

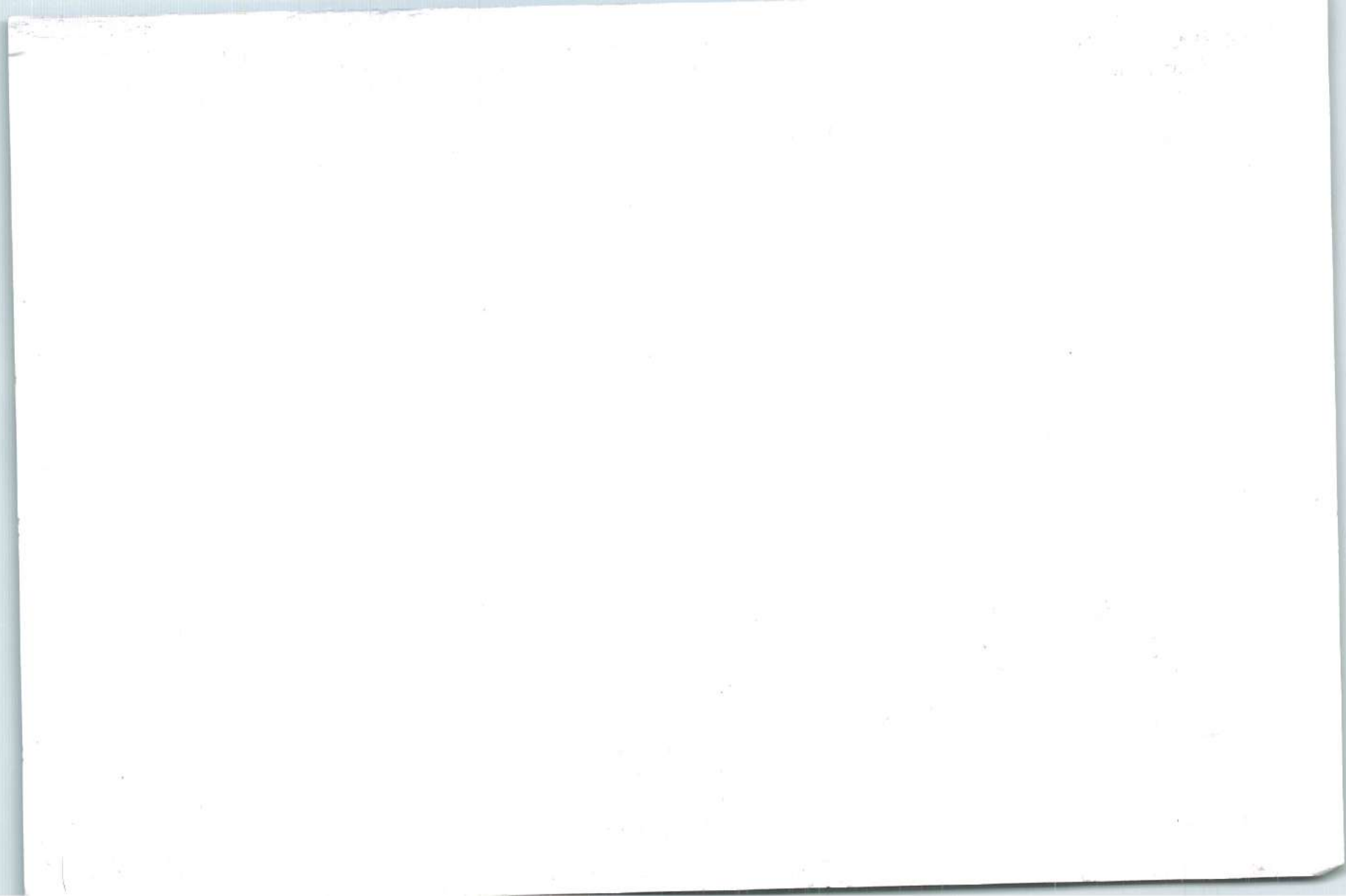


جامعة قناة
السويس والقانون

محاضرات في القانون المدني
النظرية العامة للالتزام

مصادر الالتزام

د. محمد يحيى المطري



محاضرات في القانون المدني اليمني
النظرية العامة للائترام

مصادر الائترام

د/محمد يحيى المطري
الطبعة الحادية عشر

٢٠٢٠م

مركز المدفوق للطباعة والنشر والتوزيع.

متميزون في طباعة الكتب

تلفون: + 967 468957 + فاكس: + 967 536250
جوال: + 967 711450548 / + 967 777215975

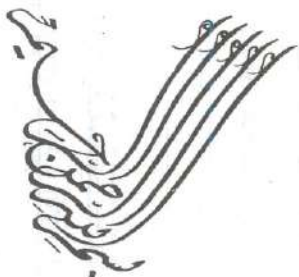
جميع حقوق الطبع محفوظة ويمنع استتساخ أي جزء
من هذا الكتاب دون إذن خطي مسبق.

مقدمة

في مدلول

الحمد لله والصلاة
الأمين وعلى آله

وبعد :



والسلام على رسوله الصادق
وصحبه أجمعين.

فأقدم لأبنائي طلاب وطالبات المستوى الثاني الجزء الأول من النظرية العامة
للالتهزام وهو مصادر الالهزام أهلا أن تكون فكرته واضحة محقة الغاية منه
وأسلوبه سليما وسهلا . أسأل الله تعالى التوفيق والسداد.

١. أولا: مدلول الالهزام:

٢. أ- التعريف بالنظرية العامة لالهزام وموضعها في القانون المدني:
تعد النظرية العامة لالهزام من أهم نظريات القانون ، لأنها تتناول القواعد
العامة التي تنظم الحقوق الشخصية (الالهزامات) . فالمعروف أن الحقوق
المالية في ظل القانون المدني تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية . وقد
نظم القانون المدني الالهزامات أو الحقوق الشخصية أي النظرية العامة
لالتهزام في الكتاب الثاني . ونظم العقود المسماة في الكتاب الثالث حيث استمد
معظم أحكامها من النظرية العامة لالهزام . وفي الكتاب الرابع نظم هذا التقنين
الملكية وما يتفرع عنها ، حيث تناول في القسم الأول من هذا الكتاب الملكية
وأثرها ووسائل حمايتها وتناول في القسم الثاني الحقوق العينية الأصلية
المتفرعة عن الملكية^(١).

(١) الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية هي حق الانتفاع وحق القرار وحق الارتفاق . والملاحظ
أن المقتن المدني يعني أدخل في القسم الثاني من الكتاب الرابع الحقوق العينية التابعة في الباب الخامس من
هذا القسم وهذا جيب في التقسيم لأن عنوان هذا الكتاب هو تنظيم الملكية وما يتفرع عنها أي تنظيم الحقوق
العينية الأصلية ولا يمكن أن يتبادر إلى الذهن أن الحقوق العينية التابعة تدخل ضمن هذا العنوان ، وكان الأولى

وإذا اقتصرنا في الحديث عن النظرية العامة للالتزام نجد أن المقتن المدني اليمني خصص القسم الأول من الكتاب الثاني لمصادر الالتزام وذلك في خمسة أبواب هي على الترتيب: العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

وفي الأقسام التالية من الكتاب نفسه تناول فيها المقتن اليمني أحكام الالتزام حيث تناول في القسم الثاني آثار الالتزام وفي القسم الثالث انتقال الالتزام أما القسم الرابع فقد تناول فيه انقضاء الالتزام. أما أوصاف الالتزام فقد تناولها في الفصل السادس من الباب الأول من القسم الأول من هذا الكتاب^(١) الخاص بمصادر الالتزام.

أن يكون عنوان هذا الكتاب الحقوق العينية ثم يقسم إلى قسمين بحيث يكون عنوان القسم الأول الحقوق العينية الأصلية ، ويكون عنوان القسم الثاني الحقوق العينية التبعية لأن هذا التقسيم هو الذي يتفق مع المنطق القانوني وهو التقسيم الذي أعتمدته القانون المدني المصري .

١ (الملاحظ أن المقتن المدني اليمني وعلى خلاف التفتين المدني المصري لم يتناول ضمن موضوعات أحكام الالتزام الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام بل تناولها في الفصل السادس من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثاني . ففي هذا الفصل تناول المقتن اليمني فيه الأوصاف المعدلة لأثر العقد ، فبدأ بالخيارات ، فالشرط والأجل ، فعدد محل العقد ، وأخيراً تعدد طرفي العقد . أما التفتين المصري فقد تناول الأوصاف المعدلة للالتزام ضمن الأحكام العامة للالتزام ، وهذا هو الأولى بالاتباع في تقسيم موضوعات نظرية الالتزامات حيث يتم دراسة نشوء الالتزام عند دراسة مصادره في قسم مستقل ثم يتم دراسة القواعد التي تحكم الالتزام في ذاته بعد نشوئه في قسم آخر خاص بأحكام الالتزام ، على أن مما يجسب للتفتين المدني اليمني هو فصله لقواعد الإثبات عن النظرية العامة للالتزام فاصدر القانون بقرار رقم ٢١ لسنة ١٩٩١م بشأن الإثبات ثم صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٦م معلا للقانون السابق. وحسبنا فعل المقتن اليمني لأن الإثبات لا يقتصر مجاله على الالتزامات فحسب بل يتعداها إلى الحقوق كافة سواء كانت شخصية أو عينية أو مادية .

٢- مكرر ب- التعريف بالالتزام وعناصره :-

١- يعرف الفقه القانوني الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين أحد هما المدين والأخر الدائن يلتزم المدين بموجب هذه الرابطة تجاه الدائن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء^(١).

وتوجد في الحياة العملية أمثلة كثيرة تصور الرابطة القانونية بين الدائن والمدين . فعقد القرض مثلا ينشئ رابطة قانونية بين المقرض والمقرض وتوجب على الأخير القيام بعمل هو رد مبلغ القرض إلى المقرض عند حلول أجله . وعقد البيع ينشئ رابطة قانونية بين البائع والمشتري توجب على البائع القيام بعمل هو تسليم المبيع إلى المشتري وتوجب على المشتري القيام بعمل أيضا هو دفع الثمن إلى البائع ، و ما يحدثه سائق السيارة في أحد المارة على الطريق العام من إصابات بسيارته يؤدي إلى نشوء رابطة قانونية بين السائق والمصاب توجب هذه الرابطة على السائق تعويض المصاب عما أصابه من ضرر نتيجة الفعل الضار . ومن يعيد بناء حائط لجاره خوفا عليه من السقوط تنشأ بينه وبين صاحب الحائط رابطة قانونية توجب على مالك الحائط تعويض جاره عما أنفقه في بناء الحائط . وامتناع المستاجر عن تأجير العين من الباطن هو التزام بامتناع عن عمل توجبه الرابطة القانونية التي تنشأ بينه وبين المؤجر من عقد الإيجار . والزام البائع في البيع العقاري بالتعاون مع المشتري وذلك بالقيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية في السجل العقاري إلى المشتري هو التزام بإعطاء هو نقل الحق العيني إلى المشتري .

(١) د. عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ف ٢ ص ٤ ط ٥ مطبعة المدني - القاهرة ، د. إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ف ١٦ ص ٣٠ ط ٦ مكتبة عبد الله وهدية - القاهرة ، د. رمضان أبو السعود مصادر الالتزام ص ٩ ط ٣٠ ، د. الجامعات الجديدة للنشر - الإسكندرية . ويضع د. السنهوري تعريفا للالتزام يحتاج في نظره مع التطور النقهي للالتزام قيعفه بأنه حالة قانونية يرتبط بقضضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . الوسيط - نظرية الالتزام بوجه عام م/١ في العقد ط ٨١ دار النهضة العربية - القاهرة ف ١٤ ص (١٤٥)

وقد كان الالتزام في القانون الروماني يعني تلك الرابطة القانونية التي تنشأ بين الدائن والمدين والتي بموجبها يكون للدائن الحق في إعدام المدين أو استرقاقه أو التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزامه لأي سبب من الأسباب .

ثم خففت هذه الرابطة بعد ذلك في عهود لاحقة ففسارت مقصورة على حق الدائن في حبس المدين . وبعد تطور طويل كان للقانون الكنسي الدور الكبير فيه أصبح الالتزام مقصوراً على مال المدين دون جسمه^(١) ، ومن ثم قد أصبح للالتزام مظهران مظهر شخصي باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ومظهر مادي باعتباره عنصراً مالياً ، ولا يزال محتفظاً بهذين المظهرين حتى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه حيث نجد أن مذهبياً يغلب الناحية الشخصية للالتزام ويسمى بالمذهب الشخصي للالتزام ، وآخر يغلب الناحية المالية^(٢) ، ويسمى بالمذهب المادي للالتزام .

٢- و يقوم الالتزام على عنصرين . عنصر المديونية وعنصر المسؤولية^(٣) . ويقصر عنصر المديونية على الواجب الذي يفرض على المدين القيام بأداء معين لصالح الدائن . وتقضي المديونية بالوفاء الاختياري ، ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء .

أما عنصر المسؤولية فيقتضاه يكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه ، ويستطيع الدائن أن يستأدي حقه من المدين قهراً عن طريق السلطة العامة . فالعنصر الجوهري في الالتزام هو عنصر المديونية وأما عنصر المسؤولية فليس سوى وسيلة لإعمال المديونية يتمكن الدائن من الحصول على دينه ، وبالتالي فإنه لا يمكن أن تنصور وجود مسئولية بدون مديونية ترمي إلى تحقيقها

(١) د. الشهوري - الوسيط ف ٧ ص ١٢٧ ج ١ د . عبد النعم الصده مصادر الالتزام ف ١٠ ص ١٥ ط ٨٦ - دار النهضة العربية - القاهرة .

(٢) د. الشهوري - الوسيط ج ١ الإشارة السابقة د. محمد الشامي - مصادر الالتزام ف ٤ ص ١٣ .

(٣) د. إسماعيل غلتم - مرجع سابق ف ١٠ ص ٢٤ د. عبد المنعم الصده - مرجع سابق ف ١٦ ص ٢٣ .

. وعلى العكس فإنه يمكن أن توجد المديونية وحدها غير مستندة إلى مسؤولية . وبذلك يكون الالتزام ناقصاً .

والصورة المألوفة للالتزام أن يجتمع فيه عنصر المديونية والمسؤولية على عاتق المدين ويقال للالتزام في هذه الحالة التزام مدني أو التزام كامل .

غير أن هناك حالات توجد فيها المديونية بغير المسؤولية كما في الالتزام الطبيعي كدين لا تسمع به الدعوى بعد مضي المدة ، حيث يعد الالتزام في هذه الحالة التزاماً ناقصاً ينقصه عنصر المسؤولية ، حيث لا يستطيع الدائن أن يستوفي حقه قهراً ، ولكن إذا أذاه المدين باختياره فإنه يؤدي واجبا مفروضاً عليه دون أن يكون بهذا الأداء متبرعاً .

على أن القول بأنه لا يتصور وجود مسؤولية بغير مديونية لا يعني أنه يشترط أن تكون المديونية سابقة في وجودها على المسؤولية أو أن يكون المسئول هو المدين . فهناك أو لا حالات توجد فيها المسؤولية قبل قيام المديونية ومثلها الرهن المقرر ضماناً لدين مستقل أو احتمالي وهناك ثانياً حالات يكون فيها المسئول هو الغير ومثلها الكفيل العيني وحائز العقار حيث تكون المسؤولية العينية في هاتين الحالتين مقررة على شئ مملوك لشخص آخر غير المدين . فالكفيل العيني هو الشخص الذي يرهن شيئاً مملوكاً له ضماناً لدين على آخر . وحائز العقار هو الشخص الذي ينتقل إليه العقار محلاً بالرهن دون أن يكون مدينًا بالدين^(١) .

(١) - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن - البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ص ٨٠ ط ٢٠٠٢ - منشأة المعارف بالإسكندرية .

٣- ج - خصائص الالتزام^(١) :

يتميز الالتزام بميزتين أساسيتين هما : كونه واجبا قانونياً ، وكونه رابطة قانونية بين شخصين . ونوضح فيما يأتي هاتين الخاصيتين :

٤- أولاً : الالتزام واجب قانوني :

الالتزام واجب يكفل القانون احترامه عن طريق دعوى يمنحها لصاحب الحق (الدائن) يقتضي بها حقه من مدينه ، وهو ما يسمى بالالتزام المدني تمييزاً له عما يسمى بالالتزام الطبيعي والذي يكفي فيه القانون بحماية نلقصة . فالالتزام الطبيعي واجب قانوني ينقصه عنصر الحماية . فالدائن لا يستطيع أن يجبر المدين على الوفاء به عن طريق الدعوى . ومن أمثلته التزام النفقة على الأقارب الذين لا يلزم الشخص بالإلتاق عليهم قانوناً ، والالتزام المدين بعد مضي المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى .

ويتميز الالتزام أيضاً عن الواجبات الخلقية وما تفرضه قواعد المجلات من الواجبات ، فهذه الواجبات تكون مجردة من وسائل الحماية القانونية . فمن يدعو صديقاً له لتناول وجبة الغداء في مطعم معين لا ينشأ في ذمته التزام قانوني يستطيع المدعو أن يلزم صديقه بتنفيذ التزامه ، لأن هذا الالتزام لا يعدو أن يكون واجبا خلقياً يترك أمر تنفيذه إلى من التزم به .

ويجب أن نميز بين الالتزام بوصفه واجبا قانونياً وبين واجبات قانونية أخرى يتوفر لها عنصر الحماية ، ومع ذلك لا يطلق عليها وصف الالتزام . فقواعد نظرية الالتزام ليست عامة التطبيق على كافة الواجبات القانونية بل هي تقتصر على تلك الواجبات التي يكون الأداء فيها مالياً . أما الواجبات القانونية التي لا يكون الأداء فيها مالياً فلا تحكمها قواعد هذه النظرية . فواجب الخدمة العسكرية

(١) - د. إسماعيل غانم - مرجع سابق الفترات ١٦،٥ ص ١٧٠-١٣٠ د. عبد المنعم الصدة - مرجع سابق ف ١٧٤ ص ٢٦٠-٢٦١ .

مثلا يخضع للقانون الخاص به، وهو القانون العسكري. وواجبات الأسرة تخضع لقانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية.

غير أنه لا يشترط _ لكي يكون الواجب واجبا قانونيا أي التزاما بالمعنى الفني له _ أن تكون مصلحة الدائن مصلحة مالية وإنما يكفي أن يكون مضمون الأداء الذي التزم به المدين مما يمكن تقديره بالنقود ولو كانت المصلحة التي يهدف إليها الدائن مصلحة أدبية بحتة . فإذا اتفق فنان مع شخص معين على أن يقوم برسم صورته كان هذا الاتفاق منشأ لا التزام قانوني ، إذ إن الأداء الذي تعهد به الفنان هو مما يمكن تقديره بالنقود ، على الرغم من أن المصلحة التي أرادها الطرف الآخر هي مصلحة غير مالية . ومن ذلك أيضا العقد الذي يبرمه المتفرج مع إحدى دور السينما ، والعقد الذي يبرمه مالك المنزل مع بستاني يتعهد برعاية حديقته ، والتزام صاحب العمل بمنح العامل إجازة أسبوعية .

هـ - ثانياً : الالتزام رابطة قانونية بين الدائن والمدين :

يفترض الالتزام وجود رابطة بين الدائن والمدين يلتزم المدين فيها القيام بعمل لصالح الدائن . وجود هذه الرابطة هو الذي يميز الحق الشخصي أو الالتزام عن الحق العيني ، إذ إن أساس تقسيم الحقوق إلى حقوق شخصية وحقوق عينية هو اختلافها من حيث المحل . فمحل الحق الشخصي عمل المدين ومحل الحق العيني شيء معين بالذات أي كان مستقل في وجوده عن الأشخاص .

ومع أن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين هي السمة البارزة للالتزام فإن هذا لايعني إغفال القيمة المالية للالتزام والتي تتمثل في الحق الذي للدائن في ذمة المدين. غير أن الرأي مختلف حول تغليب إحدى الناحيتين على الأخرى ، فالبعض يغلب الناحية الشخصية الشخصية على حساب الناحية المالية أخذاً بالمذهب

الشخصي في الالتزام ، والبعض الآخر يغلب الناحية المالية أخذاً بالمذهب المادي في الالتزام^(١).

٦- ٥- أنواع الالتزام^(٢):-

ينقسم الالتزام إلى قسمين رئيسيين أساسهما هو مضمون الأداء. فينقسم الالتزام من حيث نوع الأداء الذي يلتزم به المدين إلى التزام بإعطاء والتزام بعمل والتزام بامتناع عن عمل. وينقسم من حيث مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالهدف أو الغاية من إنشاء الالتزام إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة. وتتناول هذه الأنواع تباعاً.

٧- أولاً : الالتزام بإعطاء :

الالتزام بإعطاء هو التزام بنقل حق عيني أصلي كالملكية والانتفاع أو بإنشاء حق عيني تباعي كالرهن على عقار أو منقول. وهذا النوع من الالتزام يظهر في الحالات التي لا يتم فيها نقل الحق العيني فور انعقاد العقد أي فور نشوء الالتزام ، وإنما لابد من إجراء لاحق حتى يتم نقل الحق. ومثاله قيام البائع بمساعدة المشتري على تسجيل العقد الذي يكون محله عقاراً حتى تنتقل الملكية إلى المشتري. فعقد البيع العقاري لا ينشئ في ذمة البائع سوى لل التزام بنقل الملكية أمام موظف يختص بهذا النقل في مصلحة السجل العقاري. ومثاله أيضاً قيام البائع بإقرار الشيء المبيع إذا كان معينا بنوعه ، ككذا طن من القمح ، حتى

^(١) عرف القانون المدني البني الالتزام في المادة ١٢٢ بقوله ((...والحقوق الشخصية هي ما تنقل بذمة الغير دون تخصيص يمال معين ويقابله بالتسوية للغير الديون أو التعهدات أو الالتزامات المتعلقة بالذمة)). والملاحظ أن التعريف تحايل الرباطة القانونية بين الدائن والمدين كأهم خصيصة من خصائص الالتزام في الفقه القانوني وأبرز الجانب المالي فيه. فالالتزام بالدائن في الفقه الإسلامي يمكن أن يتفصل عن الدائن والمدين وهذا الموقف من طبيعة الالتزام يقر به من المذهب المادي في الالتزام.

في هذا الموضوع انظر د. السنهوري - مسائل الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ١٥-١٧ دار احيا التراث العربي - بيروت. د. عبد النعمان العربية - القاهرة.

^(٢) د. البلداوي - مرجع سابق ف ١٢-١٦ ص ١٥-٢١، د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف ١٧-٢١ ص ٢١-٣٦، د. أحمد شوقي - مرجع سابق ص ٦-١٢.

تنتقل ملكيته إلى المشتري ومثاله كذلك التزام الرهن بمساعدة المرتهن على القيام بإجراءات قيد الرهن في الشهر العقاري حتى ينشأ حق الرهن على العقار الموهون لصالح المرتهن.

٨- ثانياً : الالتزام بعمل :

الالتزام بعمل هو التزام المدين القيام بعمل إيجابي وهذا العمل قد يكون عملاً مادياً، كالتزام المقلول ببناء منزل ، والتزام المحامي برفع دعوى أمام القضاء . وقد يكون العمل مرتبطاً بشخص المدين بحيث يستمد منه قيمته المالية ولا يجوز لغيره أن ينوب عنه في الوفاء به، كالتزام فنان برسم لوحة فنية وعندئذ يجب أن يتفق المدين الالتزام بنفسه ولذائن أن يرفض الوفاء من غير المدين . كما لايجوز جبر المدين على القيام به لما ينطوي عليه هذا الإجبار من مساس بحريته الشخصية فيضطر الدائن في نهاية الأمر إلى أن يكفي بتعويض مالي .

