

أركان العقد

٦٨ - مصر أركان العقد : العقد يقوم على الإرادة ، أي تراضي المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فالعقد إذن ركنان : التراضي والسبب .

وأما المحل فهو ركن في الإلتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الإلتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الإلتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينهن فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الإلتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحت القواعد التي يقوم عليها التراضي والمحل والسبب ، وكذلك الجزء الذي يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

١ - التراضي .

٢ - المحل .

٣ - السبب .

٤ - البطلان .

الفرع الأول

التراضي

٦٩ - وجود التراضي وصحة : يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد ، فإنه لا يكفي 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 " .

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أقر 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 يقضي بأن يكون بحث العقد داخلا ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعا 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 الصادي من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذى أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني : ويعني هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بدهاءة 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 المجالات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتقد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني .

٧٣ - كيف يتم التعاقد :

والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذي قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر لتعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها بائناً ، ويتحقق ذلك في الاتفاق الابتدائي وفي العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين (٣) مرحلة تمهيدية في التعاقد : الاتفاق الابتدائي والعربون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ - تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولاً) في التعبير الصادر من الأصيل ، و (ثانياً) في التعبير الصادر من النائب ، أي النيابة في التعاقد .

١ - التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ - الإرادة ومظهر التعبير التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين .

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 دلالاته على حقيقة المقصود " .

" ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو ينفق الطرفان على أن يكون صريحاً " .

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

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذته - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهرًا من موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف 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 أي شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعا 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 المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت 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 أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً .

ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً .

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 ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك . وكالموعود بالبيع يرتب حقا على العين الموعود ببيعها (١) ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبقى 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 يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه .

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 الحالة الأخيرة 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 يكفي بالتعبير الضمني . وهي أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروي وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذي ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه في 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) () . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً أن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا في الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك () .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمني كان معمولاً به قضاءً دون نص في ظل القانون القديم .

٧٧ - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - تمهيد : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ما دام الإثباتان 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 يعملها ولكنها مكتوبة ومعلقة في غرفته ، وكمن يوصي 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 . ولكنها 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 نظرتهم 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 (volonte interne) :

وهي تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضي إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة - 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 (Volonte externe, declaration de) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثرا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرًا اجتماعيًا إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي ، وجب أن تتجسم في المظهر المادي 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 يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية .

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقًا خاصًا لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيرًا صريحًا أو تعبيرًا ضمنيًا ، وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة مظهرًا من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسي ، بل تبرز إلى العالم المادي في علامة ظاهرة ، هي التي نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجي للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجي لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجي هو العنصر الأصلي للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليل على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعي أنه أضمر غير ما أمظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذي اختاره لإرادته .

٨٠ - موقف القانون الجديد : وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل ، على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقتراجه 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 التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجود 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 تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (Efficacite) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أي قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ، ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذي أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذي لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتي الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانوني ، 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 بول مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثره 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 هي نظرية العلم التي سنراها في التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوي عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم

شيء أحاطوا به علمًا وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذي يحمل عبء الإثبات .

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه مترددًا ، غداً 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 ، وسنرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ - الموت وفقر 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 وجود 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 ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير يعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل) " (

وقد كان القضاء المصري في ظل القانون القديم يجري على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة .

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 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 ، فقلها 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 " .

ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم () . 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 فناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل () .

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 () .

٢ - النيابة في العقد (*)

(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 فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

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

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 . واما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا في عقد الوكالة () .

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 الرأي القديم الذي

كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمس 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 ، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو () . والخصوصية في التعبير الذي يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن هذا التعبير ينتج أثره لا في 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 ارادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو في الفرضين أن الشخصي يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر .

فنتلّم اذن في مسائل ثلاث : (ا) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - حصر هذه الشروط : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وان تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وان 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 ، والعبرة 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 ، والعبرة 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 الوساطة 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 الأصيل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فالولى أن يؤثر في صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون اثراً 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 الأصيل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل . 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 الأصيل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصيل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ، على أن إرادة الأصيل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول () .

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

" ١ – إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً . "

" ٢ – ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أن كان من المفروض حتماً أن يعملها () . "

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقهاء في مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام () .

٨٧ – أما الأهلية فينظر فيها للأصيل : ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد () .

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 () . 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 () .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة هو الذي اضفى على النائب صفته ، وهو الذي يعين أهليته وأهلية الأصيل . فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً – مميزاً أو غير مميز – كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا في الوصاية والقوامة .

الشرط الثاني – استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ – مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته ، وهي الحدود التي عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذي نعامل مع النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد في حدود نيابته . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديري الشركات ووكلاء الدوائر ، وان يكون العمل الذي قام به يدخل عادة في حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذي انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند () .

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائها () " . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . (والنص الثاني) ورد في عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتي : " - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه أخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة () " .

٨٩ - إقرار الأصيل لهذه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة لوم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصيل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار () .

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ - الاسم المستعار الو المسخر (prete - nom) : ولا يكفي أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف اثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

ومع ذلك يضاف اثر العقد إلى الأصيل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : " إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته

نائباً ، فان اثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " () .

٩١ - التعاقد باسم الأصيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومة في محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

ب - آثار النيابة

٩٢ - العلاقة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فاثـر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ - العلاقة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - العلاقة فيما بين الأصيل والغير : تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختفي شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما اثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " () .

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

ج - تعاقد الشخص مع نفسه (*)

٩٥ - نظرة عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصا واحدا يكون نائبا عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائبا عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص وقد حلت إرادتين () .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الايطالي والشرعية الإسلامية والشرعية الانجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحتها في فروض معينة ، والشرائع التي أباحتها حرمتها في ظروف استثنائها ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التي تحرم الشرائع التي تبيح .

٩٦ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وان يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو أباحتها وجود خطر يهدد مصلحة الأصل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية () .

٩٧ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد :

أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة . " ()

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز ، سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلاً في بيع مال فاشتراه لنفسه () ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلاً في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين () .

وهناك رأي يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأي وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي () . ولكن تبيننا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا اناب عن غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الانابة إلى حيد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، يكون شأنها شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في حق الأصيل إلا إذا اجازته . وهذا ما يقضي به صراحة نص المادة ١٠٨ .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وان يرخص مقدماً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، يكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالف الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة ٢٠ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر – ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه – وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة

إلى الولي فتجيز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده
بمثل القيمة أو بيسير الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات () . ومثل ما
تقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد
القانون التجاري () .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتصق في نظرية
البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثاني

توافق الإرادتين

٩٨ - التمييز بين حالتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقهاء والقضاء . وهذا بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتقنين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على موالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، والى أي وقت ، وكيف يفترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

١- المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول : تقدم أنه لا يد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين ح يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فنتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقتترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

١- صدور الإيجاب :

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات () قد تطول . ويعتبر من قبل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كان يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص (م ١٣٤) يقي بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض () . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة () .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد . ولا مسؤولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانوني .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول ، فإذا اثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وأنبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

١٠١ - الإيجاب المعلق : وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذي صدر منه بالثمن الذي عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفذ الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه .

١٠٢ - الإيجاب البات :

فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون . فينفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمة .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول () . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبنى هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم

الأول بالألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته () . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية () .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب فى تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمنى ، ونظرية المسؤولية التقصيرية () .

١٠٤ - فى القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعى . فقضت المادة ٩٣ بما يأتى : " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة () " . فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم نعد بعد هذا النص فى حاجة إلى البحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح فى أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أى أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هى إحدى الحالات التى نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للإلتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذى يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً فى الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي () . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبل يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر () . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب ، أن يتربص الموجب مستقبلياً بإيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله () .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، وما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المادة كما سيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

سقوط الإيجاب :

١٠٥ – الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولا يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م ٩٦ وسيأتي ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضي المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " يظل الموجب مرتباً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصح غير لازم ، ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لا حق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق إرادتين () " .

١٠٦ – الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم – وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد – فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انقض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤) .

١٠٧ – القبول بعد سقوط الإيجاب إيجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذي قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتي بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه

قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذي سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً () . ونرى ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع – وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها – إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب – اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ – الميعاد الذي يصح فيه القبول – مدة قيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً – ويجوز أن يقترن بالقبول – ما دام مجلس العقد لم ينفذ . فإذا انقضت الإيجاب وامتنع ؟؟؟؟؟ .

١٠٩ – مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها : " ١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .

٢ - ومع ذلك يتم العقد ، واو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد () " .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : " إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى

شخص حاضر . وقد اخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفي قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تقع بين الإيجاب والقبول . وقد روى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد () . "

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة () - يقتضي أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والحرص ما لا يخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغليين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ، وصادر احدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أي منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد في انقض ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو ف ينظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد () .

١١٠ - لا تحثيم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذي يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بدهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه " يجوز لمن وجه إليه الإيجاب

أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة () " .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم العادل بما يأتي : " وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله . على أن الإساءة في هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التعسفي ، فمثل هذا الرفض يرتب مسؤولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو ابعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك () " .

١١١ - كيف يطابق القبول الإيجاب : وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذي قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وان يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذا المعنى روى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة . فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه " لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين ، حتى لو اثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة () " .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة () " . والذي يسترعى النظر في الحالة

التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من إنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وإن القانون قد افتراض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، ما دام إنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضي فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المؤلف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم في صنع العقد () . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضاً إنهما أراد أن يحل القاضي محلها لبيت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ، فتراضيا على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهي عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وإنهما تركا للقاضي أن يبيت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعاهما أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهم لم تنصرف إلى ذلك ، وإنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولنحتم على القاضي أن يقضي بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التي تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية () .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذي قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذي تنص عليه المادة

٩٦ من القانون الجديد إذ تقضي بما يأتي : " إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً () " .

ج - حالات خاصة في القبول

الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا : (*)

١١٢ - المبدأ العام : لا محل للكلام في السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولا ؟

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته ، مجرداً عن أي ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل ايجابي والسكوت شيء سلبي ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : " لا ينسب لساكت قول " . وليس السكوت إرادة ضمنية ، فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم () ، وأولى بالعدم أن تكون دلالاته الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء في مصر وفي غيرها من البلاد () .

١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات اقرها القضاء المصري في ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد في نص صريح ، فقضت المادة ٩٨ بما يأتي :

١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سبق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض إيجاب لمنفعة من وجه إليه () " .

فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابس من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء () . هذه الظروف الملابس ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجاري الذي جرى عليه العمل قضي بأن السكوت يدل على الرضاء () ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعمليه عن حسابه في المصرف ، وذلك أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له () ، أو كانت طبيعة المعاملة

تقضي بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في " الفاتورة " شروط مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها () .

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدتها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاً وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عودة () . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولا إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً () .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاً ، كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت () .

وليس فيما تقدم إلا امثلة لم ترد على سبيل الحصر ، فكل سكوت تلازمه ملاسبات تدل على الرضاء فهو " سكوت ملابس " () (silence circonstancie) ، ويعتبر قبولا ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة ، وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : " السكوت في معرض الحاجة بيان " .

الحالة الثانية – تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ – يعتبر القضاء المصري أن التنفيذ الاختياري للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم العقد به ، ويعتبر قبولا ضمناً () . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيها العقد فيتبع في شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضي القواعد العامة – على ما سنرى – أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختياري وفي المكان الذي علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكانا لمشروع التمهيدي يشتمل على نص في هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضي بأنه " إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف

الآخر ببدء التنفيذ " . ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائي ، حذفته لجنة المراجعة لأنه " من التفاصيل التي لا ضرورة لها () " . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين بحصول التنفيذ لا بعلم الموجب به متى اتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ ، ولا يكون هذا الأخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمني الذي صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ () .

الحالة الثالثة – القبول في عقود المزار :

١١٥ – هناك عقود تتم في بعض الأحيان لا من طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . واهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبري عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التي تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختياري كذلك بطريق المزار إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما توجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزار . ويعنيها في العقود التي تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد بظن أن طرح الصفقة في المزار هو الإيجاب ، والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة في المزار لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المازاد ، ويكون هو إرساء المزار على من يرسو عليه . وهذا هو الذي جرى عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزار () .

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتي : " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسوم المزار ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً () " . والعطاء يكون باطلاً إذا صدر مثلاً من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزار ، كقاض يتقدم بعطاء في مزار لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلاً للإبطال إذا صدر مثلاً من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

الحالة الرابعة – القبول في عقود الإذعان (*) :

١١٦ – دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هي في موقفه من الموجب لا

يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان () . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنفيعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستر أي لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط منفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسئولية التعاقدية وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل في الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول في هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه في شكل بات نهائي لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيرا ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر في بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى في العبارات الآتية : " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها () "

١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبضعهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى إنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالي وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق

إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فقعد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويرعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعني في تطبيقه بصالح العمل أولاً ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني – وهم غالبية فقهاء القانون المدني – أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع – لا القاضي - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ – حكم عقود الإذعان في القانون القديم والجديد : وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام () ، فيحترم الشروط لمطبوعة ف يعقد الإيجار () ، وفي عقود التأمين () ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة () ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها () . ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها () . إلا أن مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة () ، ويبطل الإغفاء الإتفاقي من المسؤولية () ، ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن () ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة () .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم سنداً تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المذعن . وندع النصوص الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك () " . وهذا النص في عمومته وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل اثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي : " ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن () " . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك في مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشرك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك اخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً في هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الاسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوي وهي تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه () " .

الحالة الخامسة - القبول في عقود الجماعة وفي العقود النموذجية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدي نصين أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectives) ، والثاني بالعقود النموذجية (contrats - type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدي تنص على أنه " في عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول " . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعي (contrat collectif du travail) ، وهو العقد الذي ينظم شروط

العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف في عقد فردي عن نصوص العقد الجماعي . وفي هذا خروج بين على القواعد المدنية ، يعلل أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهي على كل حال تنشيء مراكز قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدي تنص على أنه " إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط على الواردة فيه " . والعقد النموذجي هو الذي تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً في تعاقدته على عقد نموذجي يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قط اطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان في المشروع النهائي ، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون في تشريع خاص ، وحذف الثاني لوضوح الحكم الوارد فيه () .

٢ - المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين) (*)

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ - تحديد الموضوع : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أي منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمرسالة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك () .

وليس الذي يميز ما بين الفرضين في حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو إلا يجتمعا في مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففي التعاقد ما بين حاضرين تمنحي هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه . أما في التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذي يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ما سنرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين ، ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن امتلأقدين افتراقاً بعد صدور الإيجاب المزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله () .

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به () .

١٢١ – ماذا يترتب على هذا التحديد – زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذي قدمناه تبين في الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أما وقت العلم به ظ فإذا تعين الوقت الذي يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذي يتم فيه : يتم في المكان الذي يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، ويتم في المكان الذي يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فرمان العقد هو الذي حدد مكان ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه في بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتلفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين ، فتجري في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين () .

وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أي مكان . ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم ننتقل إلى أحكام القانون المصري .

أ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ – مذاهب أربعة في الفقه : الفقه في البلاد التي ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد – كما في فرنسا وفي مصر في ظل القانون القديم – منقسم متشعب الرأي ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمرسالة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والعلم به () . فإذا قلنا أن العبرة في تمام العقد هي بتلاقي الإرادتين نو فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً و صدر القبول متلافياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقي ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقي الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لا تتلاق الإرادتان () .

فليس يعنيه إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقي الإرادتين ، بل ولا بأن تتلقى الإرادتان فعلاً ، فإن هذا وذلك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا – وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول – إلا أن نختار بين الوقتين ح وقت صدور القبول وقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله – وهذا هو مذهب إعلان القبول (systeme de declaration) – والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك – وهذا هو مذهب تصدير القبول (systeme d'expedition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه – به – وهذا هو مذهب تسلّم القبول (systeme de reception) – والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول – وهذا هو مذهب العلم بالقبول (systeme d'information) .

هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ – مذهب إعلان القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون أن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ - مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضي بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد ، والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ - مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد اخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد اخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل أن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة اعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

١٢٦ - مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فمتفرع عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشيء أثراً قانونياً ، فهي لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ - النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فينتبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١ - إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى العلم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله وصول العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢ - إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشتري من ذلك الوقت أي من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أي عقد آخر ناقل للملكية .

٣ - هناك مواعيد تسري من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسري هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم ، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤ - في الدعوى البوليصة لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥ - العقود التي صدرت من تاجر شهر افلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان علمعرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الافلاس

. فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦ - تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأي المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧ - قد يكون ارتكاب جريمة في بضع الفروض متوقفاً على تمام عقد مدني ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أي مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . اخذ مبه التقنين الألماني (م ١٣٠) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢ فقرة أولى) ، والتقنين التجاري الإيطالي (م ٣٦) ، والتقنين الإسباني (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسري بمذهب تصدير القبول (م ١٠) . ويأخذ التقنين المدني السوري الجديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نصت المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك " . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري () .

أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضي محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها () .

ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشتمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل () .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان () .

وبقى الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول () .

١٣٠ - القانون الجديد : أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، اخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسي في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص في المادة ٩١ على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك " . وقد مر الكلام في هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ في نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتي :

" ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذان وصل إليه فيهما هذا القبول () " .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء في هذا الصدد وما هو الشيء الذي اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة النقض .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانوني خاص ، فيعتبر العقد قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول اخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسي الذي سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذي تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أي بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة

الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذي اوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهي قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانوني ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسي الذي ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهي تقضي بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر " قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسي ، فينبغي أن تفسر على مقتضاه .

وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتنبع هذه النصوص ، مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجديداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء () .

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ - تعاقد غير نهائي : عالجتنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائي . ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (*)

(Promesse de contrat – Contrat preliminaire)

(Avant – contrat)

١٣٢ - الصور العملية للوعد بالتعاقد وللاتفاق الابتدائي : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى ارض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقترض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ، أما الموعد له فلم يلتزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة

الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعها ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعها أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال () . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي ، وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف ينعد الوعد بالتعاقد ، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذي يترتب عليه من الآثار .

أ – كيف ينعد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ – الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين تركز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد – بالبيع مثلا – يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع – أو على بيع تمهيدي في حالة الاتفاق الابتدائي – ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ – ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن " الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو إحداهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التي يجب إبرامه فيها () " . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي ، فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن () . وإن كان شركة وجب أن يتفقا على

المشروع المالي الذي تكونت من اجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشئيين اللذين يقع فيهما التقايض؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان .

وتعيين المدة التي يجب في خلالها إبرام العقد الموعود به ضروري أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد ، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة ، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تديدها تكفل القاضي بذلك .

١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي في العقود الشكلية : وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمي والشركة ، فإن الشكل الذي يعتر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً في الوعد بالتعاقد وفي الاتفاق الابتدائي . وهذا ما تقضي به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهي تنص على أنه " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد () " .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائي الشكل المطلوب وقع باطلاً () . فالوعد بالرهن الرسمي إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلاً ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمين لأن هذا يفتضي تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصي ممتنع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المفرغ في ورقة رسمية إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين ثم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، وتب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه معيناً ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض () .

١٣٦ - شروط الانعقاد والصحة في العقد الموعود به ومتى تراعى في الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أي اتفاقاً ابتدائياً) .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً () . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما اهلاية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه ل يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

٤ - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٧ - مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

١٣٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : ففي المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يترتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنها أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع .

يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده ، أو تم وعد ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولاً) يبقى الواعد مالكاً للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاءً وقدرًا تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاءً وقدرًا () .

١٣٩ - بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي ، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه () .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحةً أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه . فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد () ويعتبر التعاقد النهائي قد تم وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلا شخصياً من الواعد ، في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب ، فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ ، فهي تقضي بأنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد () " .

٢ - العربون

(Les arrhes)

١٤٠ - العربون ودلالته في القوانين الأجنبية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للأخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة . ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول () ، أما القوانين الحرمانية فتأخذ بدلالة البت () . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالاته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراه المتعاقدان .

١٤١ - العربون في القانون المدني القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدني القديم ، فكان القضاء المصري يتردد بين الدالتين () . وكان في ذلك يأخذ بنية المتعاقدين () . ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجاري . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون

في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبت () . أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلاً لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ - العربون في القانون المدني الجديد : اخذ القانون المدني الجديد ، حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك .

٢ - فإذا عدل من دفع العربون وقت ، فقد . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر () " .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأي عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التي يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذي دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذي عدل هو الذي قبض العربون ، فإنه يردده ويرد مثله ، أي يرد ضعفيه () ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذي عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون فجعلوا العربون مقابلاً لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له إلا يحكم به أصلاً

إذا لم يلحق الدائن أي ضرر . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في الشرط الجزائي () .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجري على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضروري أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

المبحث الثاني

صحة التراضي

١٤٣ - الأهلية وعيوب الإرادة : كل ما قدمناه إنما هو في وجود التراضي . ولا يكفي أن يكون التراضي موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب () . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام في الأهلية ، ثم في عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*)

(La capacite)

١٤٤ - القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم في الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٣٠ / ١٨٩ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذلك أن الجزاء مع نقص الأهلية هو أبطال العقد (م ١٣١ - ١٣٢ / ١٩١ - ١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية في شيء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٤٧) في كثير من الأحكام التي تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيدده للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) () .

ونبحث في ايجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية الوجوب : يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacite de jouissance) وأهلية الأداء (capacite d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص

ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان – بعد أن أبطال الرق – شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتباري شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست له شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية () .

١٤٦ – أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ – عقود اغتناء ، وهي عقود يغتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ – عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالايجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ – عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ – عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ - تمييز الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الأولوية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة ، ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا اجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصمت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال () .

١٤٨ - الأصل في الشخص أن يكون ذا أهلية : والمفروض في الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن " كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون () " .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه () . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية () . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون

مسئولا عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تقضي به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب أبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته () " . ولا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة () .

١٤٩ – أحكام الأهلية من النظام العام : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطي شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلاً . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها " .

٢ – أحكام الأهلية

في القانون المدني الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ – العوامل التي تتأثر بها الأهلية : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تعق أو لا تقع في شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والعتة والغفلة () .

أ – تأثر الأهلية بالسن

١٥١ – الأدوار الطبيعية في حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت ادوار ثلاثة : ١ – من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ – من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ – من سن البلوغ إلى الموت .

١٥٢ – الصبي غير المميز : تقدر سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه " ليس للصبي غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميعه تصرفاته باطلة () " . فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أي عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لارادته اثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضي المادة ٧ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن " للأب ثم للجد الصحيح () الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة " . فإذا لم يكن للصغير ولي ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً () ، تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضي به المادة ١٥ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أنه " إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً " .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصي في مال القاصر فمرسومة في قانون المحاكم الحسبية وفي قواعد الشرعية الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدني الجديد إذ تنص على أن " التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوات تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون () " . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون " .

فللولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ، حتى بالغبن اليسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولي أن يباشرها ، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة) من قانون المحاكم الحسبية) . ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولي أو أن تسلبه إياها " إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر أو خيف عليها منه " (م ١٠ من قانون المحاكم الحسبية) .

وولاية الوصي - اختاره الأب أو أقامه القاضي - أضيق من ولاية الولي . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة في القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة : في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاثة سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفي استثمار الأموال ، وتصفيتها ، واقتراض المال للقاصر ، وفي الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة ، وفي الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ ، وفيما يصرف في تزويج القاصر . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويباشر أهلية التصرف ولكن لا بد دائماً من إذن المحكمة ، سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع

التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والصلح والتحكيم ، ورفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصي أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ، وإلى هذا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن " تصرف الوصي في مال القاصر بطريق التبرع الباطل " .

١٥٣ - الصبي المميز : يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أي سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أي سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٦ على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " ويقرر القانون في المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتي :

" إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً " .

٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالأبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من ولية أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون () .

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهي الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولي أو الوصي في الحدود المتقدم ذكرها في حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه " إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون () ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون () " . والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسبية . وقد نص في المادة الثانية منه على ما يأتي : " ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز

له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصي . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يجدد طلبه قبل مضي سنة من وقت صدور القرار النهائي بالرفض " . وتكفلت المادة الثالثة برسم الحدود التي يتصرف في نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن " للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما في ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويدخل في أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة () . ولا يجوز له بغير إذن من المحكمة أن يزاول أعمال التجارة أو أن يؤجر المباني أو الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتباً على أعمال ادارته . ولا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه () " .

ويستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم الحسبية على أن " للقاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من أمواله الأخرى " .

١٥٤ - البالغ الرشيد : تقضي المادة ٤٤ من القانون المدني الجديد بأن " ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة () " . وهذه السن عامة لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أي كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه () ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية يحسب الأحوال () . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية ، وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة له قيماً قد يكون غير الولي أو الوصي .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته . وكان له بلك أهلية اغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه

وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذي انتهت فيه الوصاية (القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية . كذلك يقع باطلا كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً في الحساب (أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية ، وهي التي سنتكلم عليها فيما يلي .

٤ - تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن

(عوارض الأهلية)

١٥٥ - حصر عوارض الأهلية : قد بلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعتة ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسنرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن " المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكم ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون () " . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه " يحكم بالحجر إلى البالغ للجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم " . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيما ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلوغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

" ١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر " .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها () .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصي . وكالقيم على المجنون وصيه . أما الولي على المجنون فمثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - المعتوه : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصي والقيم على المعتوه ووليّه ووصيه كالقيم على المجنون ووليّه ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . () وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية الصبي المميز وقد سبق بيان ذلك () .

