض العبارات والألفاظ ، ووقفهم طويلاً عند شرح ما تضمنته هذه العبارات من المعنى ، =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً - ساً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمناً . وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل تنسي . بل تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة . هي التى تقف عندها . وتقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلىة - ولو اكتفوا بذلك لانفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصيل للإرادة . فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلىة ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهـر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته (١) .

= وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم ورأينا استسكاكاً باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزهن جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تغلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والعتاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ من ٧٨٧ - من ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا ينفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مفصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يرفع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويتنب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعنى به فى التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجى لتحدث أثرها القانونى (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المنشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر فى هذا المعنى فون تور Von Tuhr من ١٣٢ - سالى فى إعلان الإرادة من ٢ - رسالة الدكتور الشينى المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس فى تكوين المقصد وتفسيره فى القانون المدعى المصرى الجديد من ٦٤ هاشم رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حولو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، =

٨٠ - موقف القانون الجبرير: وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف
انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
فلم يحدد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل ترحزح قليلاً نحو الإرادة
الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل . على أنه لم يبلغ مبلغ القانون
الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال
إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ،
فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة
الظاهرة .

٨١ - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره: والتعبير عن الإرادة - سواء
كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة -
لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى
به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : «ينتج

= بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ -
رسالة الدكتور الشبي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهي
لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقما
يستطاع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من
ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاص به دون جزاء ، بل
يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس السولية التقصيرية ، لمن اطمان لهذا المظهر حماية
للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة
الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى
الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير
المقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية
فيما يتجنى سريرة التعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره
تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل .
(٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير المقدم تصبح مسألة قانون تخضع
لرقابة محكمة النفس ما دام الفرض ليس هو تفسير نية التعاقدين بل تفسير نص المقدم ، فيكون حكم
ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة
واقف لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى - وستتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام
في تفسير المقدم .

التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قريبة على العلم به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك (١) « ولا ننظر لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه ولا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي ترتب عليه الآثار

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدى (م ١٢٥) على الوجه الآتي :

١ - ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل به إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ - إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يحظر الضرب الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاوت في الإخضرار اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعاً لأنها تقرر حكماً تفصيلاً لا ينعن أن يقرر بسبب تفسيري ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بعلم . ولكن لما كان من أمراً معدراً للإنسان يجب أن يؤخذ البوصلة قريبة عليه لأنه أكثر انضاماً ، على أن تكون هذه القريبة ذاتة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يجعل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قريبة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بإبقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٩ - من ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد برز من قليل - وعين لبقائه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لبقاء القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في العالقية النصي من أصوله وأحكامه . ومن المروق النادرة ما بين القانونيين أن القانون السوري لم يقل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر لإنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين العائنين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (م ٩٨ من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين العائنين .

القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) .
فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابياً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذى أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه . هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه . ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى . أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سترها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقريئة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قريئة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القريئة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) .

(١) لم تورد الذكره الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى (وهى القابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى يبينه فى التنبؤ . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً ووجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يمتشى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) . وهذا ماورد فى الذكره الإيضاحية فى صدر المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى : «تناول هذه المادة تعييناً وقت الذى =

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ - الموت وفقد الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :
وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي . فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده لأهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من

= يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً تماماً لا يتأثر وجوده بوفاة من صدر منه أو بفقده أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة الزوم له تفريراً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، وحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (١) .

وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (٢) . ويرجع هذا في رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة في النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك في أن حكم القانون الجديد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يفظ إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مفصلاً على موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المسادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء في تقريرها ما يأتى : « اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : « ينقض التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع في هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف في مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا ينسب للورثة أو يمثل فاقد الأهلية الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصاغ لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارىء . هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهي أو منطقي سليم ، بل الفقه والنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتي ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح . وقد وافق مجلس الشيوخ على المسادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩ - من ٣٥) .

(٢) أظن محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ٤ من ٤٤٩ - محكمة طنطا في ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ من ٣٠٥ - وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ في عند الهبة فتصان على ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو يفقد أهليته لتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون النورى الجديد - وقد سبق الإشارة إليه - اختار مذهب القانون المدنى القديم ، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص مادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو يفقد أهليته .

في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة . وقبلها الآخر . ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل . فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (١) . ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلزم بها الورثة بعقود مورثهم (٢) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات . أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً . كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه . فإن القبول يسقط بموت القابل (٣) .

(١) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر والمشروع التمهيدى . لأنك نقول أيضاً بتمام العقد في الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا الفرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(٢) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي . سواء القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat) .

(٣) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهي التي تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبر لم يأت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة تطبيقه للسكون الإيجاب ملزماً ، وهو -

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (١) .

== في هذا الصدد ما يأتي : «بعض النسخ بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو فقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لازوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإيجاب على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه» .

وهذا التعليل إذا صلح في قانون يبتد الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يبتد الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بنوت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذ قالت : «ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير» . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية مد وصل التعبير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي نبناه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول . وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضي بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٧٣/٥١ من هذا القانون تنضان على أنه «يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصبح قبولها ممن يقوم مقامه» . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لانس عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويتربط على الجمع بينهما ما يأتي : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومعنى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات للموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

§ ٢ - النيابة في التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ - تمهيد : التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمناً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ولا يسقط بموت النائب أو فقد أهليته . كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (١) .

* بعض المراجع الرئيسية : ديوج في الاتراعات ١ ص ٨٩ - ص ١٥٥ - بلانول وريير وإسمان ١ ص ٥٤ - ص ٦٧ - ييلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ - أودينو (Aulinot) في النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كورسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - بولاند (Roland) رسالة من لييج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنيانو (Pobesco Hamnicéano) رسالة في النيابة في القانون القارن سنة ١٩٢٧ - كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع القارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٢٠١ - ص ٢٤٢ - نظرية المقعد للمؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ٧٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منضجاً معقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستصحب على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفي حدود معينة .