أما إذا كان العمل غير متصل بشخص المدين ولم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين مادام هذا التنفيذ ممكناً ، ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء .

وقد يكون العمل الذي التزم به المدين هو القيام بإبرام تصرف قانوني ومثاله التزام الوكيل بإبرام العقد الذي التزم بإبرامه نيابة عن الموكل .

٩- ثالثاً : الالتزام بالامتناع عن عمل :

الالتزام بالامتناع عن عمل هو التزام المدين بالامتناع عن عمل يملك القيام به قانوناً . وهذا الامتناع قد يكون امتناعاً عن عمل مادي كالتزام العامل بعدم إنشاء أسرار رب العمل وكالتزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجاري آخر من نفس النوع في المنطقة التي يوجد فيها المحل الأول ، وهو ما

يعبر عنه بالالتزام بعدم المنافسة . وقد يكون الامتناع امتناعا عن تصريف قانوني ، كالتزام البائع بعدم تقرير أي حق للغير على المبيع . وإذا أخل المدين بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة ما وقع مخالفا للالتزام إن كان ذلك ممكنا ، كالحكم برفع المحل التجاري لمخالفة صلاحيته التزامة بعدم فتح محل في الحي حتى لا يتنافس من اشترى منه المحل التجاري السابق . أما إذا أصبحت الإزالة غير ممكنة فيحكم بالتعويض كما إذا أفسى العامل أسرار رب العمل إذ لا يمكن هنا تلافي ماحدث ، فما حدث لا يمكن تداركه .

١٠ - رايًا : الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية :

الالتزام بتحقيق نتيجة هو الالتزام الذي تتحقق به العناية التي يريد بها الدائن من التزام المدين . أما الالتزام ببذل عناية فهو الالتزام الذي يبذل فيه المدين الوسيلة اللازمة لتحقيق العناية .

فأساس التفرقة بين الالتزامين هو مدى اتصال الأداء الذي التزم به المدين بالعناية التي يريد الدائن تحقيقها من وراء التزام المدين .

فإذا كان مضمون هذا الأداء هو بذاته العناية التي يقصدها الدائن كان الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة . ومثاله التزام فلان برسم لوحة فنية والالتزام بنقل بضاعة من مكان إلى آخر والتزام المقاول بالبناء .

أما إذا كان مضمون هذا الأداء ليس هو العناية بل مجرد وسيلة لتحقيق العناية كان الالتزام حينئذ التزاما ببذل عناية . ومثاله التزام الطبيب بالعلاج ، إذ إن الطبيب يلتزم فقط ببذل عناية في سبيل تحقيق الشفاء وهو العناية التي يبتغيها المريض إذ إن تحقيق الشفاء ليس بيد الطبيب بل هو بيد الله تعالى .

وللتمييز بين الالتزامين أهميته من حيث طبيعة خطأ المدين في كل منهما في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه . ففي الالتزام ببذل عناية لا يقوم الخطأ في جانب المدين إلا إذا أثبت الدائن تقصير المدين في بذل العناية المطلوبة . أي إذا

أثبت أن المدين قد خالف السلوك المألوف للشخص العادي في مثل ظروف المدين ، ولا يكفي أن يثبت الدائن أن العناية لم تتحقق . فالترام الطبيب مثلا بإجراء عملية جراحية بقصد شفاء المريض هو الترام ببذل عناية . ويكون الطبيب قد قام بالتزامه إذا هو بثل العناية الواجبة عليه سواء تحققت النتيجة المقصودة أو لم تتحقق . لكن إذا كان الطبيب قد أخل بالعناية الواجبة عليه فإنه في هذه الحالة يكون مقصراً في تنفيذ التزامه . فإذا قام بإجراء العملية الجراحية في بيته أو في عيادته الخاصة فإنه يكون قد خالف السلوك المألوف لمثله من الأطباء في إجراء العمليات ، إذ المألوف أن تجرى مثل هذه العمليات في مستشفى مجهز بالمعدات الطبية اللازمة لإجراء العمليات .

أما في الالتزام بتحقيق نتيجة فيتحقق الخطأ في جانب المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة ولا يلقت إلى طبيعة سلوك المدين .

فعدم إيصال الناقل البضاعة إلى المكان المتفق عليه يؤدي إلى قيام مسئولية الناقل ولا يستطيع أن يتخلص من التزامه هذا بإثبات أنه بذل في سبيل تحقيق النتيجة العناية الواجبة ، ولا يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كقوة قاهرة مثلاً^(١) .

١- جواز اجتماع الالتزامين :

إن التفرقة بين الالتزامين لا تعني أن المدين لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه ملزماً بالتزامين ، التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية ، بل على العكس من ذلك يمكن أن يجتمع الالتزامان في شخص المدين مادام أن لكل منهما محله الخاص به . فمثلاً إذا التزم جراح بإجراء عملية جراحية كان التزامه بإجراء هذه العملية التزاماً بنتيجة ، وبالتالي يكون مسئولاً إذا لم يجرها دون حاجة إلى أن يثبت المريض تقصيراً معيناً في جانب الطبيب ، بل يكفي فقط إثبات عدم قيام الجراح بإجراء العملية ، وعلى الجراح إذا أراد التخلص من المسئولية أن

^(١) ومعيار التمييز بين الالتزامين هو الرجوع إلى مصدر الالتزام . يراجع في هذا الموضوع د . البردوي - مرجع سابق ف ١٤ ص ١٤

يثبت السبب الاجنبي الذي منعه من إجراء العملية. وإلى جانب هذا الالتزام
يتشأ من العقد نفسه في جانب الجراح التزام ببذل عناية ، فإذا لم تتجح العملية لا
يكفي أن يثبت المريض عدم نجاح العملية ، بل عليه أن يثبت في جانب الطبيب
تقصيراً أو إهمالاً .

١٢- هـ - الحق الشخصي والحق العيني :

١- ١ - التعريف بهما :

الحق الشخصي مرادف للالتزام ، ذلك لأن الرابطة التي تقوم بين الدائن

والمدين إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن كانت حقاً فيسمى حينئذ حقاً شخصياً ،
وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين كانت التزاماً فيسمى حينئذ التزاماً^(١).

وقد اقتصر الفقه على مصطلح الالتزام للدلالة على هذه الرابطة بدلاً من
مصطلح الحق الشخصي نظراً لشيوع استعماله إلى حد أن المقنن المدني اليمني
- على الرغم من استخدامه للتعبيرين كـ "مترادفين" في عنوان الكتاب الثاني
(الحق والالتزام به) - لم يستعمل للدلالة على هذه الرابطة في مواد هذا الكتاب
سوى لفظ الالتزام .

أما الحق العيني فهو سلطة مقررّة لشخص مباشرة على شيء معين بموجبها
يستطيع الشخص أن يستعمل هذا الشيء موضوع الحق أو يستغله أو يتصرف فيه
دون وساطة أحد^(٢). ومثاله حق الملكية ، وحق الانتفاع وحق الارتفاق .
فالحق العيني ينطوي على عنصرين ، صاحب الحق ومحل الحق أما الحق
الشخصي فينطوي على ثلاثة عناصر صاحب الحق ، ومن عليه الحق ، ومحل
الحق .

(١) د. الصدة - مرجع سابق ف ٣ ص ٧.
(٢) د. البدراري - مرجع سابق ف ٢ ص ٤.

ويرصف الحق العيني بأنه حق مطلق أي أن صاحبه يحتج به في مواجهه الكافة ولا يقوم فقط في علاقة شخصين كما هو الحال في الحق الشخصي .

١٤- ٢- محاولة هدم التفرقة بينهما^(١):-

التفرقة بين الحقين تفرقة قديمة تعود إلى عهد القانون الروماني . وقد ظلت كذلك حتى قام بعض من الفقهاء من أنصار نظريتي الالتزام الشخصية والمادية بهما مجتمها . فقد حاول أنصار المذهب الشخصي في الالتزام هدم التفرقة عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي . فعنده أن الحقوق جميعها ليست سوى روابط بين الأشخاص . فالحق العيني كالحق الشخصي رابطة بين صاحب الحق من ناحية وبين كافة الناس ماعدا صاحب الحق من ناحية أخرى . ومحل هذه الرابطة هو الالتزام الملقي على عاتق الكافة باحترام الحق والامتناع عن الاعتداء عليه .

أما أنصار المذهب المادي في الالتزام فقد حاولوا هدم التفرقة بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني . فالحق الشخصي قبل أن يكون رابطة هو قيمة مالية وجزءاً من الذمة المالية تجرى فيه التصرفات التي تجرى على الحق العيني يباع مثله ويرهق ويوهب .

وعلى الرغم من هذه المحاولات في هدم التفرقة بين الحقين الشخصي والعيني ، وعلى الرغم من مزايا المذهب المادي التي يحققها ، والتي من أهمها تفسيره لبعض الأوضاع التي يوجد فيها الالتزام دون دائن معين وقت نشوئه ، كالاتزام بالإرادة المنفردة والتي من تطبيقاتها الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وكالسند لحامله حيث ينشأ الحق فيه بإرادة المدين ولصالح دائن غير معين وقت نشوئه على الرغم من هذا كله ، فإنه ما تزال النشريات الحديثة ومنها التشرريح اليميني تحتفظ بهذه التفرقة^(٢) .

(١) د. يراجع في هذا الموضوع : د. السنهوري - الوسيط ف ٣ ، ص ٤٣٤-١٣٦ ، د. البدر راوي - مرجع سابق ف ٣ ص ٥-١٠ ، د. الصده ف ٤ ص ٧-١٤
(٢) فالدادة ١٢٢ مدني يعني تنص على أن ((الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية (...)).

١٥- ٣- نتائج التفرقة بين الحقيين (١) :

أ - من حيث المحل :

محل الحق العيني يكون دائماً شيئاً معيناً بالذات ؛ ذلك لأن الحق العيني سلطة . ، والسلطة لا تقع إلا على شيء معين . أما الحق الشخصي فمحل عمله يقوم به المدين لصالح الدائن فإذا باع تاجر خمسين قدحاً من القمح كان حق المشتري حقاً شخصياً فقط محله عمل يلتزم به البائع هو إفراز المبيع حتى تنتقل ملكيته إلى المشتري أما قبل الإفراز فلا ينشأ من العقد سموى التزام على البائع بنقل الملكية ، وإذا باع شخص عقاراً فإن البيع ينشئ في ذمته التزاماً بعمل هو نقل الملكية وتسليم المبيع .

ب- من حيث طبيعة الحق :

الحق العيني حق مطلق ، لأنه سلطة مباشرة على شيء^٢ يحتج به على الكافة . أما الحق الشخصي فحق نسبي لا يوجد سوى في علاقة مدين معين بدائن ، ومن ثم فإن الدائن لا يستطيع أن يصل إلى حقه إلا عن طريق المدين .

ج - من حيث مدة بقاءه :

الحق العيني حق موبد أي يظل باقياً ما بقي الشيء الذي يرد عليه ، أما الحق الشخصي فمؤقت ، ولو لا هذه الصفة لتحول إلى قيد دائم على الحرية وهذا مالا يجوز .

د - من حيث الآثار :

يمنح الحق العيني صاحبه مزيتين هما التمتع ، والأفضلية . ويقصد بحق التمتع أن يكون لصاحب الحق العيني تتبع الشيء ليستعمل عليه حقه في أي يد وجد الشيء^٥ .

(١) د اليد راوي - مرجع سابق ف٩ ص ١٢ د. الصدة - مرجع سابق ف٧ ص ١٠ .

فإذا باع المدين الرهن العين المرهونة لم يمنع هذا البيع الدائن المرتتهن من أن ينفذ عليها في يد مشتريها على الرغم من انتقال ملكيتها إلى الأخير . أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه حق التمتع لأنه لا ينصب على شيء مملوك للمدين بل هو فحسب حق للدائن في مطالبة المدين بعمل .

أما حق الأفضلية فيقصد به تقدم صاحب الحق العيني في استيفاء حقه على غيره . وهذا الحق يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية . فلو أن معتقراً أبيع لشخصين فسبق أحدهما إلى تسجيل عقده فإنه يفضل على المشتري الآخر فيحصل على العقار لأن التسجيل يجعله ملاكاً أي صاحب حق عيني ، بينما يظل المشتري الآخر دائناً شخصياً لا يمكنه مزاحمة المشتري الأول . وإذا قام الدائنون بالتفويض بحقوقهم على عقار مرهون ، فبيع جبراً بالمزاد كان للدائن المرتتهن استيفاء حقه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين العاديين . أما الحق الشخصي فلا يمنح صاحبه حق الأفضلية . فإذا تعدد الدائنون في هذا الحق كانوا جميعاً سواء بغض النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم . فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائنون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء .

هـ - من حيث الحيازة :

يصح أن ترد الحيازة على الحق العيني . أما الحق الشخصي فلا ترد عليه الحيازة لأن الرابطة التي تنشأ بين الدائن والمدين هي شيء معنوي لا يقبل الحيازة .

١٦_ ثانياً : مصادر الالتزام :

يراد بالمصدر الواقعة التي تنشئ الالتزام أي السبب القانوني الذي أنشأه . فاللزام المشتري بدفع الثمن مثلاً سببه عقد البيع ، واللتزام الأب بالنفقة على من يعول مصدره نص القانون .

فما هي إذًا تلك الوقائع المنشئة للالتزام^(١) ؟

١٧- أ - مصادر الالتزام في التشريعات الحديثة :

الملاحظ أن الكثير من التشريعات الحديثة تتحاشى إيراد نص يحدد مصادر الالتزام ويوصلها لأن هذا عمل يجب أن يترك للفقهاء . لكن يمكن التعرف على مصادر الالتزام في هذه التشريعات من خلال التبويب الذي تتبعه .

والمصادر المتفق عليها خمسة هي العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب ، والقانون .

وقد أخذ التقنين المدني اليمني بهذا التبويب حيث بدأ بالعقد ، ثم بإحدى صور الإرادة المنفردة وهو الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، ثم العمل غير المشروع ثم الإثراء بلا سبب ، ثم القانون .

وإلى جانب هذا الترتيب قام المققن المدني اليمني أيضا بوضع تعريف لمصدر الالتزام وتحديد المصادر الأساسية للحقوق حيث حصرها في ثلاثة هي التصرف الإرادي ، والفعل المجرد ، والواقعة^(٢) .

(١) عرف القانون الروماني ثلاثة مصادر للالتزام هي الجريمة وهذه لم تكن تصدق إلا على جرائم محددة على سبيل الحصر ، والعقد ، والأسباب المختلفة والتي كانت تشمل الأعمال التي تنشئ التزامات لا يمكن ردها إلى الجريمة أو العقد وهو ما ينطبق على الإثراء بلا سبب . أما القانون الفرنسي فيحدد خمسة مصادر هي العقد ، ورشبه العقد ويشمل الفضلة ورد غير المستحق ، والجريمة ، ورشبه الجريمة ، وهي عمل ضل لكن يصدر عن أهمل ، والقانون . ونظرا للنقد الذي وجهه للتقسيم الخماسي لمصادر الالتزام في القانون الفرنسي فقد حاول البعض حصرها في مصدرين هما العقد والقانون في نظر البعض أو الإرادة المنفردة والقانون في نظر البعض الآخر . في التطور التاريخي لمصادر الالتزام يرجع د. السنهوري - الوسيط مرجع سابق ف ٢٣ ، ٢٨ ، ٣٠ ص ١٥٣ ، ص ١٥٩ ، ص ١٦١

(٢) عرفت المادة ١٢٩ مدني يمني مصدر الالتزام وحددت أيضا المصادر الأساسية للالتزام حيث تنص على أن ((مصدر الحق هو كل ما ينشأ عنه وجوده ، والمصادر الأساسية التي تنفرد عنها المصادر المباشرة لها ثلثة هي : ١- التصرف الإرادي ٢- الفعل المجرد ٣- الواقعة)) . وجاءت المواد ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ لتعرف المقصود بالمصادر الثلاثة الأساسية . فالمادة ١٢٧ تعرف التصرف الإرادي والمادة ١٢٨ تعرف الفعل المجرد والمادة ١٢٩ تعرف الواقعة . ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن التصرف الإرادي يشمل العقد والإرادة المنفردة . وأن الفعل المجرد يشمل الفعل الضل ، والفعل التافيع والاتصاف أما الواقعة فتعني الالتزام التي تنشأ من نص القانون مباشرة .

١٨ - ب- التفاصيل الفقهي لمصادر الالتزام^(١) :

تقسيم مصادر الالتزام إلى خمسة أنواع هو تقسيم عملي . لذلك حاول الفقه أن يرد هذا التقسيم إلى أساس علمي يصدق بالنسبة لجميع أنواع الحقوق شخصية كانت تلك الحقوق أو عينية أو معنوية . ويتمثل هذا الأساس في الواقعة القانونية . والواقعة القانونية أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً هو كسب حق أو نفيه أو تعديله أو انقضاءه . وتنقسم الواقعة القانونية إلى وقائع طبيعية ووقائع إرادية من فعل الإنسان .

والوقائع الطبيعية هي التي تحدث بدون دخل من الإنسان . وتشمل الظواهر الطبيعية كغروب الشمس وشروقها وتشمل أيضاً الحوادث العارضة كفيضات نهر أو انفجار آله . وتشمل كذلك الوقائع التي تحدث من الجماد أو النبات أو الحيوان ، كالجوار ونضوج الغلة ، ونتاج الماشي ، كما تشمل كذلك الحوادث التي تكون متصلة بالإنسان ولكن لا يد له في حدوثها كواقعة الولادة والموت والقصر .

أما الوقائع الإرادية فهي تلك الوقائع التي يكون للإنسان دخل في حدوثها سواء صدرت عن إرادة منه أو عن غير إرادة . وهي على نوعين أعمال مدانية وأعمال أو تصرفات قانونية .

فالأعمال المدانية هي تلك التي تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثراً معيناً بصرف النظر عن إرادة صاحبها . فسواء اتجهت إرادة الفرد إلى إحداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم توجه إلى إحداث أثر ما فإن القانون هو الذي يرتب على هذه الأعمال أثرها . فقد يريد الشخص العمل والأثر المترتب عليه كما إذا قام بعمل نافع أترى به الغير على حسابيه بأن قام بإصلاح حائط للجدار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك . وقد يريد العمل ولا يريد الأثر

(١) - ينظر في هذا : د. السنهوري - الوسيط مرجع سابق ف ٣٢ ص ١٦٣ ، د. الصمدة - مرجع سابق ف ٢٨ ص ٤٠

المرتتب عليه كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد العمل ولا الأثر المترتب عليه كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال ، بأن صدر أحد المارة بسيارته . والحكم في جميع هذه الحالات واحد وهو أن الأثر الذي يترتب على العمل الملهي يقع بقوة القانون .

كما كانت إرادة الشخص الذي صدر منه هذا العمل .
أما الأعمال القانونية فهي أعمال الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين هو كسب حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه . وهي إما تصرفات صادرة من جانبين وهي العقود كالإيجار والبيع ، والوكالة ، أو تصرفات صادرة من جانب واحد وهي الإرادة المنفردة كالوصية ، والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور والنذور . والأمر الجوهري في هذه الأعمال أن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون .

وفي ضوء التحليل السابق يعد كل من العقد والإرادة المنفردة تصرفاً قانونياً ، ويعد العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والوقائع الطبيعية التي يترتب عليها القانون أثراً معيناً وقائع مادية وهذه بدورها تنقسم إلى وقائع طبيعية ووقائع إرادية كما عرفنا .

١٩ - خطة الدراسة في مصادر الالتزام :

نقسم الدراسة في مصادر الالتزام إلى خمسة أقسام على النحو الآتي :

- القسم الأول : [نظرية العقد] .
- القسم الثاني : [الإرادة المنفردة] .
- القسم الثالث : [الفعل الضار] .
- القسم الرابع : [الفعل النافع] .
- القسم الخامس : [القانون] .

القسم الأول

نظريّة العقد

القسم الأول

نظرية العقد

٢٠- خطة الدراسة في نظرية العقد :

نقتضي دراسة نظرية العقد أن نخصص له ثلاثة أبواب نتناول في الباب الأول أركان العقد وشروطه وبمعنى آخر قيام العقد ، وفي الباب الثاني نتناول أحكام العقد وفي الباب الثالث نتناول أسباب انحلال العقد .
وقبل أن نبدأ بدراسة هذه الموضوعات الأساسية نقدم لها بمقدمة عن تعريف العقد وأنواعه في صورة مختصرة إن شاء الله .

٢١- أولا : التعريف بالعقد و مجاله^(١) :

أ- العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه .
ويعرف القانون المدني اليمني العقد في المادة ١٣٨ مقتبسا هذا التعريف من الفقه الإسلامي بقوله :

((العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما على وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب على العقد التزام كل من المتعاقدين بما وجب به للآخر ولا يشترط التقيد بصيغة معينة بل يعتبر ما يدل على التراضي))

فقوام العقد أمران . الأول أن العقد توافق إرادتين أو أكثر . وهذا التوافق هو وحدة الذي يكون العقد . ويجب كحد أدنى أن يتوفر توافق الإرادتين بالنسبة إلى طبيعة العقد وذاتية المحل .

(١) د. السنهوري ج ١ ف ٣٦ د. البدرلوي - المراجع السابق ف ٢٩ ص ٤١ د. الصدة - المراجع السابق ف ٣٧ ص ٥٢ د. إسماعيل غانم - المراجع السابق ف ٢٧ ص ٤٨

فلو أراد أحد الطرفين البيع مثلاً، وأراد الطرف الآخر الإيجار لا ينعقد العقد لعدم توافق الإرادتين على طبيعته ولو أراد محلاً معيناً والآخر أراد محلاً آخر لا ينعقد العقد لعدم التوافق على المحل.

والأمر الثاني أن يكون هذا التوافق بين الإرادتين بغرض إحداث أثر قانوني معين . ولذلك فأعمال المجاملات لا تنشئ عقوداً . فلو أن شخصاً دعى صديقاً له إلى وليمة قبل الصديق الدعوة لا يقوم بينهما عقد في هذه الحالة لأنهما لم يقصدا من هذا الاتفاق إنشاء التزام قانوني . فإذا عدل من وجه الدعوة أو تخلف المدعو فلا مسئولية على هذا أو ذاك .

ب- ويقتصر مجال العقد^(١) على دائرة روابط القانون الخاص . فالقواعد المنظمة للعقد في القانون المدني لا يجوز كقاعدة عامة مدها لتحكم العقود التي تبرمها الدولة تحت ما يسمى بالعقود الإدارية . فهذه العقود تحكمها قواعد خاصة تنفق وطبيعتها^(٢) .

لكن لا يعني هذا أن كل القواعد التي تنظم العقود المدنية لا تجد لها مجالاً في العقود الإدارية، وإنما يستبعد من هذه القواعد مالا يتفق مع طبيعة هذه العقود . فالقواعد الخاصة بالتراضي وسلامته مثلاً يمكن أن نجد لها تطبيقاً في هذا الميدان .

وقصر نطاق العقد على روابط القانون الخاص يعني شمول هذا النطاق الروابط المالية جميعاً الحقوق الشخصية منها والعينية على السواء ، كما يشمل روابط الأسرة وفقاً للرأي الراجح . فالعقد مصدر للحق الشخصي (الالتزام) وهو أيضاً مصدر من مصادر الحقوق العينية وهو يعد كذلك حتى في مجال روابط الأسرة كعقد الزواج مثلاً .