١٥٨ - ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من القانون المدني الجديد على أنه " إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام " . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فثبتت لهما أهلية الاغتناء ، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز ، وتنعدم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرا من السفيه أو ذي الغفلة وأذنته المحكمة فيهما . وتقضي الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن " يكون التصرف

المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة وفي الحدود التي سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة في هذا الصدد على السفه إذ تنص على أن " تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفه وذى الغفلة إذ تنص على أنه " يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنته المحكمة بذلك ، وكذلك يجوز له بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنته المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٣ و ٤ و ٥ من هذا القانون () " .

هذا هو حكم تصرفات السفه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهي في الأصل صحيحة ، لأن انتقال الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأي الإمام أبي يوسف ، خلافاً لرأي الإمام محمد الذي يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضي . ولا يسري الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً () .

لكن يقع كثيراً أن السفه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغلها بها ويبتز أمواله . ففي هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم () ، وأكدته القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتي : " أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ () " .

وينصب القيم على السفه وذى الغفلة على النحو الذي ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك () .

١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية ، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

فالغائب ، كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية ، " هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره " . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤون حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ " الغائب " لا لفظ " المفقود " لأن اللفظ الأول ينطوي على معنى اعم من المعنى الذي ينطوي عليه اللفظ الثاني . فالمفقود في الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف احي هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه " إذا ترك الغائب وكيلًا عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وإلا عينت غيره " . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن " يسري على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح في هذا الفصل يسري على الغيبة ما يسري على الوصاية من أحكام أخرى " . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن " تنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٥٢ سنة ١٩٢٩ " .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فنقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيماً تصد عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التي يقع في دائرتها محل إقامته إذا لم يختار أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى () .

١٦٠ - المساعدة القضائية : وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فنص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

" ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " .

" ٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متي صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة () " .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه " يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد ، إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة " . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه " يسري في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسري في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسري على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة " .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تتقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تتقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المعينة ، وينظر في ذلك إلى ظروف من تقررت مساعدته وإلى خطر ما تقررت المساعدة القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقررت له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تتبع في تعيين القيم وعزله ، وتسري عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ - حصر عيوب الإرادة : أشتمل المشروع التمهيدي على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : " لكل من شاب رضائه غلط أو تدليس أو انتزاع رضائه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب أبطال العقد وفقاً للأحكام التالية () " .

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . ولا بد في هذا الصدد من التمييز بني إرادة معيبة وإرادة غير موجودة فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم إنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة تعلقت بمحلها . وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا يتكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترتب على هذا التمييز الجوهرية أن العقد الذي يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود ، أو هو عقد باطل . أما العقد الذي يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة ، ولكن يجوز للمتعاقد الذي شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول في توليد الروابط القانونية وفي ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل .

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط والتدليس والإكراه بالاستغلال .

١ - الغلط (*)

(L ' erreur)

١٦٢ – تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع أما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط ، ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ – الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur - obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد ، كما إذا عطى شخص لآخر نقوداً على أنه قرض وأخذها الآخر على إنها هبة ، أو في ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع احدهما والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ما هية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود ، والعقد باطل أي منعدم . وهذا هو الذي يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ – اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحدهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة () ، بل كلام في الإرادة ذاتها ، أي في وجودها لا في صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث () .

١٦٥ – الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذي يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonte) وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع في وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interperetation) . والفرق بين الغلط الذي يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذي يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط

الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة () .

١٦٦ – الغلط الذي يعيب الإرادة : ويبقى ، بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط ، الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا اعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم أن الغلط هو أمر نفسي يستكن في الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل إلا يستقل به المتعاقد الذي وقع في الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فتتكم إذن في المسالتين الآتيتين : ١ – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع . ٢ – كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط () .

أ – متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أي شيء يقع

١٦٧ – معيار الغلط الجوهري في القانون الفرنسي وكيف تطور من معيار موضوعي إلى معيار ذاتي : ورث الفقه الفرنسي التقليدي عن القانون الفرنسي القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره في صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذي سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة العاقد الذي وقع في الغلط ، وغلط لا يؤثر في صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التي يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون في حالتين : (١) غلط يقع في مادة الشيء محل الالتزام الناشئ من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدني الفرنسي بالغلط الواقع في مادة الشيء ذاتها (2) . (substance meme de la chose) غلط يقع في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد . والغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد يكون في أحوال أربع : ١ – غلط في وصف لا يتعلق بمادة الشيء محل الالتزام . ٢ – غلط في قيمة الشيء محل الالتزام . ٣ – غلط في شخص

المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد . ٤ - غلط في الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجاري الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذي يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثاني والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بان الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أي بأنه كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد (la raison principale et determinante) فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات ، تبعاً لملازمات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسي من الأخذ بمعيار موضوعي إلى الأخذ بمعيار ذاتي نهائياً واضحاً في تفسير عبارة " الغلط في مادة الشيء ذاتها " الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسي . فقد بدا الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذي يتعلق بالمادة التي يتكون منها الشيء ، ومادة الشيء هي مجموعة الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذي أتى به يوتيه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة () . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتي في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبري ورو () ، فقد أخذوا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبوا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعرف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأستاذ لوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة

واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف
المعتبرة فيه () . واقتفى سائر الفقهاء اثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان
بودري وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها
المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها () ، وذهبت
الأستاذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأي () .

فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا
بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر
تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (
البرونز) ، فهذا غلط في " مادة الشيء " ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في
الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ،
فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء في
فرنسا بعبارة " مادة الشيء " (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها
من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualite substantielle) ، أي الصفة التي
اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ
سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ
بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو
غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهرى في القانون المصرى معيار ذاتى : وبالمعيار الذاتى
أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفها في ذلك
نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤ / ١٩٤ من القانونين الوطنى
والمختلط تنصان على أن " الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل
الموضوع المعتبر في العقد " ، وجاء في النص الفرنسى للقانون المصرى القديم : "
متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار في الشيء " (le
rapport principal sous lequel la chose ete envisage dans le
contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتى ، وقد
نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسى بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور
الذى أسلفنا ذكره () .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتى وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت
المادة ١٢٠ على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال
العقد . . . () " . صم نصت المادة ١٢١ على أنه : " ١ - يكون الغلط جوهرى إذا
بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط

٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص . أ - إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . ب - إذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد () .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتي . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذي يبلغ ، في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشيء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضي أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهم بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبرها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان - إذا لم نهتد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح إنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أي شيء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذي اسلفناه ، يصح أن يقع ، لا في صفة الشيء وفي الشخص فحسب ، بل أيضاً في القيمة وفي الباعث () . والعبرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع في هذا أو في ذلك . ونستعرض الآن الغلط في هذه الأحوال المختلفة .