كان القانون الروماني يعترف من قديم بنبابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله دائماً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنبابتهما في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ، ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن يتوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون الصادر لعبر دعوى قبل الموكل مع استيفاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، مالم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصى والقيم ، فقد كان يعطى دعماً لدعوى الغير ، وفي =

والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق ، كما في الولي والوصي والقيم والسنديك والحارس القضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة (١) .

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتخصص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ،

== هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائماً بوكيل ، فهذا ما لم يتم في القانون الرومانى إلا في حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقى الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جبرار ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ - وانظر في القانون الفرنسى القديم برسو (Brissaud) ص ١٤٤٣ وما بعدها) .

وفي الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فتجع إلى الوكيل ، وهو في هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ - ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما في الولي ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما في الوصي والقيم والحارس القضائى ، فإن جبة قضائية هي التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما في الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضى صفة النيابة . وتكون نابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثانى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين حذفنا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتي : «يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «١٥ - النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ - يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة» . (أنظر في هذا وفي المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ٩١) .

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها . إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو (١) . والخصوصية في التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته

(١) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل ، كان رسولاً في حدود هذه التعليمات ونائباً في خارج هذه الحدود (أنظر في هذا المعنى بلانويو وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففي الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب في إمضاء العقد ، ونتيجة هذا الاشتراك توزع شروط الإفادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتهما في إمضاء العقد . أما في النيابة القانونية ولعقد يعتقد بإرادة النائب وحده ، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ - ٨٠ - وأنظر في النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتى النائب والأصيل في إبرام العقد ديموح ١ ص ١٤٧ - ١٥٠) .

وانظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريق الافتراض القانونى (fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولاً كما يقول سافيني ، أو أن إرادة النائب تعمل على إرادة الأصيل كما يقول إهرنج ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول مينيس (Mittos) ، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذى تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Charise) أيل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ - ص ١٦٥ . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصيل ، هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهى إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية (أنظر الرسالة المتقدمة الذكر ص ١٦٧ - ص ١٧٨) . وانظر في رأى للأستاذ بولانجيه (Boulangier) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصيل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو انعقاد إرادة النائب تعمل على إرادة الأصيل ، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجيه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلاريز في رسالته (ص ١٣٧ - ص ١٤٠ ص ٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة في عمل مادى (fait matériel) لا في عمل قانونى (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التاجر عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه التاجر ، وتشبوع في هذه الحالة يكون مشولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا في الأعمال القانونية حسب بل وفى الأعمال المادية (أنظر في هذا المعنى شيروني (Chironi) في المسؤولية للاعقوبة جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها - مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة و الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في العمل كنيابة التابع عن المتبوع و نيابة الفضول عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به الفضول عملاً مادياً .

هو أن هذا التعبير ينتج أثره لافي شخص صاحبه كما هو الحال في كل تعبير عن الإرادة ، بل في شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة . ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفي العقد فتحل إرادته محل إرادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نقردها بالذکر .

فتتكمّل إذن في مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - **مصرفه الشروط :** حتى تكون هناك نيابة يجب :

- (أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .
- (ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .
- (ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ - **النائب والرسول :** تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . ففي الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه . ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبارة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التي تلحق هذه الإرادة . أما في الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبارة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر في عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ - العبرة بإرادة النائب وبنيته : ومن ذلك نرى أن مجرد انوساطة لا تكفي لتحقيق النيابة . بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصح إرادة من تعاقد معه معينة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا في صحة العقد إذا وقعا من الأصل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصل . وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سيء النية وتواطأ مع المدين المعسر . فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك . فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد يتعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل ، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

(١) قارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلى بهجت بدوى ص ٧٩ - ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حسانت أبو سبت من ٩٣ - ص ٩٤ .

١ - إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أوفي أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حكماً .

٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهد النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حكماً أن يعلمها (١) .

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص . ولكن القضاء والفقهاء في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي :
« يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٧ بالنسبة الآتي : « ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهد النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : « عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى نأستعاض عن التعبير ، « بوجوب العلم بها » بالتعبير « بافتراض العلم بها حكماً » ، حتى تكون دلالة النص أضيقت . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يمتشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى » . وأصبح رقم المادة : ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي و هذا تصد ما يأتي : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فإما إرادة النائب هي التي تنشأ لإبرام العقد بجميع ما يلائمها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا ائترع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط . أو نعدليس ، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براه من شوائب اليب . أما فيما ينس بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين مسر ترواطاً مع نائب المشتري ولو أن الأصيل ظل بمنزل عن هذا التواؤ » . (أظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ص ٩٤) .

مصر كان يعطلان دون نص يقتضيان هذه الأحكام (١) .

٨٧ - أما الأهلية فينظر فيها للأصيل: ولا يتخذ من أن النائب إنما

يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن لأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان يعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل . فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل . فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة . فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ يونيو ١٩٠٥ - ١٧٠ - ٢٧٧ - نظرية العقد

للدولف فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٦١ . والعمرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، ولو أن الأصيل لم يكن أهلاً لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل . وكان أهلاً له وقت مبايعة الوكيل للتعاقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز لاسميه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ من ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل بطلان العقد ، ويصح أن ينتقل إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المدكرة الإيضاحية المتروحة التمهيدى ، في صدد توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : « وعلى قبيض تقدم يعتد في الحكم على الأهلية لشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فإدام النائب غير أهل لعقدتها . كان عقد الوكالة وحده قابلاً للبطلان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٩٢) .