(١) د. الصده ف ٣٩ ص ٥٥ ، د. البدر اوي ف ٣١ ص ٤٥ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ف ٢٩ ص ٤٥ .

(٢) تتميز هذه العقود بأن كلتي المتعاقدين فيها غير متكافئة ، ولهذا كثيراً ما يتضمن العقد شروطاً تعدل غير قانونية في العقود المدنية ، كحق الإدارة في الفسخ بإرادتها وحققها في تعديل العقد من أمثلتها عقود التزائم المرافق العامة التي تبرمها الدولة مع شخص أو شركة لا مستقلين مرفق ما كمرق النقل مثلاً .

٢٢ - ثانياً : أنواع العقود (١) :

لا تقع العقود تحت حصر ، ففي كل يوم يظهر منها جديد ، ويرجع ذلك إلى تطور الحياة العملية المستمر . والأصل أن للأفراد الحرية في إنشاء ما يريدون من عقود طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . لهذا كانت المحاولة لمعرفة أنواع العقود هي تقسيمها إلى طوائف تختلف مجموعة كل طائفة عن الأخرى تبعاً لخصائص تنفرد بها هذه المجموعة عن تلك . وتقسيم العقود على هذا الأساس يفيد في معرفة القواعد التي تنطبق على كل طائفة من الطوائف المتعددة للعقود .

فالعقود تنقسم من حيث تنظيم القانون لها من عدمه إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، ومن حيث تكوينها إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية ، ومن حيث الأثر المترتب عليها إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد ، ومن حيث إمكان تحديد مدى التزام المتعاقد فيها إلى عقود محددة وعقود واحد ، ومن حيث المدة كعقود في التنفيذ إلى عقود فورية وعقود زمنية ، احتمالية ، ومن حيث المدة كعقود في التنفيذ إلى عقود فورية وعقود زمنية ، ومن حيث اقتصرها على عملية قانونية واحدة أو شمولها لعدة عمليات إلى عقود بسيطة وعقود مختلطة ومن حيث مدى حرية المتعاقدين في مناقشة شروط التعاقد وعدمه إلى عقود المساومة الحرة وعقود الإذعان ، ومن حيث تعيين أطراف التعاقد بذواتهم وعدمه إلى عقود ذاتية وعقود جماعية ، ومن حيث قيام العقد مستقلاً عن غيره وعدمه إلى عقود أصلية وعقود تبعية .

وتقتصر الدراسة على أهم أنواع هذه العقود وأكثرها شيوعاً ونتناولها تباعاً .

٢٣ - أ - العقد المسمى والعقد غير المسمى (١) :

(١) في هذا الموضوع د. البدراوي - مرجع سابق ف٣٣ ص٧ وما بعدها ، د. غانم - مرجع سابق ف٣٠ ص٥٢ وما بعدها ، د. الصدة - مرجع سابق ف٤١ ص٥١ وما بعدها .
(٢) د. البدراوي - مرجع سابق ف٣٢ ص٤٦ ، د. الصدة - مرجع سابق ف٤١ ص٥٦ .

العقد المسمى هو العقد الذي ينظمه الشارع ويخلع عليه اسماً معيناً ، أما العقد غير المسمى فهو ذلك العقد الذي لم ينظمه الشارع وترك الأمر في تنظيمه إلى مبادئ النظرية العامة للاتزام وإلى جهد الفقه والقضاء في تطبيق تلك القواعد بما يتفق والأغراض المشروعة التي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها من خلال تلك العقود .

والعقود المسمومة وفقاً للتنظيم الذي أخذ به التقنين المدني اليمني منها ما يقع على الملكية وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، ومنها ما يرد على الانتفاع وهي الإيجار والعارية ، ومنها ما يرد على العمل وهي المقاوله والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة ، وعقود الفرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وعقود الضمان وهي الكفالة والرهن الحيازي والتأمين العقاري .

ومن أمثلة العقود غير المسمومة عقد النشر الذي يتم بين المؤلف والناسخ وعقد التوريد وعقد النزول في فندق والاتفاق الذي يتم بين مستشفى وكلية الطب على أن تضع الأولى تحت تصرف الثانية عدداً من الأسرة للدراسة الطبية وغيرها كثير لأن الأصل حرية الإرادة في إنشاء ما تريد من العقود في حدود النظام العام وحسن الآداب .

٢٤- ب - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني (١):

العقد الرضائي هو العقد الذي تكفي الإرادة وحدها لانعقاده . كما هو الحال في البيع والإيجار وغيرهما من العقود الرضائية . ولا تهم بعد ذلك طريقة التعبير . فقد يتم التعبير عن الإرادة مشافهة أو كتابة أو بالإشارة أو بأية وسيلة . فليس يلزم لانعقاد العقد أي شكل معين ، فلا يلزم مثلاً أن يحرر العقد كتابة أو بورقة رسمية .

(١) البند راوي - مرجع سابق ف ٣٣ ص ٤٧ د. الصدة - مرجع سابق ف ٤٤ ص ٦٠

والقاعدة العامة اليوم هي رضائية العقود ، وهذا على خلاف ما كانت عليه الحال قديما في القانون الروماني ، فقد كانت القاعدة العامة فيه هي الشككية والرضائية هي الاستثناء .

أما العقد الشكلي فهو العقد الذي يجب لانعقاده - بالإضفاء إلى تراضي المتعاقدين - أن يفرغ في شكل معين يحدده القانون أو المتعاقدان . فالإرادة وحدها لا تكفي لإنشاء العقد وإنما يجب أن يضاف إليها شكل معين . ومثاله العقد الرسمي الذي يوجب المشرع - لانعقاده - تحريرَه أمام موثق رسمي كالعقد الوارد على سفينة حيث يشترط القانون لانعقاده تحريره أمام الموظف المختص . وقد أصبح الهدف من الشككية الآن هو حماية المتصرف بإشعاره إلى ضرورة ما هو مقدم عليه مع ملاحظة أن الشككية أصبحت لا تغني عن الإرادة إذ لا بد من توفر الإرادة إلى جانب الشككية . ولهذا فإن توفر الشككية لا يحول دون الطعن في العقد بالبطالان إذا تخلفت الإرادة أو كانت معيبة .

أما العقد العيني فهو العقد الذي يجب لانعقاده - فوق تراضي المتعاقدين - أن تسلم العين محل العقد . ويرجع تاريخ هذا العقد إلى القانون الروماني إذ كانت الشككية فيه هي الأصل ، ثم استثنى القانون بعض العقود حيث استثنى فيها عن الشككية المعقدة التي كان يتطلبها بتسليم الشيء محل العقد وهذه العقود هي القرض والعارية والوديعة ورهن الحبارة .

وهجرت كثير من التشريعات الحديثة هذه العقود واعتبرتها عقوداً رضائية . فالقانون اليمني لم يسبق سوى عقدين لا يتم انعقادهما إلا بقبض محل العقد وهما عقد القرض وعقد الهبة البذرية .

على أن للمتعاقدين الاتفاق على جعل أي عقد من العقود الرضائية عقداً عينياً لا ينعقد إلا بقبض المحل أو بتنفيذ مشط من التزام أحد طرفي العقد ، وهذا ما يحدث أحيانا في عقد التأمين حيث يشترط ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول . وللمتعاقدين أيضا ان يتفقا على جعل أي عقد رضائي عقداً شكليا لا يتم الاجاسيفاء شكل معين كالكتابة الرسمية مثلا .

٢٥- ج - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد (١) :

العقد الملزم للجانبين أو التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً في الوقت نفسه . ومثاله عقد البيع يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع ، وتسليمه إلى المشتري في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن ، ومثاله أيضاً عقد الإيجار يلتزم فيه المؤجر بتسليم العين المؤجرة وصيانتها في مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة والمحافظة على العين المؤجرة وردها عند انتهاء عقد الإيجار .

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر فيكون أحد طرفيه دائناً لا مديناً ، ويكون الطرف الآخر مديناً لا دائناً ومثاله عقد الهبة يلتزم فيه الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ، ولا يلتزم الموهوب له بشيء . وعقد الوديعة بغير أجر يلتزم فيها المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع ولا يلتزم المودع بشيء .

على أنه قد يصبح العقد الملزم لجانب واحد بطبيعته في بعض الفروض عقداً ملزماً لجانبين ، وذلك حين يتفق فيه على تكليف أو مقابل يقع على عاتق الدائن الذي لا يتحمل بمثل هذا التكليف . فالهبة مثلاً هي بحسب الأصل عقد ملزم لجانب واحد إذ تتم عادة بدون عوض لكن إذا فرض على الموهوب له القيام بالتزام معين صارت عقداً ملزماً للجانبين وينطبق هذا على عقدي الوكالة والوديعة .

(١) البدراري - مرجع سابق ف٥٥ ص ٨٠ ، د. الصدة - مرجع سابق ف٨ ص ٦٤ د. غانم - مرجع سابق ف٥٥ ص ٣٥ ص ٦٢

٢٦- د - عقد المعاوضة وعقد التبرع ^(١) :

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلًا لما أعطاه. ومثاله عقد البيع ، حيث يأخذ المشتري المبيع مقابل الثمن ويأخذ البائع الثمن في مقابل المبيع ، ومثاله أيضا عقد الإيجار والشركة والتأمين .

أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضا عما أعطاه. ومثاله عقد الهبة وعقد الوديعة بدون أجر ، وعقد العارية ففيها جميعا يقدم أحد العاقلين شيئا أو خدمة أو منفعة إلى الطرف الآخر دون مقابل .
ومعيار التفرقة بين النوعين هو معيار موضوعي مسحوبٌ بعنصر نفسي في بعض الأحيان . ويتمثل هذا المعيار في وجود مقابل لما يقدمه كل متعاقد أو عدم وجوده.

على أن لنية المتعاقدين دوراً هاما في بعض الأحوال لتحديد ما إذا كان العقد تبرعاً أو معاوضة . فقد يكون التصرف معاوضة على الرغم من عدم وجود المقابل لأن الإرادة لم تقصد منه التفضل والإحسان . فمن يقدم إلى الأوقاف قطعة أرض لتقيم عليها مسجداً ، يقوم بعمل من أعمال المعاوضة لا للتبرع لأن تصرفه مقصود به الاستفادة من وراء هذا العمل حيث تزيد قيمة الأرض الموجودة والتي أعطى منها جزءا لبناء المسجد . وعلى العكس من ذلك يعد التصرف من التبرعات إن كان الدافع إليه هو نية التبرع وإن كان ثمة مقابل .

٢٧ - ه - العقد الفوري والعقد الرمني :

العقد الفوري هو العقد الذي ينشئ بين طرفيه التزامات قابلة بطبيعتها لأن تنفذ دفعة واحدة ودون أن يكون الزمن عنصراً في تنفيذه سواء تم هذا التنفيذ فوراً أو تراخي إلى أجل أو آجال متتابعة . فعقد البيع مثلا عقد فوري التنفيذ

(١) البيرلاوي - مرجع سابق ف ٨٨ ص ٨٤ ، د . غانم - مرجع سابق ٣٨ ص ١٧ .

سواء كان الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً ، ذلك لأن الزمن لا يدخل في هذا العقد إلا باعتبار عنصره عنصراً عرضياً باتفاق المتعاقدين أو بسبب طبيعة محل الالتزام ، وذلك إذا كانت النتيجة المقصودة يستغرق تحقيقها مدة من الزمن ، كأن يتعاقد مقول على بناء منزل إذ لا بد لهذا البناء من أن يستغرق زمناً ، ومن ثم يكون الأجل في هذه الحالة إجبارياً. ومع ذلك يظل هذا الأجل عنصراً عرضياً لأن الزمن حينئذ لا يقاس به محل الالتزام . فمدة التنفيذ هنا لا يقابلها إشباع مستمر ولا أثر لها في زيادة الفائدة المقصودة أو نقصها .

أما عقد المدة فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه فيكون هو المقياس الذي يقدر به العقد ، فعقد الإيجار مثلاً عقد زمني لأنه يرد على المنفعة والزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه لأنه هو الذي يحدد مقدار هذه المنفعة إذ لا يتصور أن ينفذ المؤجر التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع لمدة سنة في لحظة واحدة ، بل لا بد أن يستغرق هذا التنفيذ سنة كاملة . ومثاله أيضاً عقد العمل وعقد التأمين وعقد الشركة وعقد التوريد حيث يلتزم المدين في العقد الأخير بتوريد سلع معينة طوال مدة معينة في مقابل التزام المورد إليه بدفع الثمن عن كل توريد .

٢٨- و- العقد الذاتي و العقد الجماعي (١) :

العقد الذاتي أو العقد الفردي هو العقد الذي يتم بين شخصين أو أكثر معينين بذواتهم . ويقتصر أثره عليهم وعلى خلفائهم . فبيع عقار لعدة مشتاعين وقسمته مثلاً هو عقد فردي وإن تعدد عاقدوه وإن كانت المصلحة فيه مشتركة بين عدة أشخاص إلا أن أطرافها معينون تعييناً ذاتياً ، وأثرها مقصور عليهم .

أما العقد الجماعي فهو العقد الذي ينظم على نحو دائم مصالح جماعة معينة بصفتها غير ممثلة تمثيلاً كاملاً في أشخاص عاقديه ، بل قد يعترض عليه بعض أفراد الجماعة ويظهرون عدم رضائهم عنه ، ولكن على الرغم من ذلك يسري

(١) د. البردوي - مرجع سابق ف ٤٤ ص ٧٨ وما بعدها

في حقهم . ومثاله عقد العمل الجماعي ، وهو اتفاق ينظم بمقتضاه شروط العمل بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال أو اتحاد نقابات العمال وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال الذين يستخدمون عمالاً ينتمون إلى تلك النقابات .

ومن هنا يظهر الفرق بين العقد الفردي وبين العقد الجماعي ، فإذا كان عقد العمل الفردي مثلاً يولد علاقات العمل بين طرفيه فيلزم العامل بتنفيذ العمل وصاحب العمل بدفع الأجر ، فان عقد العمل الجماعي لا ينشئ هذه العلاقات بين صاحب العمل وعامل بل يقتصر على تحديد الشروط التي يجب أن يتضمنها عقد العمل الفردي الذي يبرم بين رب العمل وكل واحد من العمال . كما يفترق العقد الجماعي عن العقد الفردي من حيث إن العقد الفردي لا يلزم إلا صاعديه ولا ينشئ علاقات إلا فيما بينهما ، على حين أن العقد الجماعي يلزم جميع الأفراد المنضمين إلى الجماعة التي عقده مع أنهم لم يكونوا طرفاً فيه ، وعلى الرغم من اعتراض بعضهم عليه ، أو انضمامهم إلى الجماعة بعد إبرامه

٢٩- ز - تقسيم العقود في الفقه الإسلامي :

لا شك في أن للأفراد في ضوء المبادئ العامة للإسلام حرية إنشاء ما يرون من العقود التي تدعو إليها الحاجة ، وإن لم تكن معروفة من قبل مادام أن هذه العقود التي يبرمونها لا تتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية^(١) .

يوكد هذا قوله تعالى : ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود))^(٢) .

وقوله تعالى : ((وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً))^(٣) . فالله تعالى قد أمرنا الوفاء

بالعقد على وجه العموم دون حصر لها ، فوجب الوفاء بكل عقد تنشئه إرادة

الشيخ على الخفيف - أحكام المعاملات الشرعية ط/٣ دار الفكر العربي - القاهرة

ص ٢٠٧

^(٢) الآية ١ من سورة المائدة .

^(٣) الآية ٣٤ من سورة الإسراء .

المتعاقدين إلا ما حرم الله . ولهذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم))

السلمون عند شرطهم إلا بشرطاً أحل أو حرم حالاً))

وإذا كانت كتب التراث قد خلت من نظرية عامة للعقد ، فإن ما ذكر فيها من العقود هي التي كانت معروفة في ذلك الزمان ، ولهذا فإذا اقتضت ظروف التعامل استحداث عقود جديدة توفرت فيها الشروط كانت عقوداً مشروعة .

الباب الأول

أركان العقد وشروطه

الباب الأول

أركان العقد وشروطه

((تكوين العقد))

٣٠ - تمهيد وتقسيم :

لا يقوم العقد إلا بتوفر أركانه ، ولا يصح إلا باكتمال شروطه . وأركان العقد كما حددها القانون المدني اليمني ثلاثة هي التراضي ، والعقدان ، والمحل . وهذا التحديد مأخوذ عن جمهور الفقه الإسلامي ، خلافا للحنفية الذين يجعلون . من الإيجاب والقبول ركن العقد وما عداهما شرطاً في العقد .

لذا ستقسم الدراسة في أركان العقد إلى ثلاثة فصول يُخصص كل فصل منها لركن من هذه الأركان اتباعاً لمنهج التقنين المدني اليمني ، ثم نعقب بفصل رابع ندرس فيه البطلان كجزاء لتخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه .

الفصل الأول

التراضي

٣١ - تمهيد وتقسيم :

التراضي ركن في العقد ويقصد به توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني معين . فإذا تخلف التراضي لم ينعقد العقد .

على أنه يلزم - فوق ذلك - أن يكون التراضي سليماً أي أن تكون إرادة كل من طرفي العقد خالية من أي عيب من غلط أو تدليس أو غبن . فإذا شاب رضا أي من إرادة العقدين عيب من هذه العيوب كان العقد قابلاً للفسخ أو للإبطال لمصلحة من عيّت إرادته .

وندرس موضوع التراضي في مباحث ثلاثة. ندرس في المبحث الأول وجود التراضي ، وندرس في المبحث الثاني سلامة الرضا من العيوب وفي المبحث الثالث ندرس صوراً خاصة للتراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٣٢ - تمهيد وتقسيم :

التراضي هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين. فهو يقتض وجود إرادتين متطابقتين . وقد نصت على هذا المعنى المادة ١٤٧ مدني يعني بقولها: ((التراضي هو تعبير كل من طرفي العقد عن إرادته وأن تكون الإرادتان متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإتقاد العقد)) .

ويجب لوجود التراضي أن توجد إرادة لدى المتعاقدين ، فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتقد بها القانون ، كما هو الحال بالنسبة لفاقد التمييز لصغر السن أو جنون أو عته ، وفاقد الوعي لسكر أو مرض ، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسي .

فإذا وجدت الإرادة فلا يعتقد بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني معين ، فلا عبرة بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر كما في أفعال المجاملات وقبول القيام بخدمة مجانية ، كذلك لا عبرة بإرادة الهازل ولا بإرادة من يعلق التزامه على محض المشيئة كما إذا قل شخص لاخر بعثك منزلي إذا أردت أنا . ولا يعتقد بالإرادة الصورية بين المتعاقدين ففي هذه الصور لا توجد إرادة جدية .

وندرس في مطلبين التعبير عن الإرادة وتوافق الإرادتين .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٣٣ - تقسيم :

وندرس التعبير عن الإرادة في فروع أربعة نتناول في الفرع الأول وسائل التعبير عن الإرادة ونتناول في الفرع الثاني اختلاف التعبير عن الإرادة ونتناول في الفرع الثالث متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره وفي الفرع الرابع نتناول أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة .

الفرع الأول

وسائل التعبير عن الإرادة

التراضي إرادة ، والإرادة أمر كامن في النفس لا يمكن أن تحدث أي أثر قانوني إلا إذا ظهرت إلى خارج النفس ، أي إلا إذا أفصح صاحبها عنها . ومن هنا كان من الضروري وقوع تعبير عن الإرادة .

ويستطيع المتعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يرغب التعبير بها إذ الأصل في التعبير عن الإرادة هو عدم خضوعه لأي شكل تطبيقاً لمبدأ الرضائية في العقود .

وعليه فقد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، كما قد يكون ضمناً وهذا ما صرح به المادة ١٤٨ مدني^(١) . فالقانون لا يشترط شكلاً معيناً للتعبير عن

^(١) حيث تنص على أن ((التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة والمتداولة عرفاً ، كما قد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروفي الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان مسبقاً على أن يكون صريحاً)) .

الإرادة ، وأنه لا يشترط أن يكون صريحا إلا بنص خاص أو اتفاق مسبق من المتعاقدين .

وندرس فيما يأتي صور التعبير عن الإرادة .

٣٤ - أولا : التعبير الصريح عن الإرادة : (١)

التعبير الصريح عن الإرادة هو التعبير الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس . وقد عدد نص المادة ١٤٨ مدني وسائل التعبير الصريح عن الإرادة وهي اللفظ والكتابة والإشارة المفهمة والمتداولة عرفا واتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود .

أ - فقد يكون التعبير الصريح عن الإرادة باستعمال لفظ من الألفاظ القاطعة في الدلالة على حقيقة المقصود كاستعمال الفاظ البيع والإيجار والهبة وأي لفظ آخر قاطع في الدلالة على هذه المعاني .

ب - وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة أيأ كانت هذه الكتابة سواء أكانت عرقية أم رسمية مكتوبة أم مطبوعة .

ج - وقد يقع التعبير الصريح بالإشارة المتداولة في عرف الناس كإشارة الأخرس غير المبهمة ، وكهز الرأس عموديا للدلالة على القبول ، أو أفقيا للدلالة على الرفض .

د - وقد يكون التعبير صريحا أيضا باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود . من ذلك مثلا عرض السلع للجمهور على واجهات المحلات التجارية مع بيان أثمانها ، ووقوف سيارات الأجرة في مواقف معدة للركوب .

(١) د. البدر راوي - مرجع سابق ف ١٢٥ ص ١٧٣ د. الصدة مرجع سابق ف ٧٠ ص ٨٣ .

هـ- وينص القانون المدني اليمني في المادة ١٥١ على صورة خامسة للتعبير الصريح عن الإرادة وهو التعبير بالأفعال أو المعاطاة^١ كما ورد في كتب الفقه الإسلامي . فهذه المادة تنص على أنه :

((يصح التعبير بالأفعال كالتعاطي فيما جرى به العرف و ينص عليه القانون الشرعي)) .

٣٥- ثانياً : التعبير الضمني عن الإرادة :

التعبير الضمني عن الإرادة هو التعبير الذي يدل على التراضي بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق والمالوف بين الناس في الكشف عن هذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستتبط منها دلالة التعبير من ظروف الحال . مثال ذلك أن يعرض شخص على آخر شيئاً شرائه بثمن معين فلا يصرح بالقبول أو الرفض ولكن يتصرف في هذا الشيء إلى الغير . فتصرفه هذا قبول ضمنى للشراء . ومثاله أيضاً بقاء المستأجر بعد انتهاء الإيجار منتفعاً بالعين المؤجرة بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، إذ ينطوي هذا على إيجاب ضمنى للإيجار . ومن ذلك كذلك قيام الوكيل بتنفيذ وكالة لم يصرح بقبولها ، إذ يعد تنفيذها حينئذ قبولاً ضمناً .

وإذا كان الأصل أن أيأ من صورتى التعبير (الصريح والضمني) كاف للكشف عن الإرادة ، إلا أن التعبير الصريح يكون واجباً حيث يتفق عليه المتعاقدان صراحة أو حيث يشترطه القانون .

فقد يتطلب القانون أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً في شكل خاص وقد يكفي بأقل من ذلك فيوجب أن تصدر من الشخص إرادة صريحة وذلك في

(١) المعاطاة : هو تعاقد بالمبادأة الفعلية الدالة على التراضي كبيع الجراد في الأكشاك حيث لا يتم التناط بل فقط البيع والمشاء .

الحالات التي تنطوي على بعض الخطورة^(١). وإذا تطلب القانون الكتابة للإثبات فإن هذه الكتابة لا تعد مظهراً مطلوباً للتعبير عن الإرادة وإنما هي طريق للإثبات ، إلا أنها من الناحية العملية تعد قيداً على حرية المتعاقدين في اختيار طريقة التعبير عن الإرادة .