١٧٠ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في وصف الشيء ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصرى في ظل القانون القديم - والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما اسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد

قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد إنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة () . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع () . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع () . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء () . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ، ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى أبطال للغلط () . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل في هذه الحالة () . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك () . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك () .

١٧١ - الغلط في شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرية على الغلط في شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أن الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قاربة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك ، وكأن يوجب شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه فيتضح إنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها

في المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضي مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وانه غير ماهر في فنه () . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هي محل الاعتبار وهي التي دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتي . وهو المعيار الذي يطبق في جميع نواحي نظرية الغلط .

١٧٢ - الغلط في القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سايرنا النظرية الحديثة وهي التي أخذ بها القانون المصري ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذي يطالب به ، بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل . () .

١٧٣ - الغلط في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا اثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو إنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصة في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب () . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى المرض ، لهو لا يستطيع أن يطعن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت ، ولا يستطيع أن

يطعن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهري ، كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع () .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدي يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث – فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب – من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالبائع ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهري ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منقطي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعاها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronee) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال () .

هذا التناقض المعيب توقعه القانون المصري الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة في كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هي التي تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط في كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلاً ،

فالسبب الذي يجعل العقد باطلا في القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده) .

١٧٤ - الغلط في الواقع والغلط في القانون : وفي كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهري ، سواء وقع الغلط في الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط في الواقع أو غلط في القانون . فما دام جوهرياً ، أي مادام هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون المدني الجديد إذ تقضي بما يأتي : " يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره () " . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص في هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقهاء في مصر سارا على أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال () .

والذي كان يلبس الأمر في هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضي بان الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : " لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون " (Nul n'est cense ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك . ويدخل في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة ، فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بان الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون () " .

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهريّة في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا

وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في الشركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون () .

ب - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ - الغلط المشترك : لم نعرض في كل ما قدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريرته فيعلم إن كان رضائه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء أن الغلط الفردي لا يكفي ، بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (*erreur commune*) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع في غلط جوهري واشترك معه المتعاقد الآخر في هذا الغلط ، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هي من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذي يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذي وقع فيه المشتري .

هذه هي نظرية الغلط المشترك ، وهذه هي الحجج التي يقدمها انصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتماشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هي ليست ضرورية لتحقيق الغرض

العملي المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك في الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر في هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن المتعاقد الذي صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً في غلظه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط في مثل هذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنها أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهي أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد في حالة اشتراك الطرفين في الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر في وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردي ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذي سنبينه فيما يلي .

١٧٦ - الغلط الفردي الذي يتصل به المتعاقد الآخر : يكفي إذن أن يكون الغلط فردياً () . ولكن إذا كان المتعاقد الآخر لم يشترك في هذا الغلط وجب ، حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضي به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهي تنص على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، جاز له أن يطلب إبطال العقد أن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه () " .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وقاجاً المتعاقد الذي وقع في الغلط المتعاقد الآخر بعدوى الغلط ، ولزم أن تبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك ، والمخطئ هو المتعاقد الأول الذي أهمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً () . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان

عالمًا بالغلط وانه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالمًا بالغلط ولكن ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق هل كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً () . ويخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط في على هذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت () أن هذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سيء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال () .

وغنى عن البيان إننا إذا اشتربنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعني أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول () .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفي فيها الغلط الفردي لإبطال العقد ، هي ألا يتمكن المتعاقد الذي وقع في الغلط من إثبات أن المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه () .

١٧٧ - تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الأخذ على أحوال الغلط المختلفة :
ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة -
الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث - حتى
نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أثرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وانه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشيء أثرى وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك

فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : أما أن الموهوب له أكان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد المرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة ، كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط ، وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو اثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت ، أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينها .

١٧٨ - التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد أشتمل القانون الجديد على نص من شأنها أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتي : " ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد () " .

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح إنها محصورة ، فيعرض عليها البائع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال العبي ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضي به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق .

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعدادها لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثري الذي قصد شراؤه () .

٢ - التدليس (*)

(Le dol)

١٧٩ - علاقة التدليس بالغلط : التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . وكذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol penal) وهو النصب (escroquerie) بان الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم

بذاته ، وتكون عادة اشد جسامة من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سنرى () .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

١ - عناصر التدليس

١٨٠ - عنصران : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه " ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابس ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس () " . وهذه المادة تقابل المادتين ١٣٦ / ١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي : " التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى " . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلبي .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب أبطال العقد ، ما لم يثبت أن التعاقد الآخر كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس () " . وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم ، وقد حسم إشكالاً كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين () : ١ - استعمال طرق احتيالية ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أجل المتعاقدين أو من الغير () .

١٨١ - استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتمالية تنطوي على جانبين : جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوي هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات

وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفي المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد () . ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل ، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف () .

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الإحتيالية مستقلة عن المكذب ، قائمة بذاتها ، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً إحتيالية في التدليس () . فالمهم إذن في الطرق الإحتيالية ليس إنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلاً ، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حبال معقدة ، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب () .

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فكفي مجرد الكتمان (reticence) طريقاً إحتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به ، ويعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في القانون () . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن امرأ هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد () . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذا قضت بأن " يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " . ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي بقى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) (إلا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر () . وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً في عقود التأمين () .

بقى الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه في أحسن

صورة ، وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس () . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقاً إحتيالية للحصول من المودع عنده ، وتبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعه () .

١٨٢ – التدليس هو الدافع إلى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضي الموضوع هو الذي يثبت في ذلك ، فيقدر مبلغ اثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب () .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذي قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ () ، فلا يكون سبباً في إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية () . وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التدليس الذي يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع () .

١٨٣ – التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير – القانون المدني القديم : كانت المادتان ١٣٦ / ١٩٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن " التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى " . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، تمشياً مع النص العربي المشار إليه ومع نص القانون الفرنسي () . وكذلك الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزي المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه

الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذي صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتي وننظر لا إلى التدليس في ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر في نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدلّس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل في الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع في الأصل لأسباب خاصة بالقانون الروماني () . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسي القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين () .

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقهاء في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلاً لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر ، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين ١٣٦ / ١٩٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي " التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى " . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين () . ولو أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجيه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوي الذي سلكه الفقه والقضاء في فرنسا ، ولذهباً مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ - القانون المدني الجديد في التدليس الصادر من الغير : هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذي وقع فيه القانون ولقدّم ، ونص صراحة في المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس () " . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا في الإكراه (أنظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحث ما بين الإكراه والتدليس في ذلك () .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس ، بقى الفرض الذي يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا اثبت العاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لا للتدليس وللغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد في هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد () ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

ب - نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

١٨٥ - الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة : قدمنا أن التدليس من شأنها أن يوقع المتعاقد في غلط ، فإذا كان رضائه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة ، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد () . ومن ذلك نرى أن طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لما يوقع

في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشيء عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس () .

١٨٦ – ولكن التدليس لا يغني عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنها أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الإحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط بتدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر () . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض ، ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد () . وقد أثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

٣ – الإكراه (*)

(La violence)

١٨٧ – الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الإحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعدمه : والإكراه وأن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذي هدد به ، فاختر اهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا امسك المكروه بيد المكروه وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ - الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع : وينبغي أن تنظر إلى الإكراه - كما نظرنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

١٩٠ - النصوص القانونية : وكان القانون القديم يشتمل على نص واحد في الإكراه هو نص المادتين ١٣٥ / ١٩٥ ، وهو يقضى بأنه " لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة " . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذا تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص () ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذي التمييز (*personne raisonnable*) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي () .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقترحت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه في نصين ، هما لمادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتي :

" ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

٣ - ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه () . "

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتي :

" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه () . "

١٩١ - عنصران للإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصري الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين . أو الغير أو مجرد المصادفة () .

١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق

١٩٢ - تحليل هذا العنصر : لا بد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكره ، أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فنتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا لخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي : وسائل الإكراه أما أن تقع على الجسم ، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط

المتحضره . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بالحق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى الإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه : ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال () . "

فالخطر يجب أن يكون جسيماً ، والعبرة في جسامته الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر " والتعزيم " ، أو هدده بأن له قدرة على " الربط والحل " ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محققاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخي وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه ، فإن هذا التهديد لبس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد نبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد ، لا بأن الخطر حال أو محقق () .

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو الم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضي التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذي يقع على أي شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفي لتحقيق الإكراه .

١٩٥ - الخطر يهدد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التي تقدم ذكرها ، فهي تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحقق المتعاقد المكره نفسه " أو غيره " . وقد كان المشروع

التمهيدي للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد () ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إغزازاً يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم إنهم هم الاعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصلت إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق () .

١٩٦ - المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهدد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكروه إذا لم يمض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه الوسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . وكذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في نفقتها أن لم يستند ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بعثت " دون حق " في نفس المتعاقد المكروه () .

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه () .

١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصي والقاصر إذا لم يكونا من ذوي القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الديني والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس ، لا يكفي عادة ليكون وسيلة للإكراه ، ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع () .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه () . ولا شك في أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخضع له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو اثر عميق في النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفي يد هذا إبقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . أو ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه () .

ب - رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ - وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي : قدمنا أن المادة ١٢٧ من القانون الجديد تقضي بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ز . . ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنها أن يؤثر في جسامة الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار

ذاتي محض . وقد كان القانون القديم (م ١٣٥ / ١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول () .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنفاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي () . وهذا ما جرى عليه القضاء والفقهاء في مصر حتى في ظل القانون القديم () . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية () والقوانين الأجنبية الحديثة () .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد افسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، واليه ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محققاً ، إنما هو المظهر المادي للرغبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته ، بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس ، وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي () .

١٩٩ – تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية ، فننتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرغبة والخوف ، وندخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكيف نفسيته ، من جنس و سن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

فالأنثى غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوي ، وهذا غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المدني المتحضر . والعصبي غير الهادئ المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافي . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكي . وهكذا . ويجب الاضداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات ، فالخطر قد يحدث رهبة في نفس المتعاقد وهو في جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو في مدينة أهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو في جماعة من الناس . وقد يكون الخوف اشد وقعاً في نفسه ليلاً منه

نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامة
الخطر في نفس المتعاقد () .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هي التي دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة
لمحكمة النقض عليها () . وينظر في تقديرها إلى العوامل التي سبق بيانها .
ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التي تعقب عليها محكمة النقض () .

ج - الجهة التي صدر منها الإكراه

٢٠٠ - الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير : كان القانون
القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر ، الغير يؤثر
في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا اثر له في ذلك . وكان هذا
موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل
الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهرة من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين
أو صدر من الغير فإن اثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضاء لا يختلف ،
والإرادة تكون فاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن
المسئول عن هذا العلم هو المكره ، وهو في إحدى الحالتين غير في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . وفلا فرق إذن بين إكراه
يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد
قابلاً للإبطال () .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس .
فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا اثبت المتعاقد المكره أن
المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن
الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتماً أنه يعلم
به ، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه
بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة
أيضاً لا أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما
قررناه في التدليس () .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية
المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء ، فإنه ينتج أثره كعمل

غير مشروع ، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر () .

٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه .

وقد ذهبت النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر في صحة العقد . أما الفرض الذي نحن بصده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقدته . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط في الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلاً لفظ " الانتزاع " (extorque) في المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي ، فإنها لا تجعل الإكراه الذي تهيأت ظروفه مباشرة ذا اثر في صحة العقد () .

ولكن هذا التمييز الذي تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو اثر من آثار القانون الروماني بقى في القانون الفرنسي بعد أن زالت مقتضياته () . والصحيح أن الإكراه متحقق في كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء في ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبي أو ظروف خارجية لا يد لا حد فيها ، فائر الضغط في إرادة المتعاقد واحد في كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذي يتهدهه هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظروف الخارجية واستغله فالعقد قابل للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم اجرا للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد أشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيات ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد () ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد اغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم () ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلي .

٤ - الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ - الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطي فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى () . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل في هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيّدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ،

وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبته في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الصورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم ، هذه التقاليد ، فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وأيته إلا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦ - ٣٣٧ / ١٩ - ٤٢٠٤) . وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة ، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في اجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنيات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتخلص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافها في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن اكبر ، غير مخدوع ولا مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو إلا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع

ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (اثنياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء ابطالاً أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وعني عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية ، ونسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهي من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسي ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، ودون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقضى القانون المدني الألماني في المادة ١٣٨ ببطلان التصرف القانوني الذي يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، في نظير شيء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشيء ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) في التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion evidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ،

يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة .
وتقضي المادة ٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات () .

٢٠٤ - القانون المصري الجديد : وقد ساير القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة واخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي :

" ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد " .

" ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة " .

" ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الأبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن () " .

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن " يراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة () " . والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد ، واعتد في الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها روجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود ، وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سألفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و (ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

١ - عناصر الاستغلال

٢٠٥ - العنصران الموضوعي والنفسي : للاستغلال عنصران ، أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً ، والآخر نفسي وهو استغلال ضعيف في نفس المتعاقد .