٣٢- ثالثاً : مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة^(٢) :

يجب بداية التفرقة بين السكوت وبين التعبير الضمني عن الإرادة . فالتعبير الضمني يفترض سلوك الشخص مسلماً معنياً يمكن أن يقطع في الدلالة على إرادته . أما السكوت فهو أمر سلبي بحت لا يقترن بأي مسلك فضلاً عن أنه غير مصحوب بلفظ أو كتابة أو إشارة . ولذلك فلا وجه للبحث فيما إذا كان السكوت يصلح تعبيراً عن الإيجاب ، لأن الإيجاب عرض ، والعرض لا يمكن أن يستفاد إلا بفعل إيجابي محدد وموجه إلى الغير .

أما بالنسبة للقبول فالقاعدة أيضاً أن القبول لا يمكن أن يستفاد من مجرد السكوت إذ القاعدة أنه لا ينسب لساكئ قول . فمن عرض عليه إيجاب معين ليس ملزماً بالرد عليه بالقبول أو الرفض ، وإنما له أن يتجاهل هذا الإيجاب . ولذلك وجب ألا يحمل سكوته على محمل القبول ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى حرج وعنت شديدين على الناس ، حيث يكون كل شخص ملزماً بالرد بالرفض على كل عرض يعرض عليه وإلا عد سكوته قيولاً وفي هذا مساس بحريته .

^(١) فمثلاً تنص المادة ١٨ أثبتت مصري على أن ((الشاشر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه إلا إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دون في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاله)) .

^(٢) في الموضوع د. عيدا القادر قحطان - السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات في القانونين اليمني والمصري دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلاميين رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - القاهرة ١٩٩١ دار النهضة العربية - القاهرة ص ٦٩٦ وما بعدها . وهو يرى عدم صحة التفريق بين السكوت الملايس والتعبير الضمني باعتبار السكوت الملايس صورة من صور التعبير الضمني د. الصدة - مرجع سابق ف ٧١ ص ٨٤ .

وتطبيقاً لهذا قضني بأنه إذا أرسل بنك إلى عميل له خطاباً يخبره فيه أنه قيد اسمه في قائمة المكتتبين في مشروع معين وأنه احتسب في رصيده قيمة الأسهم فإن سكوت العميل عن الرد لا يعد قبولاً للاكتتاب . وقضني أيضاً بأنه إذا أرسل ناشر صحيفة دورية إلى شخص لم يرفضها ولم يرددها فإن سكوته لا يعد قبولاً للاشتراك حتى لو ذكر في الصحيفة أن استلامها يعد قبولاً .

وقضني أيضاً بأنه إذا أرسل تاجر عينة من بضاعة إلى شخص ذاكرأ له أن عدم رده للعينة في مدة معينة يعد قبولاً للشراء فإن سكوت هذا الشخص عن الرد لا يكون قبولاً .

لكن يرد على هذه القاعدة استثناء تتضمنه القاعدة التي تقول : إن السكوت في معرض الحاجة بيان . ومعناها أن السكوت إذا صاحبه ظروف يكون السكوت معها دليلاً على القبول اعتبر كذلك . وهو ما يقال له السكوت الملايس .

وقد تضمنت المادة ١٥٩ مدني أمثلة لهذا النوع من السكوت حيث تنص على أنه ((إذا كانت عادة المعاملة أو العرف التجاري أو ما يدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في المدة المعقولة لعودة الرد إلى الموجب ، ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو كان الإيجاب لمنفعة من وجه إليه محضاً)) .

فالحالات الواردة في هذا النص والتي يعتبر السكوت فيها قبولاً بسبب ما يلايسه من ظروف هي على النحو الآتي :

١- إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل كما إذا اعتاد تاجر أن يطلب من آخر البضاعة التي يريدها فيرسل هذا الأخير البضاعة دون أن يعلمه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً بعد ذلك مما يدخل في نطاق المعاملات السابقة وسكت التاجر كعادته ، كان للأول أن يعتبر هذا السكوت قبولاً .

٢- إذا كان العرف والعادات قد جرت على أن الموجب له يعتبر قابلاً إذا لم يرد بالرفض في وقت مناسب ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك . من ذلك

ما جرت عليه عادة البنوك من إرسال بيان إلى عملائها بالحساب الجاري ، فإن عدم اعتراض العميل على هذا البيان في وقت معقول يعتبر منه موافقة له . ومن ذلك أيضا أن يرسل تاجر الصناعة لمن يطلبها ويضيف في الفاتورة شروطا جديدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها ، كان يشترط فيها مثلا وفاء الثمن في موطن البائع خلافا للأصل من أن الوفاء يتم في موطن المدين أي المشتري ، وكان ينص على أن الاختصاص لمحكمة موطن البائع في جميع الأحوال .

٣- إذا كان الإيجاب ينطوي على منفعة خالصة للموجه إليه ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعد قبولا . من ذلك مثلا أن تكون بين تاجر وآخر معاملة مستمرة ، وأراد الأول أن يحتفظ بالثاني عميلا فعرض عليه سيارة لتكون تحت تصرفه لتوزيع البضائع على زبائنه فسكت هذا الأخير فإن هذا السكوت يعد قبولا . ومن ذلك كذلك أن يعرض شخص على آخر عارية استعمال أو هبة فسكت .

الفرع الثاني

اختلاف التعبير عن الإرادة (١)

إذا صدر التعبير مطابقاً للإرادة فلا مشكلة. أما إذا اختلف التعبير عن حقيقة الإرادة، فيثار عندئذ التساؤل حول أي من الأمرين يعمل عليه، التعبير أو الإرادة في ذاتها. وبعبارة أخرى هل يؤخذ بالإرادة الظاهرة أو بالإرادة الباطنة؟ فلو عرض تاجر بضاعة وكتب عليها خطأ ثمننا أقل من الثمن الذي يريده، ولو وقع شخص على عقد مطبوع لم يفتن إلى شروط لا يقبلها فهل نعتد بحقيقة ما أراده المتعاقد في المثالين أم نعتد بتعبيره الذي ظهر.

توجد في الموضوع نظريتان، نظرية الإرادة الباطنة، ونظرية الإرادة الظاهرة.

تأخذ نظرية الإرادة الباطنة بالإرادة الحقيقية الكاملة في النفس، أما التعبير عنها فليس سوى دليل على الإرادة يقبل إثبات العكس. ففي حالة التعبير عن الإرادة بطريقة البرق مثلاً، إذا وقع خطأ في عبارة البرقية لم يقصده المتعاقد مرسل البرقية فإن العقد لا ينعقد لا يختلف التعبير عن حقيقة ما قصدته الإرادة.

أما نظرية الإرادة الظاهرة فتأخذ بالإرادة التي عبر عنها صاحبها. فهي تقف عند التعبير لأنه المظهر المادي الذي تجسم فيه الإرادة والذي يستطيع المتعاملون إدراكه والاطمئنان إليه. ذلك لأن الإرادة ظاهرة نفسية، بينما القانون ظاهرة اجتماعية، ومن ثم لا يعتد بالإرادة إلا في مظهرها الاجتماعي لأن المتعامل لا يسعده التعرف على الإرادة إلا من خلال التعبير عنها وهذا النظر هو الذي يكفل استقرار التعامل. ولهذا فإن أصحاب هذه النظرية يرون في التعبير أساساً للإرادة لا يجوز نقضه أو الإنحراف عنه. على أن أصحاب هذه

(١) د. عبد القادر قطان - المرجع السابق ص ٥٩٧

النظرية لا يغفلون الإرادة الباطنة إغفالاً كاملاً بل يشترطون ارادة التعبير أي أن يكون التعبير مستنداً إلى ارادة مميزة حرة اتجهت إلى إصداره. ولهذا إذا صدر التعبير من صغيلة أو مجنون مثلاً فلا يترتب عليه أثر لان ارادة التعبير تكون حينئذ غير موجودة.

ويبدو أن القانون المدني اليمني أخذ بالإرادة الباطنة كقاعدة عامة. فالمادة ٧ مدني تقضي بأن ((الأمور بمقاصدها، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني)) .

واعتد بالإرادة الظاهرة استثناء بالقر الذي يحقق الاستقرار في التعامل ففي تكوين العقد مثلاً اشترط لصحة التراضي في المادة ١٥٢ توافق الإيجاب والقبول وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة إذ التعبير الممثل في الإيجاب والقبول هو المظهر الخارجي المحسوس للإرادة. ويعتبر تصرفات المجنون الذي طرأ عليه الجنون بعد أن بلغ رشيداً وقبل الحجر عليه صحيحة إذا كانت حالة الجنون ليست شائعة ولم يعلم بها الطرف الآخر رغم انعدام الإرادة، مما يستوجب البطلان وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة. وإذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فلا يكون العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع المتعاقده معه في غلط نتيجة التدليس وفي التعاقد بين غائبين فان التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه فإذا كان من وجه إليه التعبير قد قبل ثم عدل ولكن قبله وصل قبل وصول العدول يتم العقد، وهذا أخذ بالإرادة الظاهرة. وفي تفسير العقد أخذ المشرع اليمني بالإرادة الظاهرة أيضاً إذا كانت عبارة العقد واضحة وقاطعة في الدلالة على المعنى حيث لا يجوز الخروج عنها بحجة التعرف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

الفروع الثلاثة

متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره (١)

التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجاباً أم قبولاً لا ينتج أثره - وفقاً لنص المادة (١٥٠ مدني) - إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . فهذه المادة تنص على أنه ((ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم مالم يقم الدليل على العكس)) .

فالتعبير التعاقدى عن الإرادة لا ينتج أثره إلا متى وصل إلى علم من وجه إليه (٢) ... فصدور التعبير من صاحبه لا يكون له سوى وجود مادي ولا يترقر له الوجود القانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه لأنه حينئذ فحسب يستكمل وجوده القانوني وهذه المسألة لا تظهر أهميتها إلا في التعاقد بين غائبين .

ومعنى ترتيب التعبير أثره القانوني أنه إذا كان هذا التعبير إيجاباً أن يكون صالحاً لأن يقرن به قبول ، وإذا كان قبولاً أن يكون صالحاً لأن يقرن بالإيجاب وبه ينعقد العقد .

ويستطيع الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره أي بعد وصوله إلى علم الموجب له وذلك بشرط أن يصل الرجوع إلى الموجب له قبل وصول القبول إلى الموجب . لكن إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد .

(١) د. السنهوري - الوسيط ج ١ ص ٢٢٦ د. البدر راوي - مرجع سابق ف ١٣٤ ص ١٨٨ ، د. الصده - مرجع سابق ف ٧٧ ص ٩١ ، د. إسماعيل غانم مرجع سابق - ف ٣٥ ص ٩٨ .

(٢) أما التعبير الانفرادي فهو تعبير غير واجب الاتصال حتى يتحقق أثره القانوني . فهو على خلاف التعبير التعاقدى لا يكون الإعلان جزءاً متمماً له ، بل تتوفر له قيمة ذاتية بدون الإعلان . فالقاعدة المجزئة الموجهة للجمهور مثلاً تحدث إرادة الواعد أثرها بمجرد صدور التعبير دون حاجة إلى إعلان تلك الإرادة إلى شخص معين .

ويوسع الموجب في هذه الحالة أن يرجع عن إيجابه قبل أن يصل إلى علم من وجه إليه ، فإذا تم هذا العلم امتنع عليه أن يرجع عن الإيجاب حتى يحل الميعاد . ويستطيع القابل الرجوع أيضا في قبوله قبل أن يصل هذا القول إلى علم الموجب . فإذا تم له ذلك لا ينقصد العقد أما بعد وصول القبول إلى علم الموجب فيمتنع على القابل الرجوع فيه ، لأن العقد يكون قد تم فيرتبط به القابل .

الفروع الرابع

أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة

تأخذ غالبية التشريعات الحديثة - ومنها التشريع المدني اليمني - بمبدأ استقلال التعبير . ومعناه أنه إذا صدر التعبير عن الإرادة انفصل عن صاحبه وأصبح له كيان ذاتي مستقل . فمن وقت صدور التعبير عن الإرادة يصبح له وجود مادي ، ويبقى هذا الوجود المادي حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته ، فإذا وصل إلى علم من وجه إليه استكمل وجوده القانوني وأصبح صالحاً لأن ينتج أثره على الرغم من الموت أو فقد الأهلية . وفي هذا تنص المادة ١٥٣ مدني على أنه : ((... إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه وصدر منه ما يدل على القبول...)) (١) .

والملاحظ على نص هذه المادة أنه اقتصر على بيان أثر موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير ولم يبين أثر موت أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير . ولهذا يتعين في هذا الصدد أن نفرق بين من صدر منه التعبير ومن وجه إليه التعبير .

(١) وتقال هذه المادة نص المادة ٩٢ مدني مصري حيث تنص على أنه : ((إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)) .

٣٧- أو لا : أثر موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير : (١)

قد يكون من صدر منه التعبير عن الإرادة هو الموجب ، وقد يكون هو القابل .

(١) فإذا كان من مات أو فقد أهليته هو الموجب بعد أن صدر منه الإيجاب وقبل أن يصل إلى علم من وجه إليه ، فإن الفقه مختلف في هذه الحالة . حيث يذهب بعضهم إلى أن الإيجاب يبقى قائما ، فإذا وصل إلى علم من وجه إليه أنتج أثره إذ يستتبع هذا الأخير أن يقبل ، ولكن هذا القبول لا يؤدي إلى تمام العقد لأن القبول بعد صدوره يوجه من القابل إلى الموجب ، الذي يكون قد مات أو فقد أهليته ، ولهذا لا ينعقد العقد ، لعدم وصول التعبير إلى علم الموجب .

ويذهب بعضهم الآخر إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه وأنه إذا قبل هذا الأخير فإن العقد يتم رغم موت الموجب أو فقد أهليته ، لأن ورثة الموجب أو من يمثلهم يحلون محله في العلم بالقبول ويرتبون بالعقد . وهذا مالم يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخصية الموجب محل اعتبار خاص إذ في هذه الحالة لا يتم العقد .

وهذا الرأي الأخير هو الذي يتفق مع ما أخذ به القانون المدني"اليمني في المادة ١٥٣ عندما يبين فيها أثر موت أو فقد أهلية من صدر منه التعبير عن الإرادة في التعاقد بين غائبين ، على اعتبار أن هذه المسألة لا تظهر أهميتها إلا في هذا النوع من التعاقد . فإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد فإنه لا يثار إشكال من هذا القبيل لأن القبول يصدر فور صدور الإيجاب أو بعده بقليل

وإذا كان الإيجاب بين غائبين ولم تكن هناك مدة صريحة يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلالها ، فإن هذه المدة تكون ضمنية لأن المعقول الذي يمكن استخلاصه من الظروف في هذه الحالة أن يكون الموجب قد أراد ضمنا أن يبقى على إيجابه المدة

(١) د. البند راوي - مرجع سابق ف ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٩٢ ، د. الصدة - مرجع سابق ف ٧٩ ص ٩٤ .

اللازمة لوصول الرسالة الى القابل وتلقي الرد منه . ومعنى هذا أن يكون الإيجاب ملزماً للموجب خلال هذه المدة . فإذا مات الموجب أو فقد أهليته انتقل الالتزام الى الورثة أو تنفيذيه من يمثل الموجب . فإذا وصل الى علم هؤلاء في حدود هذه المدة تم العقد ، وهذا أمر لا خلاف فيه حين يكون الإيجاب ملزماً . وللورثة إن أرادوا ألا يتم العقد أن يجمعوا عن إيجاب مورثهم فيسألوا إلى إعلان الموجب له بروجعهم قبل أن يصل إليه إيجاب مورثهم ويقتل . فإذا تحقق هذا الرجوع سقط الإيجاب ولا يفتح أثره .

(ب) وإذا كان من مات أو فقد أهليته هو القابل بعد أن صدر منه القول فإن التعبير يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم الموجب فيتم العقد . ولكن إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار كأن يكون فناناً مثلاً فإن العقد لا يتم ، والحل في هذه الصورة لا خلاف فيه

٣٨ - ثانياً : أثر موت أو فقد أهلية من وجه إليه التعبير^(١) :

ويجب هنا التمييز بين فرضين :

الأول : موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته قبل العلم به :

لا يتعقد العقد إذا كان من وجه إليه التعبير هو القابل ، ولا يحق لورثته أو لمن ينوب عنه أن يحلوا محله في القبول . أما إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب فإن العقد يتعقد إذا وصل القبول إلى علم ورثة الموجب أو من ينوب عنه ، إذ إن هؤلاء يحلون محل الموجب في العلم بالقبول .

محل الموجب في العلم بالقبول .

الثاني : موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته بعد العلم به :

لا يتعقد العقد أيضاً إذا كان من وجه إليه التعبير هو القابل ، ولا يحق لورثته أو من ينوب عنه أن يحلوا محله في القبول . أما إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب ، فإن العقد يكون قد تم في هذه الحالة قبل الموت أو فقد الأهلية فيرتبط به الورثة أو النائب .

(١) د. البدر راوي - المرجع السابق ١٣٨ ص ١٩٤ ، د. الصدة - المرجع السابق ف ٨٠ ص ٩٦ د. إسماعيل غانم - المرجع السابق ف ٤٤ ص ١٠٣ .

المطلب الثاني

توافق الإرادتين

٣٩- تقسيم :

توافق الإرادتين أو التراضي هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له والتوافق بين الإرادتين يتم على مراحل ثلاث . الإيجاب والقبول المطابق له ، ثم ارتباط القبول بالإيجاب (مجلس العقد) . وندرس هذه المراحل الثلاث تباعا في ثلاثة فروع .

الفزع الأول

الإيجاب

٤- تعريف الإيجاب (١) :

الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه. فالإيجاب هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ويجب لذلك أن تتوفر فيه الشروط العامة للإرادة من حيث وجودها واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين والتعبير عنها . ويجب فيه أيضاً أن يكون كاملاً أي متوفراً فيه العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه . ويضاف إلى هذه العناصر الأساسية كل شرط آخر يحوز أهمية خاصة لدى الموجب حتى لو كان في ذاته أمراً ثانوياً لا أهمية له .

ففي البيع مثلاً لا يعد العرض إيجاباً إلا إذا عين المبيع والثمن إذ بهما تتحدد طبيعة العقد . وفي الإيجار تتحدد طبيعته بتحديد عناصره الأساسية وهي المدة ، ومبلغ الأجرة ، والعين المؤجرة .

٤١- التمييز بين الإيجاب والمراحل التي تسبقه (٢) :

توجد في الحياة العملية عقود يظهر فيها الإيجاب من أول وهلة بطريقة باتنة فإذا صلافة قبول مطابق انعقد العقد . ويتحقق هذا بالنسبة للعقود البسيطة التي تقع عادة في الحياة اليومية ، ومثالها شراء بضاعة عليها ثمنها ، وتناول طعام في مطعم ، والنزول في فندق ، وركوب سيارة عامة أو قطار ، والاشتراك في المياه والنور والتلفون .

(١) د. الصده ف ٨٣ ص ٦٨ ، د. البير راوي - المرجع السابق ف ١٤٠ ص ١٩٦ .
(٢) د. الصدة - المرجع السابق ف ٨٤ ص ٩٩ ، د. إسماعيل غانم - المرجع السابق ف ٨٨ ص ١٠٥ .

على أن هناك عقوداً لا يظهر فيها الإيجاب بصورة قاطعة من أول الأمر ، ففي بعض العقود الهامة لابد أن تسبق الإيجاب مراحل تتفاوت درجاتها ولا تتصل جميعها إلى مستوى الإيجاب .

١- فقد تبدأ المسألة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين ويوجه إلى الطرف الآخر ليستطلع رايه ومدى استعداداه في إبرام العقد فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر . وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون مجرد دعوة إلى التعاقد ولا يعد إيجاباً باتاً . ومثل ذلك أن يعرض شخص على آخر التعاقد دون أن يحدد العناصر الأساسية للعقد ، كان يعرض عليه مثلاً منزل للبيع دون أن يحدد ثمنه ، أو يعرضه للإيجار دون أن يحدد مبلغ الأجرة ، ومثاله أيضاً طرح الصفقة في المزاد العلني إذ يعد من قبيل الدعوة إلى التعاقد ، والنقد بعطاء هو الذي يعد إيجاباً .

ومن قبيل الدعوة إلى التعاقد كذلك ما يوجه للجمهور من نشرات وإعلانات وبيانات للأسعار الجاري التعامل بها في الأسواق .

٢- وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعد إيجاباً عرض شخص التعاقد حتى لو حدد عناصر هذا العقد بل يكون من قبيل الدعوة إلى التعاقد . ومثاله أن يعلن شخص عن حاجته إلى سكرتير خاص يحمل شهادة معينة ويعمل بمرتب معين ، أو ترسل شركة التأمين شروط التأمين ونسخة من العقد إلى أحد الأشخاص إذ إن هناك مع ذلك اعتبارات يجب مراعاتها قبل التعاقد .

٣- وقد يخرج الطرفان من هذه المفاوضات إلى إيجاب مصحوب بتحفظات صريحة أو ضمنية . فقد يعرض شخص على آخر التعاقد معه بثمن معين مع احتفاظه بحقه في تعديل الثمن تبعاً لتغير الأسعار ، إذ يكون الإيجاب في هذه الحالة قائماً مع ملاحظة أن الثمن يتغير بتغير الأسعار قبل صدور قبول مطابق . وقد يعرض شخص التعاقد مع الجمهور بشأن سلعة يحدد ثمنها وتكون كميته

محدودة ، أو بشأن أماكن في مسرح ، إذ يكون الإيجاب مصحوباً بتحفظ ضمني وهو أن الكمية أو الأماكن قد تنفذ . ففي مثل هذه الحالات يتقيد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات .

٤- فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضات ، ولم يكن هناك أي تحفظ فإننا نكون بصدد إيجاب بات يتعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق ^(١) .

٥- ولا يترتب على مرحلة المفاوضات أي أثر قانوني ، وكل متفاوت حرفي قطع المفاوضات ولو كان هو الداعي إليها دون أن تقع عليه أية مسئولية لمجرد قطعها .

على أنه إذا اقترن بقطع المفاوضات خطأ فإنه يترتب على من قطعها المسئولية بالتفسيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر ، وعبد الإثبات يقع على هذا الأخير ، كان يثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها أو أنه قد تعاقد مع شخص آخر واستمر مع ذلك في المفاوضات دون أن يخطره بالعدول عنها و أنبنى على ذلك تكبده مصاريف ما كان ليؤكد لها لو لا اعتقاده في جدية هذه المفاوضات ، أو فلتته صفقة أخرى رابحة ما كان ليرفضها لو لا هذه المفاوضات .

٤٢- الإيجاب الموجه للجمهور ^(٢) :

الإيجاب قد يوجه لفرء بعينه وقد يوجه إلى جمهور الناس . فمن المسلم به أن عرض السلع في واجهات المحلات التجارية مع بيان أثمانها يعد إيجاباً موجهاً إلى الجمهور ويعد إيجاباً أيضاً من هذا النوع ما توجهه الشركات والهيئات التي تقدم للجمهور الخدمات العامة من عروض بالة بشروط تحددها كشركات الطيران والتأمين . ومن الإيجاب الموجه للجمهور كذلك وقوف سيارات الأجرة في المكان المخصص لها في انتظار من يصعد لها لنقله ، ومنه أخيراً ما نراه في

(١) هناك فرض تخي، المفاوضات فيه عقب إيجاب بات لا يرضي به الموجه إليه فرد مجادلاً في بعض ما تضمنه دون أن يتقدم بالإيجاب بات من ناحيته ، وفي هذا القرض يسقط الإيجاب ويبقى الطرفان في دائرة المفاوضات حتى تنتهي وهذا فرض كثير الوقوع .

(٢) د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ف ٥٩ ص ١٠٧ د. البدر راوي - مرجع سابق ف ١٤٢ ص ٢٠٠ د. عبد الفتاح عبد الباقي - مرجع سابق ف ٥٨ ص ١٢٠ .

كثير من البلاد من وضع الآلات الميكانيكية تحت استعمال الجمهور كالمواريز والآلات توزيع المنتجات.

و غالبا ما يكون الإيجاب الموجه للجمهور مصحوبا بتحفظ ، وهو ما سبق الإشارة إليه ^(١) . فمشركة الطيران مثلا وهي توجب لجمهور الناس بنقلهم بالشروط التي تحددها سلفا ، تجعل إيجابها مصحوبا بتحفظ ضمني هو توفر الأماكن الشاغرة . وعرض التاجر سلعته في واجهة المحل التجاري مع تحديد ثمنها هو إيجاب مصحوب بتحفظ ضمني هو توفر الكمية.

٤٣- القوة الملزمة للإيجاب ^(٢) :

لا ينتج الإيجاب أثره إلا من يوم وصوله إلى علم من وجه إليه وذلك تطبيقا لنص المادة (١٥٠) مدني يعني ، أما قبل ذلك فالإيجاب مازال في حوزة الموجب الذي يستطيع أن يرجع عنه . فإذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه فهل يترتب على هذا العلم التزام الموجب بالبقاء على إيجابه ؟ أم أن له الحق في أن يعدل عن الإيجاب مادام أنه لم يقرن به قبول ينعقد به العقد ؟

لم يواجه المقتن اليميني هذه المسألة بنص صريح على العكس من نظيره المقتن المصري الذي بين حكم هذه الحالة في المادة ٩٣ مدني

بقوله : ((١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢- وقد يستغض هذا الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة))

والذي يفهم من هذا النص أن الإيجاب في القانون المدني المصري يكون ملزما لصاحبه بالبقاء عليه متى اقترن بميعاد للقبول وذلك إلى أن ينقضي هذا الميعاد . وهذا الحل يمكن الأخذ به في ظل القانون المدني اليميني على الرغم من عدم النص عليه صراحة ، إذ أنه لا يعدو أن يكون تفسيراً من المشرع المصري

(١) ف ٤١ .

(٢) د. البدر راوي - مرجع سابق ف ١٤٣ ، ١٤٤ ص ٢٠١ - ٢٠١ ، الصدة - مرجع سابق ف ٨٧ ص ١٠٢ .

لإرادة الموجب ، فالأصل أن الإيجاب لا يكون ملزماً لصاحبه إلا إذا حدد للموجب له ميعاداً سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لحاضر أو لغائب .

وتحديد الميعاد يكون في الغالب صريحاً كأسبوع أو شهر مثلاً ولكن قد يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعاقد ومن طبيعته . فإذا عرض مالك سيارة مثلاً على آخر أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أن البائع يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة ، وإذا تقدم شخص بعطاء في مزاد أو في مناقصة فظروف الحال تدل على أن الإيجاب الذي ينطوي عليه تقديم العطاء يتضمن الميعاد اللازم لتقديم عطاء آخر يزيد أو يقل عنه أو لفض المظاريف ، إذا كان المزاد أو المناقصة قد حصل بهذه الوسيلة . وفي التعاقد بالمراسلة أي بين غائبين يستفاد الميعاد ضمناً . فإذا أرسل شخص مثلاً إلى آخر رسالة يعرض عليه صفقة معينة دلت الظروف على أن الموجب يترك للموجب له ميعاداً مناسباً للقبول يبدأ من وقت وصول الرسالة إليه لكي يتدبر فيه أمره ويبت في العرض برأيه ، ثم يرسل إليه رده ويصل هذا الرد إلى الموجب .

وفي غير الحالات التي يقرن فيه الإيجاب بميعاد صريح أو ضمنى للقبول يكون الإيجاب غير ملزم . على أن الحالات التي يكون فيها الإيجاب قائماً وغير ملزم للموجب هي حالات نادرة في الواقع . فقد رأينا أنه حيث يوجه الإيجاب لغائب افترض اقتران الإيجاب بمدة ضمنية أو صريحة فلا يبقى بعد ذلك إلا فرض صدور الإيجاب لحاضر ، وفي هذا الفرض يستطيع الموجب أن يتخلص من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي وسيلة أخرى مماثلة .

٤٤- سقوط الإيجاب (١) :

نقصد بسقوط الإيجاب هنا بيان الأسباب التي يزيل بها الإيجاب بعد أن يكون قد أنتج أثره بوصوله إلى علم من وجه إليه . أما رجوع الموجب عن إيجابه قبل انصاله بعلم الموجب له فلا يعد سقوطاً للإيجاب وإنما هو منع للإيجاب من أن يستكمل وجوده القانوني ، وذلك بوصوله بعلم من وجه إليه .

والأسباب التي يسقط بها الإيجاب هي :

١- رفض الموجب له الإيجاب . وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب في جميع حالاته ، أي سواء كان ملزماً أو غير ملزم . ولهذا الرفض صور مختلفة . فقد يكون رفضاً مجرداً ، وقد يكون قبولا اقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، وقد يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

٢- انقضاء المهلة التي حددها الموجب للبقاء على إيجابه . وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب سقوطاً تاماً . فلا يقتصر الأمر على زوال الصفة الملزمة للإيجاب بانقضاء المدة بحيث يبقى قائماً غير ملزم فيصلح لأن يصادفه قبول بل إن الإيجاب نفسه يصبح غير قائم .

٣- رجوع الموجب عن الإيجاب ، وذلك في حالة ما إذا كان الإيجاب غير ملزم أي لم يقترن ببيعاد صريح أو ضمني ، ولا يتحقق هذا إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد .

وإذا لم يرجع الموجب قبل أن ينفض المجلس فإن الإيجاب يسقط كذلك بانقضائه ، لأنه حينئذ يكون الموجب قد عدل عن إيجابه .

فإذا سقط الإيجاب لأي سبب من الأسباب السابقة ، ثم جاء قبول بعد ذلك ، فإن هذا القبول يعد إيجاباً جديداً إذا قبله الطرف الآخر انعقد العقد .

(١) - الصده - مرجع سابق ف ٨٩ ص ١٠٦ د ١٠٦ . اللد راوي - مرجع سابق ف ١٤٩ ص ١٠ ص ١٠

الفرع الثاني

القبول

٤٥- التعريف بالقبول وشروطه :

١- القبول هو التعبير البات عن إرادة من وجه إليه الإيجاب برضائه بما عرض عليه الموجب. والقبول باعتباره الإرادة الثانية في العقد يجب أن تتوفر فيه الشروط التي ذكرناها في الإيجاب من وجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين والتعبير عنها .

٢- ويجب أن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب مازال قائماً . أما إذا كان الإيجاب قد سقط لأي سبب من الأسباب التي سبق ذكرها ، فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه .

٣- كما يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب ، سواء أكانت هذه المسائل جوهرية أم ثانوية .

والمسائل الجوهرية هي تلك العناصر الأساسية في

أي عقد بحيث لا ينشأ بدونها . فالعناصر الأساسية في عقد البيع مثلا هي المبيع والثن ، وفي عقد الإيجار هي العين المؤجرة والمدة ومبلغ الأجرة ولا بد أن يتضمن القبول هذه العناصر وإلا فلا يمكن قيام العقد .

أما المسائل الثانوية فهي تلك العناصر التي يمكن أن يتم العقد بدون ذكرها فيه . كنفقات المبيع مثلا ، ومكان وزمان التسليم ، ومصاريف العقد .

والأصل - كما ذكرت - أن القبول يجب أن يطابق كل ما ورد في الإيجاب من المسائل حتى ما كان منها ثانويا ، مادام أن هذه المسائل الثانوية قد وردت في الإيجاب .

غير أن هناك حالة يكفي فيها لانعقاد العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية دون المسائل الثانوية. وتتلخص هذه الحالة في أن المتعاقدين يتفان على المسائل الجوهرية في العقد ويرجئان المسائل الثانوية للاتفاق عليها فيما بعد. كان يرجئان في عقد البيع مثلا تحديد مكان التسليم وزمائه ونفقائه. في هذه الحالة إذا لم يشترط المتعاقدان أن العقد لا ينعقد بينهما عند عدم الاتفاق على هذه المسائل المرجأة فان العقد يتم حتى لو اختلفا حولها بعد ذلك. وعند حدوث هذا الخلاف يتولى القاضي القضيء فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

وقد نصت على هذه الحالة المادة ١٥٥ مدني يعني بقولها :

((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية بالعقد واحتفظا بمسائل تفصيلية سيتفان عليها ولم يذكر صراحة أن العقد لا يتم إلا بعد الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة - (١) -

٤٦- حرية القبول (١):

الشخص الذي وجه إليه الإيجاب حر في قبول هذا الإيجاب أو رفضه أو تركه يسقط بدون رد بالقبول أو بالرفض. ويترتب على هذه الحرية أن الموجب له غير مسئول بسبب رفضه الإيجاب.

على أن حرية من وجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة في جميع الأحوال ، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد أن حدد شروطه ، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع.

١ (وهما يكن من أمر مبررات هذا الحكم فانه ينطوي على توسع في سلطة القاضي لأن القاضي بمقتضى هذا الحكم يكمل ما نقص من إرادة المتعاقدين وبذلك يساهم في عمل العقد ، انظر في هذا المعنى د. الصدة - مرجع سابق ف ٨٩ .
د. الب. راوي ف ١٤٨ - مرجع سابق

ومن التطبيقات العملية في هذا الشأن التجار الذين يوجهون نشرات والإعلانات وقوائم الأسعار الجاري التعامل بها عن السلع والخدمات وغير ذلك من البيانات الموجهة إلى الجمهور أو الأفراد ، وأرباب الصناعات الذين يدعون العمال إلى العمل في مصانعهم وأصحاب الفنادق والمطاعم حينما يقتحون أربابها لاستقبال النزلاء والزبائن ، فهو لاء وأمثالهم لا يعد العرض من جانبهم في مثل هذه الحالات إيجاباً ، بل يكون دعوة إلى التعاقد فإذا استجاب أحد لهذه الدعوة كانت هذه الاستجابة إيجاباً لا يحق لصاحب الدعوة أن يرفضه إلا لسبب مشروع ، وإلا كان متعسفاً في هذا الرفض .

ويترتب على الرفض التعسفي أن يسأل من وجه الدعوة إلى التعاقد ، ولقاضي الخيار بين أن يقصر التعويض على مبلغ من النقود أو يحصل إلى حد اعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك .

الفروع الثلاثة

اقتران القبول بالإيجاب

٤٧- تمهيد وتقسيم :

اقتران الإيجاب بالقبول يعني ارتباط الإرادتين الذي يتم به انعقاد العقد . وهذا الارتباط قد يتم في التعاقد بين حاضرين وقد يتم في التعاقد بين غائبين . ونبين كيف يتم ارتباط القبول بالإيجاب في حالي التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين .

٤٨- أَوْ لَا : ارتباط القبول بالإيجاب في التعاقد بين حاضرين (١):

يقصد بالتعاقد بين حاضرين التعاقد بين شخصين يجمعهما مكان واحد يسمى مجلس العقد ، بحيث لا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول وسماع الموجب له.

ومجلس العقد مصطلح فقهي قال به الفقه الإسلامي وأخذ به القانون المدني اليميني ويقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شغل . ومعنى ذلك أن مجلس العقد يتحدد بقيدتين قيد مادي وهو وجود المتعاقدين في مكان واحد حقيقة أو حكما كما إذا تحدثا بالتليفون . وقيد معنوي هو أن يكون كل منهما منشغلا بالتعاقد ولم ينصرف أي منهما عنه إلى شيء آخر .

ويبدأ مجلس العقد بصدور الإيجاب وينتهي بأحد الأمرين الآتين : الرد على الإيجاب ممن وجه إليه إن قبولا فيتعقد العقد ، وإن رفضا فيزول الإيجاب ، أو بانقضاض المجلس من غير رد على الإيجاب حيث يعد الإيجاب هنا مرفوضا حكما .

وانقضاض المجلس يتحقق إما بافتراق العاقدين بأبدانهما أو بانشغال أحدهما عن التعاقد بشاغل آخر ولو كان لا يزالان في المكان نفسه .

وينطبق بمجلس العقد بين حاضرين بهذا المعنى الأحكام التالية :

١- للموجب خيار الرجوع عن إيجابه إلى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس وللموجب له خيار القبول إلى أن ينفض المجلس .

(١) د. عبد المنعم الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ف ١٨٩ ص ٢٧٠ د. عبد الفتاح عبد الباقي - مرجع سابق ف ٧٠ ص ١٤٩ .
وناقش الفقه الإسلامي مسألة إلى أي وقت يستمر الإيجاب قائما بحيث إذا صدر قبول مطابق للعقد . والرأي الراجح والذي أخذ به القانون المدني المعنى هو الرأي القائل بجواز بقاء الإيجاب إلى آخر المجلس فيصح أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب إلى هذا الوقت . د. الصدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ف ١٨٩ ص ٢٧٠ .

٢- لكل من المتعاقدين خيار المجلس عند بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى وجوب صدور القبول فور صدور الإيجاب دون تراخ . فكل من الموجب والموجب له خيار المجلس أي حق الرجوع عن العقد بعد تسممه إلى وقت انقضاء المجلس وذلك حتى يتمكن من تدبر أمرها .

وإذا كانت نصوص القانون المدني اليمني الواردة في هذا الشأن تسمح بترaxي صدور القبول إلى أن ينقض المجلس أخذا بالرأي الذي يسمح بهذا التراخي ولا يجيز بالتالي خيار المجلس ، فإن المشدع اليمني يأخذ مع ذلك بخيار المجلس أخذا بالرأي الآخر الذي لا يسمح بترaxي القبول ويمنح المتعاقدين خيار المجلس جمعاً منه بين محاسن الرأيين لتحقيق التيسير للمتعاقدين ومراعاة منه لمصلحتهما المتمثلة في إعطائهما قرأً كافياً من الوقت للتروي وفحص الأمر من جميع جوانبه وذلك خلال الزمن الذي يستغرقه مجلس العقد^١ .

٤٩- ثانياً: التعاقد بين غائبين^(٢):

التعاقد بين غائبين هو ذلك التعاقد الذي لا يجمع المتعاقدين فيه مكان واحد يجعل الاتصال بينهما مباشراً، بل توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به .

ويتم هذا التعاقد عن طريق إيفاد رسول إلى الموجب له يبلغ رسالة الموجب أو عن طريق المراسلة بالبريد أو البرق أو التاكس أو أي وسيلة أخرى مماثلة .

وتثار - عند الحديث عن التعاقد بين غائبين - مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهو ما ندرسه في الفقرة التالية موضحين بعد ذلك أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ومبينين زمان ومكان انعقاد العقد في نوعين من التعاقد هما التعاقد بالتليفون والتعاقد مع الأشخاص الاعتبارية (المعنوية) .

^(١) فالمادة ٢٢٨ مدني تنبئ خيار المجلس للمتعاقد في عقود المعاوضة اللازمة النافذة للملكية . وتحدد المادة ٢٢٩ مدني أن خيار المجلس يشمل قائماً إلى أن ينقض المجلس يتفرق العقدين بينهما عن مجلس العقد .

^(٢) د. البردوي، مرجع سابق، ف١٥٥، ص١٥٨، ٢١، د. الصده، مرجع سابق، ف١٠١، ص١٤٤ .

٥٠- أ) تحديد زمان ومكان انعقاد العقد:

توجد في الموضوع اتجاهات فقهية أربعة، الأول يحددهما بوقت ومكان إعلان القبول، والثاني يحددهما بوقت ومكان تصدير القبول، والثالث يحددهما بوقت ومكان تسليم القبول أما الاتجاه الرابع فيحددهما بوقت ومكان العلم بالقبول، وندرس فيما يأتي هذه الاتجاهات الأربعة.

١- مذهب إعلان القبول:

ينعقد العقد فيه بزمان ومكان إعلان القبول، لأن هذا الزمن هو الذي يتم فيه توافق الإرادتين حقيقية، وهو الذي يتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل.

وقد أخذ على هذا الاتجاه أن الموجب إذا عدل عن إيجابه فقد لا يستطيع إثبات أن عدوله قد وصل إلى القابل قبل القبول، وإذا لم يعمل فقد يتعذر عليه إثبات القبول، ومن ناحية أخرى فإعلان الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، وبالتالي فإن مجرد إعلان القبول لا يتحقق معه توافق الإرادتين لانعقاد العقد.

٢- مذهب تصدير القبول:

وينعقد العقد فيه بزمان ومكان تصدير القبول عن طريق البريد أو أي وسيلة أخرى، فيستلزم هذا المذهب خطوة أخرى زيادة على الإعلان حتى يكون الإعلان نهائياً لا رجوع فيه وهذه الخطوة هي تصدير القبول أي إرساله.

ويلاحظ أن هذا الاتجاه يتفق في أساسه مع ما يقول به الاتجاه الأول من حيث أنه لا يستلزم لإنتاج القبول أثر اتصاله بعلم الموجب، ولذلك فإنه يرد عليه من الناحية النظرية ما يرد على سابقه من اعتراض. فإرسال القبول لا يحول دون إمكان استرداد إذ يجوز أن يسترد الخطاب من مصلحة البريد، كما يمكن إرسال برقية تتضمن العدول وتصل قبل وصول الخطاب، وإرسال القبول لا يضيف شيئاً لأنه لا يفيد وصول التعبير إلى علم من وجه له.

٣- مذهب تسلّم القبول:

وينعقد العقد في ظله بزمان ومكان تسلم القبول أي بوصوله إلى من وجه إليه، وذلك أن القبول في هذه الحالة يصبح نهائياً لا يمكن استرداده.

والواقع أن أنصار هذا الاتجاه يسلّمون أساساً بأن وجود القبول المطابق للإيجاب والواقع أن أنصار هذا الاتجاه يسلّمون أساساً بأن وجود القبول المطابق للإيجاب كاف في ذاته لانعقاد العقد، ولكن الضرورات العملية وحدها هي التي دفعتهم إلى اشتراط تسلم القبول دون الاكتفاء بإعلانه أو تصديره ذلك أنه بهذا التسلم سيتمتع على القابل إمكان سحب رسالته.

وقد أخذ على هذا الاتجاه الاعتراض نفسه الذي وجه إلى المذهبين السابقين، فمادام أن إعلان القبول وتصديره لا يكفيان لأن يحدث القبول أثره، فكذلك لا يكفي الاستلام لإحداث هذا الأثر، لأنه لا يضيف سوى واقعة ليست لها قيمة قانونية مادام أن القبول لم يصل بعد إلى علم الموجب.

٤- مذهب العلم بالقبول:

وينعقد العقد في ظله بوقت ومكان علم الموجب بالقبول، لأن هذا الوقت هو الذي ينتج التعبير فيه أثره، فتوافق الإرادتين الذي ينعقد به العقد لا يتم إلا من وقت علم الموجب بالقبول.

وقد أخذ على هذا الاتجاه أن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يتم دون تدخل من القابل أو علمه ودون أن يكون في إمكانه إثباته على حين يستطيع الموجب الذي تسلم القبول أن ينكر هذا العلم.

ولكي يتغلب أصحاب هذا الاتجاه على صعوبة إثبات العلم بالقبول فإنه يعتبر وصول القبول قرينة على العلم به، وهي بطبيعة الحال قرينة يجوز نقضها بالدلائل العكسي.

وقد أخذ القانون المدني اليمني بمذهب العلم بالقبول في المادة (١٥٧) منه حيث تنص على أنه: ((في التعاقد بين غائبين يعد التعاقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق سابق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك))، وهو ما أخذ به القانون المدني المصري في المادة (٩٧) وقد

قضت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه: ((يقترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القول)). ومضمون هذه الفقرة نصت عليه المادة (١٥٨ مدني يمني) بقولها: ((يعتبر أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القول ما لم يثبت غير ذلك)).

٥١- ب) أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد:

تظهر أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فيما يأتي:

١- يتحدد في ضوءه الوقت الذي لا يستطيع الموجب بعده أن يعدل عن إيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم، كما يتحدد في ضوءه الوقت الذي لا يكون للقابل بعده أن يعدل عن قبوله.

٢- لا ترتب آثار العقد إلا من وقت انعقاده كانتقال الملكية في بيع المنقول المعين بذاته، وقيام حق المشتري في الثمار.

٣- يبدأ سريان المدة المانعة من سماح الدعوى في الحقوق المترتبة على العقد من وقت تمام انعقاده، ما لم يكن موصوفاً بشرط واقف أو أجل فيبدأ هذا السريان من وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل.

٤- لا يستطيع الدائن الطعن في العقد الصادر من مدينه بالدعوى البوصلية إلا إذا كان دينه سابقاً على وقت إبرام هذا العقد.

٥- لا تنفذ تصرفات المدين المفلس في حق الدائنين إذا صدرت في فترة الريبة، ويتعين تحديد وقت إبرام العقد الصادر من المدين لمعرفة ما إذا كان هذا العقد قد تم في فترة الريبة أو في غيرها.

وتظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، ذلك أن القاعدة في حالة وجود اتفاق خاص بالنسبة للعقد التي يدخل فيها عنصر أجنبي أنها تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه (م/٣٠ مدني)^(١).

(١) تنص هذه المادة على أنه: ((يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه...)).

وفي آثارها يرجع عند اختلاف موطن المتعاقدين إلى قانون الدولة التي تم فيها العقد (م/٢٩ مدني)^(١)، هذا فضلاً عن أن تحديد مكان انعقاد العقد يترتب عليه تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع حيث تتحدد بالمحكمة الموجودة بدانرتها الموجب وقت عمله بالقبول، وبالنسبة للعقار يتحدد الاختصاص للمحكمة الكائن بدانرتها العقار.

٥٢- ج) التعاقد بالتليفون والتعاقد مع الأشخاص الاعتبارية^(٢):

أجاز القانون المدني اليمني التعاقد بالتليفون وما في حكمه من الوسائل^(٣). لكنه لم يبين زمان ومكان انعقاد العقد عند التعاقد بهذه الوسيلة. كما أنه لم يبين حكم التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية من حيث زمان ومكان انعقاد العقد أيضاً. ونبين فيما يأتي موقف النقه القانوني من هذه المسألة.

فيما يتعلق بالتعاقد بالتليفون لا خلاف في أنه من حيث الزمان تعاقد بين حاضرين، وذلك لعدم وجود فاصل زمني بين تطابق القول مع الإيجاب، ولأن عبارة أحدهما يسمعها الآخر، وبذلك يتصل القبول بعلم الموجب لحظة صدوره، وبهذا العلم ينتج التعاقد أثره في الحال. أما من حيث المكان فهو تعاقد بين غائبين وذلك لاختلاف مكان كل من المتعاقدين عن مكان الآخر، ومن ثم يكون العقد قد تم في المكان الموجود فيه، والموجب إذ يحصل فيه العلم بالقبول، وذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما فيما يتعلق بالتعاقد مع أحد الأشخاص الاعتبارية علماً كان هذا الشخص الاعتباري أو خاصاً، فإنه قد يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين في حالة، وقد يأخذ حكم التعاقد مع غائبين في حالة أخرى.

^(١) تنص هذه المادة على أنه: ((يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد...)).