٢٠٦ - العنصر الموضوعي : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي للاستغلال في العبارة الآتية : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر " . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا .

ففي عقد البعي ، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والتمن الذي التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق .

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .

والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته المادية في ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن . فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف مثلاً ، جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلالاً فادحاً .

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى . ولكن هذا المعيار ليس رقما ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة . فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ اكبر . والقاضي هو الذي يقد بأي مبلغ تتحقق . وينظر في ذلك إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابس الأخرى . فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادح م وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutatifs) ففيها يأخذ المتعاقد ويعطي ، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية () ، وهي عقود تنطوي على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمه من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من هة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال في التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً امن منزله من الحريق ، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له اقساطاً سنوياً عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً .

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل ، لأن المتبرع يعطي ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات . بل هو اشد وطأة في الأولى منه في الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يخل فيه التعادل ، فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد ، وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكملة البذل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أي في عقود التبرع () . أما كيف يقع الاستغلال في

التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجته الثانية وأولاده منها ، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الأولى ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال أن التعادل مختل اختلالاً فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالمتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا وصى شخص بجميع ما يملك الايصاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، فالوصية هنا يعييبها الاستغلال ، وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ - العنصر النفسي : أما العنصر النفسي للاستغلال فقد اوردته المادة ١٢٩ في العبارة الآتية : " وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً " . وكان المشروع التمهيدي لهذا النص يجري على الوجه الآتي : " بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف " . ثم أصبح نص المشروع النهائي كما يأتي : " وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف " . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدي والنهائي قد توسعا فيما يصح أن يستغل في المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهباً إلى مدى أبعد ، فصرحاً بان العبرة في كل هذا إلا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التي تضمنت نصوصاً عامة في الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها ، ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائي على لجنة مجلس الشيوخ اثرت اللجة إلا تتوسع في الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامحاً ، إمعاناً في تضيق الدائرة التي يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة في انضباط التعامل واستقراره () .

فالعنصر النفسي في الاستغلال ينحصر إذن في أن أحد المتعاقدين يستغل في المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً . وفي القضاء المصري أمثلة بارزة على ذلك .

فكثيراً ما يعتمد رجل طاعن في السن إلى الزواج من امرأة لا تزال في مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاها عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تتزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعتمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يملئها عليها . وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقي الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً في أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من إله ، وهم يستغلون في ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لندلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شيء يقع في الحياة ، وإذا وقع كان القضاء في أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية في ذلك () . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج في عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه في قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل في ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينفلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسي يقتضى أن يكون المتعاقد المغبون " لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً " . ومعنى هذا أن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر ، وأن يكون هذا لاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون ، وهذا عمل غير مشروع () . وإذا كان المستغل لا يد له فما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصاب من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا () . (والأمر الثاني) أن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة ، فهي إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسي كما هو الأمر في سائر عيوب الرضاء .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانوني لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسي ، إذا هو عنصر مستقل عن العنصر المادي ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح في هذا المعنى إذ يقول : " وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئياً أو هوى جامحاً " . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدي الذي يجعل العنصر النفسي مفروضاً بوجود العنصر المادي فيقول : " بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته . . . " .

٢٠٨ - علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر النفسي يقتضى أمرين : أن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول ، كان العقد الذي أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثاني ، كان هذا العقد ذاته - الذي لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضغط من هواه - عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألماني (م ١٣٨) ، وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب () . وبالاعتبار الثاني أخذت التقنيات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصري الجديد ، وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو الإنقاص لعيب في إرادة المتعاقد المغبون .

ويعني هنا أن نقف عند الاعتبار الثاني ، وهو الذي أخذ به قانوننا المصري الجديد مقتضياً في ذلك اثر المشروع الفرنسي الإيطالي وكثير من التقنيات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنها أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً ، وكان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس الو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواه الجامح ، كان العيب الذي يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر في كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن فالاحش الذي يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع في تدليس أو غلط في حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه في حالة الهوى الجامع . ولكن الغلط والتدليس والإكراه في حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هي عيوب مفترضة ، ويكفي في افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصره المادي والنفسي . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بديلاً عن هذا الجزاء في بعض

الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للانقاص ، وجعلت المدة التي ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال ، بهذا وذلك . دعاوى الإبطال الأخرى التي تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب - الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

٢٠٩ - دعويان : إذا توافرت شروط الاستغلال التي أسلفنا ذكرها " جاز للقاضي ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد " . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن يرفع دعواه في " خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة " (م ١٢٩ فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضي بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا الصدد أن السنة ميعاد إسقاط (decheance) لا ميعاد تقادم (prescription) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، وتحسب بالتقويم الميلادي (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة ، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف ، هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال ، فلا يبقى مصري العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسنرى إنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حساب الأحوال (م ١٤٠) ، وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط ، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال .

٢١٠ - دعوى الإبطال : وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون

إلى حد أن افسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضي إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً ، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذي سيأتي بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وانقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملاسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجري عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتي ذكر هذه الأحكام عند الكلام في بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى في أمرين .

(الأمر الأول) المدة التي ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثاني) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالابطال عقود المعاوضات إذا هو غرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن " . فإذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضي أن الزيادة التي عرضها المشتري تكفي لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذي يكفي لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضي . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشيء . بل يكفي أن تكون بحيث تجعل الغبن الذي يتحملة البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضي في تقدير ذلك إلى ملاسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أي مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ - دعوى الإنقاص : وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من بادئ الأمر دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الاقتصاد على إنقاص التزاماته ، قضى بانقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضي ينظر فيه وفقاً لملاسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . ففي البيع

المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون عوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصار على الإنقاص ، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن . بل يكفي إلا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري ، بان يزيد في مقدار الثمن بدلاً من أن ينقص في قدر المبيع : فإن نص القانون لا يجبر ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤدي البائع بل يرفع عنه الغبن ، فإن الزيادة في الثمن قد تؤدي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بان ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن كما مر .

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينتفى معه اثر الاستغلال .

٢١٢ - دفع ما وجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشي كثيرون من هذا النص العام الذي ورد في القانون الجديد عن الاستغلال ، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقليل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصري قد واجه فعلاً قضية الاستغلال في الأمثلة التي قدمناها ، وعالجها بالقدر الذي استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفي هنا ، وأن نصاً عاماً في الاستغلال ، لاسيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضي ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام في الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك أن النص نادر التطبيق ، وأن قضية الاستغلال التي طرحت أمام المحاكم في البلاد التي اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى . وسنرى ما يصير إليه الأمر في مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذي أشتمل عليه القانون الجديد .