^(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص ١٥٥، د. محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ص ٦٣.

ص ١٠٠.

^(٣) تنص المادة (١٥٩ مدني) على أنه: ((يتم العقد بواسطة كل وسائل الاتصالات السلوكية واللاسلكية طالما توفرت فيها الصفة الوثائقية المقبولة شرعاً)).

فهو يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين في الحالة التي يملك فيها الطرف الممثل للشخص الاعتباري سلطة البت في القبول بصورة نهائية كما لو كان هذا الممثل هو الوزير المختص الذي خوله القانون سلطة البت في التعاقد، وفي هذه الحالة يكون الممثل نائباً عن الشخص الاعتباري، ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره فور سماع الموجب للقبول في مجلس العقد.

ويأخذ حكم التعاقد بين غائبين في الحالة التي لا يكون فيها للممثل سلطة القبول بصورة نهائية، كما لو كان هذا الممثل هو أحد موظفي الوزارة مثلاً ليس بيده هذه السلطة، فإن التعاقد هنا يعد تعاقداً بين غائبين ومثاله أن يسافر موظف إحدى الوزارات إلى إحدى الموانئ التجارية للتعاقد مع موردي المواد الغذائية هناك.

على أنه يجب عدم الخلط بين سلطة البت في القبول وبين سلطة التصديق على القبول بعد صدوره ممن يملكه وذلك في الحالات التي يستلزم فيها القانون هذا التصديق، ويحدث هذا على وجه الخصوص في التعاقد بالمزاد كما هو الشأن في بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها وفي التعاقد عن طريق تقديم العطاءات داخل مطاريف.

فإذا كلفت الدولة مثلاً أحد الأشخاص بإجراء مزاد لبيع بعض أموالها الخاصة فإنها تعطيه بذلك سلطة إرسال المزاد أي سلطة قبول العطاء المقدم، ولكن تصديق الوزير المختص يكون لازماً للفاز البيع، فالتصديق شرط لإنتاج العقد أثره، فإذا صدر أنتج أثره من وقت إبرامه لا من وقت صدور التصديق.

المبحث الثاني

سلامة الرضا من العيوب

٥٣- تمهيد وتقسيم:

يجب التمييز بين أمرين عدم وجود رضا لدى المتعقد، ووجود رضا معيب. فعدم وجود الرضا يعني أن من يبشّر التصرف فاقّد الإرادة أو أن إرادته لم تنتج إلى إحداث أثر قانوني ما.

وفي كلتا الحالتين يتخلف ركن التراضي فيقع التصرف باطلاً وذلك كما لو بَشّر التصرف صبي غير مميز أو مجنون أو هزل أو سكران.

أما الرضا المعيب فهو رضا موجود لكنه لم يصدر عن بيئة واختيار ولذلك فهو لا يحول دون وجود التصرف، وإنما يكون لمن عيب رضاه أن يطلب إبطال التصرف.

وتعد نظرية عيوب الرضا صدى لمبدأ سلطان الإرادة، فمادام أن الإرادة هي ركن التصرف القانوني تنشئه وتحدّد آثاره فيجب أن تكون بريئة من كل عيب يشوبها، وذلك حتى يتوفّر لها سلطانها الكامل في هذا المجال.

وعيوب الرضا أمور تشوب الرضا فتجعله غير سليم وتكون هي الدافعة إلى التعاقد، فيقدم الشخص على التعاقد وإرادته غير سليمة. وهذه العيوب في القانون المدني اليمني هي الغلط، والتدليس، والغبن، أما الإكراه فلا يعد مجرد عيب في ظله إذ أنه يؤدي إلى بطلان العقد وليس فقط إلى جعله قابلاً للإبطال، وعلى العكس من ذلك يعد الإكراه في القانون المدني المصري عيباً من عيوب الرضا حيث يكون العقد معه قابلاً للإبطال لا باطلاً، وعليه تقتصر الدراسة على العيوب التي اعتبرها المشرع اليمني كذلك وهي الغلط والتدليس والغبن المصحوب بتغدير وذلك في مطالب ثلاثة تباعاً.

المطلب الأول

الغلط

٥- تعريف الغلط ونطاقه :

الغلط وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصمور له أمراً على غير حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد^(١). وذلك كمن يشتري فصلاً على أنه يلقوت فإذا هو من الزجاج، ومن يشتري تمثالاً معتقداً أنه أثري وهو ليس كذلك، وأن يشارك شخصاً في مشروع معتقداً أنه قريب له فإذا به أجنبي.

وقد استقر الرأي على أن الغلط الذي يعيب الإرادة هو الغلط الجوهرى أي الغلط الدافع إلى التعاقد وبغض النظر عن الموضوع الذي وقع عليه الغلط، فأياً كان الأمر الذي يهتم به المتعاقد ويتعاقد من أجله فإن الغلط فيه يكون غلطاً جوهرياً يعيب الإرادة^(٢).

وعليه يجب عدم الخلط بين الغلط كعيب في الرضا وبين صور أخرى من الغلط لا تدخل في نطاق الفكرة التي ندرسها وإنما لها حكمها الخاص بها.

١- فهناك ما يسمى بالغلط المانع الذي يعدم الإرادة وينع بالتالي من قيام العقد. وحقيقته أن توافق الإرادتين لم يتم في شأن ركن من أركان العقد، ومن ثم يقع العقد باطلاً. وهذا الغلط إما أن يقع في طبيعة العقد كأن يعطي شخص لآخر شيئاً كي يودعه عنده فيعتقد الآخر أنه هبة، أو يقع في ذاتية المحل كأن يوزر الملاك شقة معينة فيعتقد المسافر أنه يستأجر شقة أخرى، أو يقع فيه النسب، كأن يتعهد الوارث بأن يسلم منزلاً معيناً تنفيذاً لوصية ثم يبين أن الموصي قد رجح في هذه الوصية.

(١) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف٩٢، ص١٧، د. الصده، مرجع سابق، ف١٥١، ص٨٢.
(٢) وهذا هو منطق النظرية الحديثة في الغلط والذي أخذت به معظم التشريعات العربية ومنها القانون المدني الليبي، أما النظرية التقليدية فقد كانت تحصر الغلط الدافع الذي يعيب الرضا في حالتين هما الغلط في صفة الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين والغلط في شخص المتعاقد أو في صفة جوهرية فيه، وذلك فهي لم تكن تعدد بغير هاتين الحالتين فلم تكن تعدد بالغلط في الباعث والغلط في القيمة حتى لو كان دافعاً إلى التعاقد، د. الصده، ف١٥٣، ص٨٥.

٢- وهناك ما يسمى بالغلط في التعبير عن الإرادة، ومعناه صدور تعبير من الشخص يعتقد أنه يطابق إرادته الحقيقية في حين أنه يخالفها وهذه مسألة لا شأن لها بالغلط موضوع الدراسة إذ هي تتعلق بوجود الإرادة لا بصحتها. ومثاله أن يتولى رسول نقل الإرادة إلى من وجهت إليه فيخطئ في نقلها كان يرسل البائع إلى المشتري رسالة يذكر فيها ثمننا غير الثمن الذي يرضى به. فإما أن نأخذ بالإرادة الباطنة فلا ينعقد العقد وما أن نأخذ بالإرادة الظاهرة فينعقد العقد.

٣- وهناك الغلط المادي أي الغلط في الحساب وغلطات القلم ولا أثر لهذا النوع من الغلط على سلامة الإرادة وإنما يجب تصحيحه حيث لا يصاحب هذا الغلط مرحلة تكوين العقد وإنما يأتي في مرحلة تالية عند تحرير ما انققت عليه الإرادة فيتع الغلط المادي. وقد أشار القانون المدني المصري إلى هذا النوع من الغلط في المادة (١٢٢) ولا نظير لها في القانون المدني اليمني^(١).

٤- وأخيراً فهناك ما يسمى بتخلف شرط من الشروط المتفق عليها في العقد، وذلك كان يتفق الطرفان في عقد البيع على أن تكون البضاعة المباعة من صنف معين ثم يسلم البائع للمشتري بضاعة من صنف آخر، فهذا الوضع لا ينطوي على غلط، وإنما حقيقته أن أحد الطرفين لم يوف بالترامه على النحو المتفق عليه، فلا يكون أمام الطرف الآخر إلا أن يطلب تنفيذ الالتزام أو الفسخ.

٥-٥ الغلط في القانون المدني اليمني وشروطه:

أخذ القانون المدني اليمني بالغلط كمعيب في الرضا يجعل العقد قابلاً للفسخ (الإبطال) بناء على طلب من وقع فيه. فقد نصت المادة (١٧٣ مدني) على أنه: ((إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية تقوت الغرض جاز لمن وقع

في الغلط أن يفسخ العقد))^(٢).

^(١) تنص هذه المادة على أنه: ((لا يورث في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط)).

^(٢) يمنع نص هذه المادة من وقع في غلط جوهرى الحق في فسخ العقد مما يعني أن القانون المدني اليمني أخذ بنظرية الجبر في الفقه الإسلامي الذي يمكن من وقع في الغلط من فسخ العقد أو الإبقاء عليه عند اكتشاف الغلط على اعتبار أن الغلط يوجب أحد الخيارات الشرعية ألا وهو خيار العيب الذي من معاليه حق المتعاقد في إفساء العقد أو فسخه لظهور شيء في المعقود عليه ينقص القيمة أو يفتت غرض العقد، وعلى العكس فقد كان نص المادة (٨٠ مدني) صريحاً في أن التأسيس يؤدي إلى جعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من وقع عليه

والملاحظ أن القانون المدني اليمني لم يعالج موضوع الغلط كعيب في الرضا معالجة شاملة لجميع مسأله كما فعل نظيره القانون المدني المصري الذي عالج موضوع الغلط معالجة واضحة وشاملة.

فالقانون المدني اليمني لم يكن دقيقاً في تحديد شروط الغلط مما أدى إلى الخلاف بين شراحه، فهو لم يشترط صراحة اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر حتى يمكن الاستجابة لطلب الإبطال ضماناً لاستقرار التعامل، ولم يبين حكم الغلط في القانون والغلط في الحساب وغلطات القلم، وحالة تمسك من وقع في الغلط بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، وكل هذه مسائل هامة كان يحسن بالمشرع اليمني بيان حكمها في نصوص واضحة.

وعليه نبحت هذه المسائل وغيرها - مما لم يرد به نص في القانون المدني اليمني - في ضوء النصوص التي وردت في القانون المدني المصري لكي تكتمل الصورة عن الغلط المعيب للإرادة.

ويمكن في ضوء نص المادتين (١٧٣، ١٧٤ مدني) تحديد شروط التمسك بالغلط لطلب فسخ العقد (الإبطال) في شرطين هما: ١- أن يكون الغلط جوهرياً. ٢- أن يقع في الغلط أحد المتعاقدين أو هما معاً

الشرط الأول: أن يكون الغلط جوهرياً^(١).

وتحدد المادة (١٧٤ مدني) الغلط الجوهرى الذي يجيز طلب فسخ العقد ممن وقع في الغلط بقولها: ((يكون الغلط جوهرياً إذا فوّت الغرض من التعاقد وعلى الأخص فيما يأتي:....)). وقبلها تبين المادة (١٧٣ مدني) أن تفويت الغرض من التعاقد يكون نتيجة وقوع المتعاقدين أو أحدهما في مخالفة جوهرية^(٢).

التعليق. على أن المشرع اليمني وهو يحدد الحالات التي لا تسمع فيها الدعوى بطلب إبطال العقد في المادة (٢٠٠ مدني) سوى بين التلبس والباطل في أن كلا منهما يعد عيباً في الرضا.

(١) د. الشهودي، الوسيط، ج ١، ق ١٦٢. د. البدروي، مرجع سابق، ف ١٨٨، ص ٢٥٨، د. الصده، مرجع سابق، ١٥٧، ص ١٨٨.

(٢) كان الأصوب من وجهة نظري أن تصاغ المادة على النحو الآتي:

((إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في غلط جوهرى (...)) أما وقوع المتعاقدين في مخالفة جوهرية كما ورد في نص المادة المقصودة فلفظ مبهم لم يبين المؤكرة الإيضاحية المقصود منه.

والغلط الجوهرى هو ذلك الغلط الذي بلغ حداً من الجسامة في تقدير المتعاقد بحيث لو تبيننت له الحقيقة لامتنع عن إبرام العقد، فهو في الواقع غلط دافع إلى التعاقد، ولذا كان المعيار في تقدير هذا الغلط معياراً ذاتياً يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ في نظره درجة من الأهمية تكفي لأن تجعله يقدم على التعاقد إن وجد هذا الأمر ويحجم عنه إن تخلف^(١).

فمن يشتري خاتماً على أنه من الذهب الخالص فتبين له أنه من الفضة المطلي بالذهب يكون قد وقع في غلط جوهرى أي دافع إلى التعاقد بحيث لو تبين حقيقة الخاتم لما أقدم على الشراء أو لأقدم على الشراء بثمن أقل . وإذا كانت الحكومة قد منحت ترخيصاً في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز لها إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة.

على أن المشرع يضيف إلى هذا المعيار الذاتي ضوابط موضوعية تساعد على تبين نية المتعاقدين وهو ما فعله في الفقرة الأولى من المادة (١٧٤) من أن صفة الشيء تكون جوهرية إذا كانت كذلك في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما لا بس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . فمن يشتري شيئاً من تاجر آثار وظن أن هذا الشيء أثرى فدفعت ثمناً مرتفعاً، ثم تبين له أنه غير أثرى، فإنه يمكن الاستدلال من أن البائع تاجر آثار ومن أن المشتري دفع ثمناً باهظاً للشيء على أنه حسب الشيء أثرياً وأن هذه الصفة هي التي دفعته إلى التعاقد .

ويورد المشرع البنى في المادة (١٧٤ مدني) تطبيقيين للغلط الجوهرى أو لهما الغلط في صفة الشيء وثانيهما الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته . ومثال التطبيق الأول أن يشتري شخص أرضاً معتقداً أنها تقع على الطريق العام ثم تبين بعد ذلك أن هذا الطريق لا وجود له وأن الأرض محصورة من جهاتها الأربع، وأن يشتري سيارة على أنها جديدة ولم تستعمل إلا على سبيل التجربة فتبين له أنها استعملت كثيراً وأنه سبق ردها من مشتر آخر لنفس السبب . ومثال التطبيق الثاني أن يقع الغلط في شخص المتعاقد في عقد الهبة أو

(١) د. الصده، مرجع سابق، ١٥٧، ص ١٨٨.

في شخص المزارع في عقد المزارعة أو أن يقع الغلط في صفة المتعاقد لا في شخصه كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أنه قريب له ثم يتضح غير ذلك أو يعتقد أنه من بلدته فإذا هو من بلدة أخرى.

وعدم حصر المشرع لحالات الغلط الجوهرى يسمح بتحقيق الغلط الجوهرى في حالات أخرى غير ما ذكره النص، فيصح أن يقع الغلط في صفة الشيء أو في الشخص، كما يصح أن يقع في القيمة أو في الباعث. فإذا وقع في غلط جوهرى أي دافع في قيمة الشيء محل الالتزام فإنه يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال أو للفسخ. ومثال الغلط في القيمة أن يبيع شخص سهماً بقيمته الفعلية وهو يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة إذ يكون له حينئذ أن يطلب الفسخ، ومثال الغلط في الباعث أن يبيع شخص مريض عيناً معتقداً أنه في مرض الموت ثم شفي بعد ذلك، أو أن يستأجر موظف سكناً في بلد معين معتقداً أنه سينقل إلى هذا البلد ثم تبين عدم نقله.

الشرط الثاني: أن يقع في الغلط أحد المتعاقدين أو كلاهما^(١).

أشارت إلى هذا الشرط صراحة المادة (١٧٣ مدني يمني) بقولها: ((إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية نقوت الغرض جاز لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد)).

فالغلط قد يكون مشتركاً إذا وقع فيه المتعاقدان معاً، كأن يشتري شخص قطعة أرض لبناء مصنع عليها فتبين أن الحكومة تحظر هذا النوع من الاستغلال في منطقة المبيع، وكان كل من البائع والمشتري يتوهم غير ذلك في هذه الحالة يكون الغلط مشتركاً يجيز طلب إبطال العقد لأي من المتعاقدين.

وقد يكون الغلط فردياً أي يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر المشترك مثلاً في المثال السابق، وفي هذه الحالة لا يكفي المشرع المصري بكون الغلط الجوهرى فردياً حتى يكون العقد قابلاً للإبطال بل يشترط أن يكون الغلط الجوهرى داخلاً في نطاق التعاقد بمعنى أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فالمادة (١٢٠ مدني مصري) تنص

(١) د. محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ف١٤٥ ص ١٨٥.

على أنه: ((إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه)).

ومبرر المشرع المصصري في اشتراط اتصال الغلط الجوهرى بالطرف الآخر هو تحقيق استقرار التعامل وحماية الطرف الذى يكون بعيداً عن الغلط حتى لا يفاجأ بطلب الإبطال لغلط لا يعلم عنه شيئاً الأمر الذى يزعزع الثقة في التعامل. أما المشرع المدنى اليميني فقد اكتفى بالغلط الفردي حيث نص صراحة في المادة (١٧٣) على أنه ((إذا وقع المتعاقدان أو أحدهما في مخالفة جوهرية تفوت الغرض جاز لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد)).

ولذلك فليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن القانون المدنى اليميني راعى شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر في المادة (١٧٤) التى تحدد حالات الغلط الجوهرى على سبيل المثال إذ أن هذه المادة تشير فقط إلى الضوابط الموضوعية لا اعتبار الغلط جوهرياً أي عيباً في الرضا يجيز طلب فسخ العقد في حالة ما إذا انصبت الغلط على صفة الشيء فالمشرع اليميني مثله مثل المشرع المصصري أخذ في الغلط بمعيار ذاتي مع مراعاة الضوابط الموضوعية التى تعين في تحديد ما إذا كان الغلط الذى وقع فيه من يدينه جوهرياً أم لا^(١).

وعلى من يدعى وقوعه في غلط جوهرى إثبات ما يدينه بجميع طرق الإثبات إن الأمر يتعلق بواقعة مادية.

٥٦- الغلط في الواقع والغلط في القانون:

الغلط في القانون ترهم المتعقد قاعدة قانونية على خلاف حقيقتها فيبرم العقد مدفوعاً بهذا التوهم^(٢). أما الغلط في الواقع -وكما سبق شرحه- فهو الغلط إما في شخص المتعاقد أو في صفة جوهرية فيه وإما غلط في صفة الشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقد وتكون هي الدافعة إلى التعاقد

^(١) في تفصيل هذه المسألة يراجع د. محمد الشامي، مرجع سابق، ف١٤٥، ص١٨٥.

^(٢) د. البدر اوى، مرجع سابق، ف١٩٠، ص١٦٢.

والغلط في القانون على خلاف الغلط في الواقع لم يتفق عليه الفقه كعيب من عيوب الرضا، كما أن المشرع اليمني اكتفى بتنظيم الغلط في الواقع دون الإشارة إلى حكم الغلط في القانون.

وسبب هذا الخلاف الفقهي هو وجود قاعدة قانونية مشهورة هي قاعدة عدم جواز الاعتداد بجهل القانون، ذلك أن من يتمسك بغلط في القانون لإبطال العقد إنما يحتاج في الحقيقة بجهله القانون. ولهذا نجد أن البعض يميز بين الغلط في قاعدة قانونية أمرة وبين قاعدة قانونية مكملة فيجيز التمسك بالغلط بالنسبة للأخيرة ولا يجيزه بالنسبة للأولى^(١).

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الغلط في القانون لا يتعارض مع هذه القاعدة إذا كان التمسك به ليس من شأنه استبعاد حكم القانون بل هو تطبيق حكم القانون^(٢).

فإذا تصرف الوارث مثلاً في نصيبه في التركة معتقداً أن القانون لا يعطيه إلا الربع في حين أن نصيبه قانوناً هو النصف يكون له الحق في أن يتمسك بهذا الغلط في القانون ليطلب التصرف ذلك أنه بهذا لا يهدف إلى استبعاد حكم القانون بل إلى تطبيقه وإعمال حكمه.

وقد اعتد القانون المدني المصري بالغلط في القانون في المادة (١٢٢) حيث تنص على أنه: ((يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره)).

والنص يجيز التمسك بالغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع والتي سبق شرحها وهي كون الغلط جوهرياً وكونه داخلياً في نطاق التعاقد هذا ما لم يقض القانون على خلاف ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة (٥٥٦ مدني مصري) على أنه: ((لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في

(١) د. السهوري، ج ١، ف ١٧٤، ص ٤٠٤، د. الصده، مرجع سابق، ف ١٦٤.
(٢) د. البداري، مرجع سابق، ف ١٩٠، ص ١٢٦.

القانون)) إذ أن الصلح يتضمن اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تصفية ما بينهما دون التنفيذ بتطبيق القانون تطبيقاً دقيقاً .

٥٧- أثر الغلط والتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية:
نصت على أثر الغلط بشرطه المادة (١٧٣ مدني يمني) في شطرها الأخير بقولها: ((...جاز لمن وقع في الغلط أن يفسخ العقد)).

فأثر الغلط وفقاً لنص هذه المادة هو أن يصبح العقد قابلاً للفسخ لمصلحة من وقع في الغلط. وقد ذكرت قبلاً أن المادة (٢٠٠ مدني) الواردة في أحكام العقد تشير إلى أن جزاء الغلط هو قابلية العقد للنقض أي للفسخ، فهذه المادة تنص على أنه: ((لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنين مع عدم وجود مانع وتبدأ المدة بالنسبة للصغير من يوم زوال سبب ذلك، وفي حالي الغلط والتدليس من اليوم الذي يتكشف فيه)) فالفسخ المذكور في المادة (١٧٣) يتساوى في الحكم مع القابلية للإبطال المذكور في هذه المادة.

على أن المشرع اليمني لم يوضح حكم تمسك من وقع في الغلط بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية. فإذا اشترى شخص مثلاً شيئاً معتقداً أنه أثري في حين أنه غير ذلك، فعرض عليه البائع أن يسلمه شيئاً أثرياً مطابقاً لما توهمه، فهل يجوز للمشتري الإصرار على طلب الفسخ مما يعني خروجه على مقتضيات حسن النية والنزاهة في التعامل أم أنه لا يجوز له ذلك. هذه المسألة لم يعالجها المشرع اليمني بنص صريح، على عكس نظيره المشرع المصري الذي بين حكمها صراحة في المادة (١٢٤ مدني) حيث تقضي بأنه: ((١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية. ٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعادته لتنفيذ هذا العقد)).

المطلب الثاني

التدليس

٥٨- التعريف بالتدليس وأهميته^(١):

التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين وسائل احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد. فالتدليس يثير الغلط في ذهن المتعاقد فيعيب رضاه من هذا الطريق ومن ثم يكون العيب الذي يشوب الرضا هو الغلط الذي يولده التدليس.

فالتدليس لا يعد - في الحقيقة - عيباً مستقلاً من عيوب الرضا لأن الذي يعيب الإرادة هو الغلط الناتج عنه، فالغلط قد يكون غلطاً تلقائياً يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه دون أن يعتمد أحد إيقاعه فيه، وقد يكون مستثلاً ولده التدليس الذي وقع عليه^(٢).

وأمثلة التدليس كثيرة منها قيام شخص بتقديم شهادة لآخر توهم بمقتاة منزله أو بدقة بنائه أو بكثرة إيراده، ويصل بذلك إلى حمله على شرائه. وتقدم شخص إلى أحد البنوك ظاهراً أمام مديره بمظهر اليسار عارضاً عليه شهادات مزورة توهم بكثرة أمواله ويدفعه بذلك إلى فتح اعتماد لصالحه أي إلى وعده بإقرضه. وتعتمد شخص إيهام شركة التأمين بصحة بدنه وخلوه من الأمراض التي تهدد

(١) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف ١٠٤، ص ٢٠٨، الضده، مرجع سابق، ف ١٦٩، ص ١٩٨، د. عبد الكريم القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري والبيني دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دكتوراه في الحقوق - جامعة عين شمس ٢٠٠٠، ف ٢٠٨، ص ٢٠٩، وما بعدها.

(٢) التدليس في ذاته عمل غير مشروع يستوجب التويض على مرتكبه، وإنما أدرج في عيوب الرضا بالنظر إلى الأثر الذي يترتب عليه وهو الغلط الذي يولده في ذهن العقد، ولذا فقد كان من الطبيعي أن يثار التساؤل حول مدى وجود نظرية مستقلة للتدليس خصوصاً بعد اتساع نظرية الغلط في التشرعات الحديثة، وقد قيل في تبرير الإبقاء على نظرية التدليس ضمن عيوب الإرادة وجود قارئین صليبين بين الغلط والتدليس، الأول أن إثبات الغلط الناتج عن التدليس أيسر، والثاني أن التدليس باعتباره عملاً غير مشروع يترتب عليه إن نجم عنه ضرر إلزام المعلن بالتعويض وذلك إلى جانب إبطال العقد، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف ١٠٤، ص ٢٠٩.

أولاً: صدور تدليس:

أ) والتدليس - كما عُرِفَ - هو استعمال وسائل احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط. وهذه الوسائل الاحتيالية يلجأ إليها المدلس بقصد إخفاء الحقيقة على المدلس عليه بحيث تكون كافية للتضليل بحسب حالة المتعاقد سواء أكانت وسائل فعلية أو قولية^(١).

فقد يلجأ المدلس إلى وسائل احتيالية فعلية كأن يعدد بائع السيارة إلى التلاعب في عداد سيرها وإعادة طلائها ليثبت أنها جديدة، أو يعدد بائع الملابس إلى تثبيت بطاقة عليها تبين أنها من ماركة معينة أو مادة معينة أو بلد معين ترغيباً للمشتريين فيها، وكان ينتحل أحد المتعاقدين اسماً أو صفة كاذبة أو يصطنع عقوداً أو مستندات مزورة لدفع المتعاقد معه إلى التلاعب.

وقد يلجأ المدلس إلى الإدلاء ببيانات أو أقوال كاذبة، فيعد تدليساً مثلاً كذب البائع في تحديد البلد الذي صنعت فيه البضاعة المبيعة، وكذب العامل في تحديده للوظائف السابقة التي شغلها^(٢).

وقد يلجأ المدلس أخيراً إلى مجرد كتمان أمر ما عدماً مع وجود واجب قانوني عليه بالإفصاح عن هذا الأمر^(٣). وهذا الواجب القانوني قد يكون مصدره نص القانون كما هو الحال في عقد التامين حيث يوجب القانون على المؤمن له أن يقدم للمؤمن كافة البيانات اللازمة لتقدير الخطر المؤمن منه، وقد يجد مصدره في طبيعة العقد كما هو الحال في عقد الشراكة، وعقد الوكالة ونحوهما من العقود التي تقوم على الثقة بين طرفيها مما يفرض على كل منهما الإفصاح للآخر بما لديه من معلومات تتعلق بالعقد، ولهذا فقد نصت المادة (٢٥) مدني مصري في فقرتها الثانية على أنه: ((ويعتبر تدليساً السكوت عدماً عن واقعة

١- د. الصده، ف، ١٦٨، ص ١٩٩.

٢) ومن أمثلة هذا النوع من التدليس في الفقه الإسلامي بيعوع الأمانة وهي بيعوع المراجعة، والقولية، والمخاسرة، فإذا كذب البائع في الشئ الذي اشترى به قام التدليس، د. محمد الشامي، مرجع سابق، ف ١٥٩، ص ١٨٨.

٣) د. السنهوري، ج ١، مرجع سابق، ف ١٨١، ص ٢٧٤.

أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة^(١).

ب) ويجب أن يكون الغرض من استعمال الوسائل الاحتيالية تضليل المتعاقب الآخر. فالمدليس بطبيعته خطأ عمدي يفترض استهداف المدلس حمل المدلس عليه على التعاقد، فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس، كالتاجر يبرز ما يعرضه من سلع في أحسن صورة وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس بامتداحة لسلعته.

وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع كما إذا استعمل المودع مثلاً طرقاً احتيالية للحصول من المودع لديه على إقرار بالوديعة إذا تبين له أنه شخص غير أمين.

ثانياً: صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو من الغير:

التدليس قد يصدر من أحد المتعاقدين وهذا هو الغالب وقد يصدر من الغير وفي هذه الحالة اشترط القانون المدني اليمني في المادة (١٨٠) حتى يكون التدليس مؤثراً علم المتعاقد الآخر أو إمكانية علمه بالتدليس الصادر من الغير، حيث تنص هذه المادة على أنه: «إذا صدر التدبير (التدليس) من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد الواقع في الخداع أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان الظاهر علمه بهذا التدبير».

وقد أشرت من قبل إلى أن القانون المدني اليمني لم ينص في الغلط على شرط اتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر، وإنما استنتج البعض هذا الشرط من الفقرة الأولى من المادة (١٧٤ مدني) الخاصة بأحد التطبيقين على الغلط الجوهرية والمتعلق بالغلط في صفة الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية.

(١) لم يرد بشأن هذه الصورة نص في القانون المدني اليمني، ومع ذلك يمكن القول بأن مصدر الالتزام بالإنشاء عن أمر ما يكون له أهمية لدى المتعاقد هو القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز التدليس، يراجع في هذا الموضوع، د. السهوري، ج١، مرجع سابق، ١٨١، ص ٧٧٤.

وإذا كان التدليس الصالح من الغير يعيب الإرادة إذا اتصلت بعلم والمتعاقد الآخر، فإنه في حالة عدم تحقق هذا العلم يمكن إبطال العقد للغلط إذا أثبت المدلس عليه أن التعاقد الآخر كان مشتركاً معه في الغلط الذي وقع فيه من جراء هذا التدليس أو أثبت أنه هو نفسه وقع في غلط يتيح له طلب الفسخ. ويقع عبء إثبات التدليس بشروطه على المدلس عليه الذي يطلب إبطال العقد، وهو يثبت التدليس بكافة طرق الإثبات لأنه ينصب على وقائع مادية.

الشرط الثاني: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد:

لا يقوم التدليس إلا إذا كانت الرسائل الاحتيالية التي استعملها المدلس هي الدافعة إلى التعاقد، فإذا لم تبلغ هذه الوسائل إلى حد التضليل ودفع المتعاقد إلى التعاقد فلا يكون لها أي أثر.

فإذا كان العامل مثلاً في عقد العمل قد قدم شهادة مزورة إلى رب العمل بقصد حمله على التعاقد ، ولكن رب العمل كان قد اكتشف التزوير وأقدم مع ذلك على التعاقد مع العامل فلا يتوفر التدليس لعدم توفر الغلط الدافع، وإذا لم يكتشف التزوير ما ولكن اتضح أنه كان سيتعاقد معه حتى لو علم بهذا التزوير فلا يقوم التدليس أيضاً، لا لعدم وجود التدليس وإنما لأن هذا التدليس لم يكن هو الدافع إلى التعاقد.

والمعيار في كون التدليس دافعاً إلى التعاقد أو لا هو معيار ذاتي قوامه شخص المتعاقد الذي تم التحايل عليه وظروفه المختلفة من سنن وخبرة وثقافة وذكاء ونحوها، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان التدليس قد حمل على التعاقد أو لا.

٥٩- (مكرر) أثر التدليس :

إذا توفرت شروط التدليس كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من دلس عليه. وللمدلس عليه فضلاً عن طلب إبطال العقد للتدليس طلب التعويض إذا أصابه ضرر نتيجة التدليس على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن التدليس عمل غير مشروع .

المطلب الثالث

الغبين

٦٠- التعريف بالغبين:

الغبين هو عدم التعادل في القيمة وقت إبرام العقد بين ما يقدمه كل متعاقد وما يأخذه في عقود المعاوضات^(١). أو عدم التعادل في العوض الذي يقدمه أحد المتعاقدين مع العوض الذي يقدمه الطرف الآخر.

ومثاله أن يبيع شخص شيئاً قيمته مليون ريال بسبعمائة ألف ريال أو أن يشتري هذا الشيء بمليون وأربعمائة ألف ريال،

وقد عرفت المادة (١٨١ مدني) الغبن بهذا المعنى بقولها: ((الغبين هو أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع العوض الآخر...)).

ويؤخذ من هذا التعريف أن الغبن أمر مادي يتمثل في خسارة مالية تلحق أحد المتعاقدين من العقد، وأن هذه الخسارة يجب أن تتحقق وقت إبرام العقد، ولذلك فلا تكون بصدد غبن إذا ارتفعت قيمة أداءات أحد الطرفين عند تنفيذ العقد. ولا يتصور الغبن إلا في العقود المحددة دون العقود الاحتمالية، لأن هذه العقود الأخيرة تنطوي بطبيعتها على غرر أي واقعة مستقبلية غير مؤكدة هي التي ستحد في المستقبل ما إذا كان العقد يسفر عن كسب أو خسارة لأي من المتعاقدين. كما لا يتصور الغبن إلا في عقود المعاوضة دون عقود التبرعات إذ أن أحد المتعاقدين في هذه العقود يقدم أداء بدون مقابل^(٢).

٦١- الغبن والاستقلال:

والغبين - وفقاً لتعريفه - عيب مستقل قائم بذاته، وهو عيب يقع في العقد لا في الرضا، فهو لا ينتج عن عيب من عيوب الرضا من تدليس أو غلط، إذ لو كان ناشئاً عن أي من هذه العيوب لكان في استطاعة المتعاقد المغبون التمسك

(١) د. البدراري، مرجع سابق، ف، ٢١٠، ص ٢٨٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف، ١٨٢، ص ٣٨٦.

(٢) د. الشهوري، ج ١، مرجع سابق، ف، ٢١٠، ص ٤٧٦.

بالعيب الذي شاب رضاه لإبطال العقد، فإذا كان الغبن ناشئاً مثلاً عن غلط وقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء، استطاع أن يطلب إبطال العقد للغلط.
فألغين - وفقاً لهذا التصوير المادي له - يعتبر بذاته سبباً للطعن في العقد على أساس الاختلال بين العوضين، وهو لا يقوم عندئذ إلا في عقود المعاوضة المحددة.

على أن الاتجاه الحديث هو عدم الاعتداد بالغبن إلا على اعتبار أنه ناتج عن عيب من عيوب الرضا، وهذا هو منطق النظرية الشخصية في الغبن، فلا بد لكي يبطل العقد على أساس الغبن أن يكون عدم التعادل بين الأداءات مظهر الحالة نفسية عند الطرف المغبون، وضعف معين عنده استغله الطرف الآخر ويعبر عن الغبن في هذه الحالة بالاستغلال، حيث لا يكفي فيه بعدم التعادل المادي، بل لا بد من إثبات وجود ضعف معين لدى الطرف المغبون استغله الطرف الآخر. ووفقاً لهذا الاتجاه فإنه يمكن الطعن في جميع العقود سواء أكانت معاوضة أم تبرعات وسواء أكانت محددة أم احتمالية.

وقد اختلفت القوانين في الأخذ بأي من هذين الاتجاهين. فالقانون الفرنسي يأخذ بالاتجاه المادي، والغالبية منها تأخذ بالاتجاه الشخصي ومنها القانون المدني المصري^(١).

٢٢- موقف القانون المدني اليمني:

يعتد القانون المدني اليمني بالغبن الفاحش المجرد في حالات خاصة، نصت عليها المادة (١٨١) ويعتد بالغبن الفاحش المصحوب بتعريض أي الغبن كعيب في الرضا بالنسبة للشخص كامل الأهلية الذي يتعاقد بصقلته أصيلاً عن نفسه^(٢).

(١) تنص المادة (١٢٩) مدني مصري في فقرتها الأولى على أنه: ((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 طغياناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بقاء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو يتقصر التزامات هذا المتعاقد)).

(٢) تنص المادة (١٨١) مدني: ((لا تأثير للغبن على صحة العقد من البالغ إلا إذا كان فاحشاً، وفيه عور، ويتأثر العقد بالغبن دائماً إذا وقع على مال وقف أو صغير ومن في حكمه أو على المصروف عن غيره بالوكالة أو الفضالة)).

فالقانون المدني اليمني لم يأخذ بنظرية الاستغلال كما وردت في القانون المدني المصري، كما أنه لم يأخذ بالغبن المادي على إطلاقه وإنما أخذ به في الحالات التي أشترت إليها في المادة (٨١م)، مما يعني أنه لم يبررراً للأخذ بعيب الاستغلال نظراً لثقله التطبيقات العملية للاستغلال، ولأن في النصوص المنظمة لعيوب الرضا ما يغني عن وضع نصوص خاصة لعلاج مسألة الاستغلال.

على أن مما يؤخذ على نص المادة (٨١) هو الغموض في صياغتها فهذه المادة تقضي بأنه لا تأثير للغبن على صحة العقد من البالغ العقائل إلا إذا كان فاحشاً وفيه غرر، وأن العقد يتأثر بالغبن دائماً إذا وقع على مال وقف أو صغير أو من في حكمه... وهذه الصياغة توهم أن الغبن ولو كان يسيراً يؤثر على العقد في هذه الحالات الخاصة، مع أن المقصود بالغبن المؤثر هو الغبن الفاحش، ولهذا كان الأولى أن يحدد المشرع الييني معيار الغبن المؤثر بعد تعريفه مباشرة، ثم يبين أثر الغبن الفاحش في العقد.

وقد أزال الت هذا الغموض المذكورة الإيضاحية لنص المادة (٨٧) من القانون المدني القديم^(١) المطابقة لنص المادة (٨١) حيث قضت:

((...ويتأثر العقد بالغبن الفاحش إذا وقع على مال وقف أو صغير أو من في حكمه كالمجنون والسفيه أو وقع على المتصرف عن غيره))^(٢).

ومعيار الغبن الفاحش وفقاً لنص المادة (٨١) هو الغبن الذي يبلغ عشر قيمة المعقود عليه وقت التصرف^(٣).

٢٣- أثر الغبن الفاحش:

ميز القانون المدني في المادة (٨١) بين فرعين في بيانه لمدى تأثير الغبن الفاحش، الأول وفيه يصدر التصرف من شخص كامل الأهلية وباعتباره أصيلاً عن نفسه، فلا أثر للغبن الفاحش على العقد الصادر من هذا الشخص إلا إذا كان

^(١) القانون الذي كان سارياً في الشطر الشمالي قبل الوحدة... وبعد تحقيق الوحدة صدر القانون المدني الموحد القرار بقانون رقم (٩ لسنة ١٩٩٢م) وقد كان ينص على الغبن في نص المادة (٨٣) ولا يختلف كثيراً عن المادة (٨١) التي نحن بصدد شرحها.

^(٢) المذكرة الإيضاحية، ج ١، ص ٧٥.

^(٣) وقد خرج المشرع على هذا المعيار في نص المادة (٥١٣مذني) الواردة في البيع في بيع عقار صديم الأهلية أو ناقصها حيث حدد الغبن الفاحش فيها بالغبن الذي يزيد على نصف عشر قيمة المثل وقت البيع.

مصحوباً بتغيير . والثاني وفيه يصدر التصرف من شخص كامل الأهلية لكنه ليس أصيلاً عن نفسه وإنما يبرم العقد عن غيره وينطبق هذا على النائب القانوني ولياً كان هذا النائب أو وصياً أو ناظر وقف وينطبق أيضاً على النائب الاتفاقي كالوكيل وعلى الفضولي، فيؤثر الغبن الفاحش على العقد فيجعله قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف المغبون.

وقد أجاز القانون المدني للمغبون أن يقتصر على طلب إزالة الغبن، كما أجاز للطرف المستفيد أن يتوقى دعوى الإبطال إذا هو عرض إزالة الغبن الفاحش، ولكن بشرط قبول المغبون هذا العرض، فقد جعل الخيار للطرف المغبون في قبول هذا العرض. أما القانون المصري فقد ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية (م/١٢٩/٣ مدني مصري).

وتحدد المادة (١٨١) المدة التي لا تسمع بعدها دعوى الغبن بثلاث سنين من تاريخ إبرام العقد مع عدم المانع، وفي القانون المدني المصري تسقط هذه الدعوى بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد.

المبحث الثالث

صور خاصة للتراضي

٦٤- تقسيم:

ندرس في هذا المبحث عقد المزار، وعقد الإزعان والتعاقد بالعربون، والوعد بالتعاقد، وفي هذه العقود نجد اختلافاً في طريقة توافق الإرادتين عما درسنه في موضوع وجود التراضي. ويدخل ضمن هذه الصور التعاقد بالنيابة وسنرجئ الحديث عنها إلى حين الحديث عن ركن العقدين.

المطلب الأول

عقد المزار

٦٥- المقصود بعقد المزار^(١):

يغلب أن يتم إبرام العقد بطريق الممارسة، فيجري التفاوض بين المتعاقدين على موضوع العقد حتى يتم التوصل إلى إيجاب بات من أحدهما يقبله الطرف الآخر.

ومع ذلك فقد يحدث أن يتم التعاقد بطريق المزايدة حيث يعرض موضوع العقد في مزار عام بغية إبرام العقد مع من يقدم بأكبر عطاء^(٢).

والتعاقد بطريق المزار قد يفرضه القانون كما هو الشأن في بيع أو إيجار الأموال الخاصة بالدولة أو بغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وفي بيع أموال المدين على أثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه. وقد يلجأ إليها الأفراد اختيراً كما لو نظم شخص مزاراً لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها.

٦٦- الإيجاب والقبول في عقد المزار:

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف ٨٥، ص ١٠٠ د. غانم، مرجع سابق، ف ٧٤، ص ١٢٤ د. عبد الفلاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف ٩٢، ص ١٩٦ د. مصطفى الجبال، ف ١٢، ص ٧٥.
(٢) وقد يعرض موضوع العقد بطريق المناقصة بقصد إبرامه مع من يقدم بأقل عطاء.

وضع القانون المدني اليمني نصاً واحداً في عقد المزار هو المادة (١٦٠) والتي تقضي بأنه ((إذا كان البيع بالمزار فلا يعتبر العرض إيجاباً وإنما هو طلب للمتقدم بعرض آخر ويسقط العطاء بعطاء آخر يزيد عليه، ولا يتم العقد إلا بربو المزار))^(١).

فالإيجاب - وفقاً لهذا النص - هو التقدم بالعطاء وليس هو الإعداد للمزار وفتحها، إذ لا يعدو هذا الأمر أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد وذلك لعدم تحديد أحد العناصر الجوهرية للعقد كالشئ مثلاً في البيع، وهو لا يعد إيجاباً حتى لو تضمن تقديرًا مبدئياً لهذا العنصر إذ أن المزايدة والدعوة إليها تبدأ من وقت هذا التقدير^(٢).

ويسقط العطاء بعطاء جديد يزيد عليه^(٣)، ويلتزم مقدم العطاء بالبقاء على عطائه إلى أن يتقدم عطاء آخر أفضل منه أو يقلل باب المزار، أو تفتح للمظاريف إذا كان قد اشترط تقديم العطاءات بهذا الطريق^(٤).

أما القبول فيتم برسو المزار على آخر عطاء، وبه ينعقد العقد، وإذا كان التصديق على المزايدة من اختصاص سلطة أعلى أو جهة أخرى فإن هذا التصديق لا يعدو أن يكون سوى شرط من شروط نفاذ العقد، إذ إن وقت رسو المزار هو الوقت الذي يطابق فيه القبول مع الإيجاب وينعقد بالتالي عقد المزار. وإذا لم يتم التصديق على العقد فإن للموجب أن يستعيد كل ما دفعه من رسوم الدخول في المزايدة ونحوه.

وللداعي إلى المزار - كقاعدة عامة - أن يرفض العطاء ولو كان هو الأفضل ما لم يكن قد أخطأ بعدم إرساله العطاء بدون عذر مقبول بعد أن دعاه إليه، فنقوم حينئذ مسئوليته على أساس العمل غير المشروع.

^(١) ويقابل هذه المادة (٩٩ مدني مصري) والتي صيغت بعبارات دقيقة وعامة تنطبق على البيع وقدره من العقود حيث تنص على أنه: ((لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزار، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً)) وقد جاء نص المادة (١٦٠ مدني يمني) خلواً من بيان حكم العطاء الباطل.

^(٢) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف ٦٣، ص ٧٧.

^(٣) حتى لو كان باطلاً في القانون المدني المصري ذلك لأنه ليس بمقصور القائم بالمزار التعرف على سبب البطلان أو التثبت منه وقت صدور العطاء.

^(٤) ولا يمكن لمقدم العطاء قبل إقفال المزار أن يتسحب لأنه ملزم بالبقاء على إيجابه فقد يأتي عطاء أفضل منه، أما بعد إقفاله فالأصل أنه لا يمكن الرجوع لأن العقد يكون قسماً ملزم يوجد عذر بيدر الرجوع.

على أن هذه المسؤولية لا تقوم إذا كانت قائمة بشروط المزداد قد تضمنت شرطا يقضي بحق من دعى إلى المزداد قبول العطاء أو رفضه دون إيداء الأسباب وعلم صاحب العطاء بهذا الشرط^(١).

المطلب الثاني

عقد الإذعان

٦٧- تعريف عقد الإذعان وطبيعته القانونية :

١ عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بالشروط التي يضعها الموجب سلفاً ولا يقبل فيها مناقشة، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة فيها محدودة النطاق^(٢).
وقد نصت المادة (١٦١ مدني) على عقد الإذعان بقولها: ((إذا كان الموجب قد وضع شروطاً مقررّة لا تقبل المناقشة فيها فإن القبول يقتصر على التسليم بهذه الشروط وهو ما يعبر عنه بالإذعان)).

وعقد الإذعان هو وليد تطور الحياة الاقتصادية الحديثة، فالصورة التقليدية لإبرام العقود تقوم على المساومة وتقرض مناقشة شروط العقد بحرية تامة من جانب الطرفين على قدم المساواة.

وقد أدى تزايد النشاط الاقتصادي إلى قيام مشروعات كبيرة تقدم للجمهور سلعاً وخدمات ضرورية تحتاج معها إلى إعداد عقود نموذجية سلفاً لتطبيقها مع جميع المتعاملين معها، وفي الغالب لا يكون لهؤلاء المتعاملين سوى قبول العقود المعدة سلفاً بمرمتها أو رفضها دون أن يكون لهم حرية مناقشة شروطها، ولهذا

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف٩٢، ص٢٠٠.
(٢) د. الصده، مرجع سابق، ف٩٢، ص١٠٠، ومن أمثلة عقد الإذعان عقد العمل في الصناعات الكبيرة، وعقد التأمين، وعقد النقل مع شركات السيارات العامة، وشركات البواخر، وشركات الطيران، وعقد الإشتراك في المياه والنور والغاز والتلفون، ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق يعد من ضرورات الحياة.

سميت بعقود الإذعان أو عقود الموافقة أو الانضمام نظراً لأن أحد المتعاقدين فيها يذعن للشروط التي يملئها عليه المتعاقد الآخر إذ عاناً اقتضى تدخل المشرع بنصوص خاصة لحمايته^(١).

٢- ونظراً للطريقة التي ينعقد بها عقد الإذعان حيث يستقل فيه أحد الطرفين وهو الموجب بوضع شروط التعاقد مقدماً ، ويقتصر القبول على مجرد التسليم بهذه الشروط دون مناقشة، فقد أثر الشك حول طبيعة هذا العقد.

فذهب البعض^(٢) إلى أن عقد الإذعان ليس عقداً بالمعنى الفني له لأن حقيقة العقد هي توافق الإرادتين عن حرية واختيار ، وهذا لا يتحقق في عقد الإذعان. فهذا العقد أقرب إلى أن يكون قانوناً يفرضه الطرف الأقوى اقتصادياً على جماعة المتعاملين معه، ويقتصر دور إرادة الطرف الآخر على مجرد الانضمام إلى هذه الجماعة فيسري عليه قانونها.

على أن الرأي الغالب يذهب إلى أن عقد الإذعان عقد حقيقي، لأن إرادة الطرف القوي إقتصادياً لا تكفي وحدها لإنتاج أثر قانوني، فهي لا تفرض نفسها على الغير دون رضائهم، بل لا بد من أن تقترب بها إرادة العميل ، أي لا بد من توافق إرادتين وهذا هو جوهر العقد.

أما التفاوت في مركز الطرفين فهو تفاوت إقتصادي لا قانوني فكل ما يرد على حرية القابل في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعاً من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في قيام الرضى ، وبالتالي في وجود العقد.

وقد اعترف المشرع البيني بهذا العقد، وتدخل تشريعياً لحماية الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف القوي كما سنعرف بعد قليل .

٦٨- خصائص عقد الإذعان:

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص أهمها:

(١) د. الجبراي، مرجع سابق، ف ٥٠، ص ٧٥، د. الصده، مرجع سابق، ف ٩٢، ص ٩٠.

(٢) تفصيل أكثر د. عبد المنعم الصدة ف / ٩٤ ص ١١٣ د. إسماعيل غانم ف ٧٥ ص ١٣٢ د. عبد الفتاح عبد الباقي ف ٩٧ ص ٢٠٩

١- أن الموجب فيه يكون في مركز اقتصادي أقوى من مركز القابل لما ينتج به من احتكار قانوني أو فعلي، أو لكون المنافسة محدودة الأثر بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحا.

٢- أن هذا العقد يتعلق بسلع أو مرافق تعد من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين. وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع تدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية.

٣- أن الإيجاب فيه يكون علما ودائما، فهو إيجاب موجه للجمهور ويحمل في الوقت ذاته طابع الدوام والاستمرار، فمن يحتكر مرفق النقل أو توريد المياه أو النور يتحتم عليه أن يوجب على نفسه عرض خدمته وتقديمها لكل من يطلبها.

٤- أن الإيجاب يصدر في قالب نموذجي، ويعرض ككل يقبل جملة أو يرفض، ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على عبارات دقيقة ومعقدة في الوقت ذاته لا يفهمها الشخص العادي، وتتضمن عادة شروطا كثيرة لصالح الموجب بعضها يجازي التقصيرات المحتملة من المذعن، وبعضها الآخر يعفى أو يحد من مسؤولية الموجب التعاقدية.

٦٩- الحماية التشريعية للطرف الضعيف:

أورد القانون المدني حكمن خاصين ضمنهما المادتين (٢١٣، ٢١٤) توخي فيهما حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان مدينا كان هذا الطرف أو دائنا وذلك خروجاً منه على قاعدتي أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الشك يفسر لمصلحة المدين.

ونتناول هذين الحكمن تباعا:

٧٠- أولا: الاستثناء الوارد على قواعد التفسير:

تنص المادة (٢١٣) على أنه: ((إذا حصل شك في عبارات العقد يفسر الشك في مصلحة المدين إلا في عقود الإذعان فلا يجوز أن يكون التفسير فيها ضارا بمصلحة الطرف المذعن)).

فالأصل - كما تنص عليه هذه المادة - أن الشك يفسر لمصلحة المدين، وهذا يعني أن القاضي إذا وجد في نصوص الاتفاق عبارات غامضة فإنه يفسرها بما يتفق ومصلحة المدين. وهذا الأصل يرد عليه استثناء هام يتعلق بعقود الإذعان نصت عليه هذه المادة في شطرها الأخير حيث يفسر القاضي الشك لمصلحة الطرف المدعى دائماً كان أو مديناً^(١).

والحكمة من هذا الاستثناء هي أن الطرف القوي (الموجب) في عقد الإذعان يستأثر بوضع شروط العقد بنفسه ولديه من الوسائل ما يستطيع بها أن يورد عبارات غاية في الوضوح والدقة، فإذا شابل عبارات العقد أي غموض كان ذلك راجعاً إلى قصور في جانب هذا الطرف وعليه تقع تبعة هذا الغموض. ثانياً: الاستثناء الوارد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين:

تنص المادة (٢١١ مدني) على أن العقد: ((ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه

ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)).

فالأصل - وفقاً لهذا النص - أن العقد ملزم لعاقديه، فكل متعاقد ملزم بتنفيذ كل ما ورد به، وعلى القاضي أن يلتزم أيضاً بما ورد في هذا العقد عند النظر في أي نزاع يتعلق به دون أن يكون له تعديله أو نقضه أي فسخه.

غير أنه يرد على هذا الأصل استثناء يتعلق بعقود الإذعان نصت عليه المادة (٢١٤ مدني) حيث تقضي بأنه: ((إذا كان العقد قد تم بطريق التسليم (الإذعان) لشروط تعسفية مرهقة جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف الذي سلم بها منها وذلك وفقاً لما تقضي به الشريعة والعادلة، وإذا وجد نص يدل على اعتبار الشروط التعسفية المرهقة كان باطلاً)).

^(١) مثال ذلك قيام شخص بالاتفاق مع شركة نقل بضاعة له إلى مدينة ماء، فالشركة تعد مدينة في هذا الاتفاق وصاحب البضاعة يعد دائماً بالانقل، فإذا وجدت في العقد عبارة غامضة تتعلق مثلاً بالتعويض عن تلفها أو ضياعها ونزاع حولها فإنه يجب تفسيرها بما يتفق ومصلحة صاحب البضاعة باعتباره الطرف المدعى في عقد الإذعان المبرم بينه وبين الشركة.

فالنص يجيز للقاضي استثناء تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يرى أن الموجب قد تعسف فيها استغلالاً لحاجة الطرف المذعن^(١).

و ضماناً لتحقيق هذه الحماية فقد اعتبرها القانون المدني من النظام العام لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على نزاع سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء هذه الشروط^(٢).

المطلب الثالث

التعاقّد بالعربون

٧٣- تعريف التعاقّد بالعربون:

التعاقّد بالعربون مبلغ نقدي يقدمه أحد المتعاقدين لحظة إبرام العقد بغرض حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون أو تأكيد العقد باعتبار المبلغ بدءاً في تنفيذه. فإذا اشترى شخص مثلاً قطعة أرض وليس معه كامل الثمن فقد يتفق مع البائع على أن يدفع له مبلغاً معيناً كعربون بحيث إنه إذا رجع عن الشراء فقد مبلغ العربون وإذا رجع البائع رد مبلغ العربون ومثله، وقد يتفقان على أن يكون هذا المبلغ جزءاً من الثمن.

٧٤- دلالة العربون في القانون المدني:

إذا قدم أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد عربوناً ولم يحدد طبيعته فهل يعد هذا المقابل بدءاً في تنفّذ العقد أم مقابلاً للعدول عن العقد .

٥٥٦

^(١) من الشروط التعسفية على سبيل المثال شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية كالشرط الذي يضعه الناقل البحري من أنه ليس مسئولاً عن فقدان الأمتعة والأشياء الثمينة، فللقاضي أن يهمل هذا الشرط لا اعتباره شرطاً تعسفياً.

^(٢) جاء في نهاية المادة (٢٤ مدني) ما يأتي: ((... وإذا وجد نص يدل على اعتيّل الشروط التعسفية المرفقة كان باطلاً))، فالنص يبطل العقد الذي يرد فيه نص يقر الشروط التعسفية، ويوجد أن هذا الحكم قد نص عليه بوضوح في المادة (٩٤ مدني، مصري) حيث تقضي في نهايتها بأنه: ((... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

تذهب معظم التشريعات ومنها التشريع المدني المصري إلى أن العربون يفيد الاحتفاظ بالحق في العدول عن العقد ما لم يوجد اتفاق آخر. بينما تذهب قلة منها إلى أن العربون يفيد تأكيد العقد والبت فيه، ومن هذه التشريعات التشريع المدني اليمني.

ونتناول فيما يأتي أحكام التعاقد بالعربون في القانونين المدنيين اليمني والمصري.

أ) أحكام التعاقد بالعربون في القانون المدني اليمني:

بين القانون المدني اليمني أحكام التعاقد بالعربون عند تناوله لأحكام بعض أنواع البيوع في المادتين (٥٧٥، ٥٧٦).

فعرف البيع بالعربون في المادة (٥٧٥) وأخذ فيها بدلالة العربون على أنه جزء من الثمن. فهذه المادة تنص على أن: ((بيع العربون هو أن يدفع المشتري جزءاً من الثمن في بيع عقاره يحتسب من الثمن إذا أخذ المشتري المبيع ودفع باقي الثمن سواء عين وقت لدفع الباقي أو لم يعين)). وفي المادة (٥٧٦) منع الاتفاق على خلاف الحكم الوارد في المادة السابقة حيث تنص هذه المادة على أنه:

((إذا اتفق على أنه في حالة العدول عن الصفقة يبقى العربون للبائع فلا يصح البيع)).-

وهذا الموقف من المشرع اليمني يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي من عدم جواز العربون إذا كان معناه دلالة العدول مع فقدان مبلغ العربون. كما أن المشرع اليمني أخذ بتصوير الفقه الإسلامي للتعاقد بالعربون في أنه بيع فيه الخيار للمشتري أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له^(١). وهذا بعكس التشريعات الأخرى التي أطلقت الأمر فوضعت قاعدة عامة تنطبق على سائر العقود ويستفيد منها أي طرف من أطراف العقد، كما أن إطلاق المشرع اليمني للمدة التي يدفع خلالها المشتري باقي الثمن يتنافى مع ما يقرره بعض الفقهاء بشأن

^(١) في هذا الموضوع يرجع الشيخ/ محمد خاطر الشيخ، جهاد في رفع بلوى الربا... ص ٢٠٢.

خيل الشرط ومدته. على أن عدم تعيين ميعاد لدفع باقي الثمن يمكن البائع من المطالبة به في أي وقت يشاء بعد استلام المشتري للمبيع لأن الأصل هو فورية تنفيذ الالتزام.

ب) أحكام التعاقد بالعربون في القانون المدني المصري^(١):

أخذ القانون المدني المصري في المادة (١٠٣) بدلالة العربون على العدول وللمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك، فيجعلان العربون لتأكيد العقد لأن هذا الحكم من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، فهذه المادة تنص على أن:

((١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون ففده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر)).

ويلاحظ أن العربون يعتبر مقابلًا للعدول عن العقد. فهو ليس تعويضاً لأنه يستحق ولو لم يترتب على العدول أي ضرر كما يقضي بذلك نص المادة (١٠٣) مدني مصري)، ومن ثم فإنه يختلف في طبيعته عن الشرط الجزائي، إذ إن هذا الأخير تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يترتب نتيجة الإخلال بالعقد، فلا يستحقه الدائن إذا لم يلحقه ضرر ويجوز للقاضي أن يخفضه إذا كان ينطوي على تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة.

المطلب الرابع

الوعد بالتعاقد

لم ينظم المشرع اليمني الوعد بالتعاقد كما نظمته غالبية تشريعات الدول العربية وجعلت منه عقداً ملزماً للراعي بالبرام العقد الموعود به. وقد يكون مبرر المشرع اليمني من مسلكه هذا هو تجنب الخلاف الفقهي حول الوعد بالتعاقد خصوصاً وأن جهور الفقه الإسلامي يذهب إلى عدم الاعتراف باللامية الوعد بالتعاقد قسماً وإن كان ملزماً ديانةً مما يعني أن المشرع اليمني أخذ بهذا

(١) د. البدرابي، مرجع سابق، ف ١٥٩-١٧١، ص ٢٢ وما بعدها.

الاتجاه. ونعرض لموضوع الوعد بالتعاقد كما نظمته القانون المدني المصري^(١) مبينين موقف الفقه الإسلامي من الوعد بالتعاقد لنصل إلى الرأي الذي نقترح على المشرع الليبي الأخذ به.

٧٥- تعريف الوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أو كل منهما نحو الآخر بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها^(٢). ومثاله أن يستأجر شخص من آخر قطعة أرض لمدة عشر سنين ليبنى عليها مصنعاً ويخشى أن ينتهي الإيجار فيضطر إلى ترك الأرض وما بناه عليها، ويأمل أن يتغلب على هذا الخطر الذي يهدده عن طريق قيامه بشراء الأرض، ولكن المال غير متوفر لديه فيلجأ إلى صاحب الأرض ويحصل منه على وعد بأن يبيعه إياها بثمن محدد لو أراد هو الشراء خلال مدة الإيجار.

والوعد بالتعاقد قد يكون وعداً انفرادياً أي أن أحد طرفيه هو الذي يلتزم به

دون الآخر الذي يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعود له بإبرام العقد وهذا هو الغالب في العمل. وقد يكون وعداً مزدوجاً وهو ما أشار إليه نص المادة (١٠١) مدني مصري^(٣). ومعناه أن يتحمل به الطرفان كلاهما فيكون كل منهما واعداً للآخر بإبرام العقد وموعوداً له في الوقت نفسه^(٤).

٧٦- شروط الوعد بالتعاقد:

(١) اراجع في هذا الموضوع: د. البدرابي، مرجع سابق، ف١٥٩-١٧١، ص٢٤-٢٢٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، ف٨٤٨٠، ص١٧٦-١٨٦، د. الصده، ف١٠٨٠١، ص٢٩-١٣٦، د. محمد حسين الشامي، ص١٥٣-١٥٠.

(٢) د. الصده، ف١٠٤، ص٢٩.

(٣) تنص هذه المادة على أنه: ((الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها)).

(٤) على أن البعض يرى أن الوعد بالعقد لا يمكن أن يجه تثنائياً لأن الوعد بالعقد بمعناه القانوني المسلم به وباركانه المتطلبية قلنا لا يمكن له أن يكون إلا انفرادياً يلتزم به طرف واحد هو الواعد في حين أن الطرف الثاني يكون مجرد موعود له، د. عبد الفتاح، مرجع سابق، ف٨٠، ص١٧٣.

حددت المادة (١٠١) مدني مصري) الشروط المطلوبة في الوعد بالتعاقد هذا فضلاً عن وجوب توفر الشروط العامة اللازمة لانعقاد العقد وصحته من وجود تراض سليم وعاقدين تتوفر فيهما أهلية التعاقد ومحل تتوفر فيه شروط صحته أهمها وجود محل العقد الموعود به عند إبرام الوعد أو إمكانية وجوده في المستقبل^(١).

ويتلخص شروط الوعد بالتعاقد وفقاً لنص المادة (١٠١) في ثلاثة شروط هي: الشرط الأول: يجب أن يبين في الوعد جميع المسائل الجوهرية اللازمة للعقد المراد إبرامه أي عناصره الأساسية، وذلك حتى لا يبقى لقيام العقد النهائي إلا إظهار الموعود له رغبته في التعاقد.

وعليه فإذا كان العقد الموعود بإبرامه بيعاً وجب الاتفاق على المبيع والثلث، وإذا كان إيجاراً وجب تحديد الشيء المؤجر والأجرة والمدة.

الشرط الثاني: يجب أن يبين الطرفان المدة التي يجب خلالها إظهار الرغبة في التعاقد. وهذا التعيين قد يتم بطريقة صريحة وقد يكون بطريقة ضمنية وذلك إذا كان من الممكن استخلاص المدة من ظروف الاتفاق كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات ميعاد معين فيكون هذا الميعاد هو المدة التي يجب خلالها إظهار الرغبة. فمدة الوعد بالبيع المقترن بعقد إيجار هي مدة الإيجار نفسه. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة استخلصت هذه المدة من عناصر الاتفاق وظروفه ويتولى القاضي عند الاختلاف تحديدها.

الشرط الثالث: وجوب مراعاة الشكل في الوعد إذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً. فإذا لم يستوف الوعد الشكلية المطلوبة كان باطلاً ولا يمكن الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود. فالوعد بالرهن الرسمي مثلاً إذا لم يفرغ في ورقة رسمية لا يجوز الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام عقد

(١) وعليه إذا وعد شخص آخر بإبرام عقد إيجار محل تجاري في المبنى الذي سبقه ببنائه في المستقبل فإن هذا الوعد في القانون المدني المصري صحيح إذ إن محل العقد الموعود في هذا المثال ممكن الوجود في المستقبل، أما في القانون المدني اليمني فالوعد بالعقد باطل لعدم وجود محله وقت إبرام الوعد بالعقد حتى لو كان ممكن الوجود في المستقبل، راجع المادة (١٢١) مدني مصري) والمدالتين (١٨٥، ١٨٩) مدني يمني).

الرهن الرسمي الموعود به وذلك لأن تخلف الشكائية في هذا الوعد يحول دون اعتباره وعداً.

٧٧- آثار الوعد بالتعاقد:

الأثر الجوهري للوعد هو التزام الواعد بإبرام العقد الموعود متى أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها. وبسبب طبع الموعود له أن يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد إلى شخص آخر، وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلى ورثته، وينعقد العقد الموعود به من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول للإيجاب المتمثل في الوعد.

على أن الوعد قد يسقط ويذول بالتالي ما كان يلتزم به الواعد وذلك إذا انتهت المدة المتفق عليها دون أن يظهر الموعود له رغبته في التعاقد أو إذا أعلن الموعود له عدم رغبته في التعاقد سواء تم هذا الإعلان عند الموعد المحدد لإبداء الرغبة أو قبل ذلك.

وإذا امتنع الواعد عن المساهمة في إجراءات العقد النهائي جاز استصدار حكم ضده بثبوت العقد وقام حكم القاضي مقام العقد م/١٠٢ مدني مصري.

٧٨- التمييز بين الوعد بالتعاقد والإيجاب الملزم^(١):

ينفك الإيجاب الملزم مع الوعد بالتعاقد في أن العقد يتم إذا صادف الإيجاب قبول من جانب من وجه إليه الإيجاب أو صادف الوعد رغبة في التعاقد من جانب الموعود له. وإذا رجع الموجب عن إيجابه أو نكل الواعد عن وعده فإن هذا أو ذاك لا يمنع من تمام العقد إذا صدر قبول أو أيدبت الرغبة خلال المدة المحددة.

على أنهما يختلفان في أن الإيجاب الملزم تصرف من جانب واحد أساسه الإرادة المنفردة للموجب بينما الوعد بالتعاقد تصرف من جانبين أي هو عقد. وإذا مات من وجه إليه الإيجاب قبل القبول فلا تنتقل رخصة القبول إلى ورثته فيمتنع عليهم القبول، أما إذا مات الموعود له فإن حقه الذي كسبه من عقد الوعد ينتقل

(١) د. عبد الفتاح، مرجع سابق، ف ٨١، ص ١٧٥، د. الصده، مرجع سابق، ف ١٠٨، ص ١٣٦.

إلى ورثته فيستطيع هؤلاء أن يظهروا رغبته في التعاقد فيتم العقد الموعود به وذلك ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار فلا يتم العقد.

٧٩- الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي^(١):

اختلف الرأي في الفقه الإسلامي حول مدى إلزامية الوعد للواعد والمطالبة به فضاء من عدمه. فقد ذهب جمهور الفقه إلى أن الوفاء بالوعد غير ملزم فضاء لكنه يلزم ديناً. ويرى بعض المالكية أن الوعد ملزم ويقضى به، ولكنهم اختلفوا حول تحديد الوعد الملزم فضاء إلى ثلاثة أقوال:-

الأول: يرى أنه يقضى بالوعد مطلقاً^(٢).

والثاني: يقضى بالوعد إن كان على سبب وإن لم يدخل الموعود بسببه في شيء كتوك: أريد أن أنزوج أو أشتري كذا فاسلفني كذا، فقال نعم ثم بدا له أن يتزوج أو يشتري فإن ذلك يلزمه ويقضى عليه به.

والثالث: أنه يقضى بالوعد إن كان على سبب ودخل الموعود بسببه في شيء وهذا هو المشهور من الأئوال. ومثاله أن يعد شخص آخر بقرضه مبلغاً من المال ليعينه على الزواج ويقدم الموعود بالفعل على ذلك فيتزوج يلزمه ذلك ويقضى به.

ويعتقد أن سكوت المشرع اليمني عن تنظيم الوعد بالتعاقد مسلك غير سليم وخصوصاً في ظل الحاجة الداعية إليه نظراً لما يحققه في الواقع من فوائد عملية كثيرة للمتعاملين، ولذا نجد أن أغلب التشريعات العربية التي وضعت حديثاً في ضوء أحكام الفقه الإسلامي كالتقنين الأردني، والتقنين الكويتي والتقنين السوداني وتقنين الإمارات العربية قد قننت الوعد بالتعاقد وفقاً للرأي القائل بإلزامية الوعد فضاء، وأخذت هذه التشريعات بتصوير التقنين المدني المصري للوعد بالتعاقد والذي سار في هذا الصدد على نهج الشرائع الغربية ويرجع ذلك كما سبق إلى الرغبة في اعتماد وضع لتفضيه ضرورات التعامل في العصر الحديث^(٣).

(١) يراجع في هذا الموضوع التلخيص. محمد خاطر محمد، مرجع سابق، ص ٢١٥، د. الصدة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ف ٢١٢، ص ٣١٢.

(٢) وينسب هذا الرأي إلى الفقيه المالكي ابن شبرمة.

(٣) د. الصدة، المرجع السابق، ٥٢١٢، ص ٣١٦.

الفصل الثاني

العقودان

٨٠- تمهيد وتقسيم :

لابد- حتى ينشأ العقد- من وجود العاقدين اللذين تتوفر فيهما الإرادة أو التمييز وإلا كان العقد باطلاً. ويجب أن تتوفر فيهما شروط. فيجب - حتى يكون العقد صحيحاً - أن يكون كل منهما أصيلاً بنفسه أو تكون له صفة تسمح له بمباشرة العقد نيابة عن الأصل وإلا كان العقد موقوفاً، ويجب فصلاً عن ذلك أن يكون كل منهما أهلاً لمباشرة العقود.

وقد نص القانون المدني على شروط العاقدين في المادة (١٦٢) ونظم أحكام التعاقد بالنيابة في المواد (١٦٤-١٦٩) وعليه ندرس في هذا الفصل التعاقد بطريقة النيابة والأهلية في مبحثين.

المبحث الأول

التعاقد بطريق النيابة

٨١- تقسيم:

ندرس موضوع التعاقد بطريق النيابة في ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول التعريف بالنيابة وشروطها، ونتناول في المطلب الثاني آثار النيابة، وفي المطلب الثالث نتناول حكم تعاقد النائب مع نفسه.

المطلب الأول

التعريف بالنيابة وشروطها

٨٢- التعريف بالنيابة وأهميتها ومصدرها^(١):

النيابة في التعاقد هي حلول إرادة شخص يقال له النائب محل إرادة شخص آخر يقال له الأصل في إبرام تصرف قانوني معين تنصرف آثاره مباشرة إلى الأصل.

والخاصية البارزة للنيابة - في ضوء هذا التعريف - والمسلم بها في القوانين الحديثة هي أن آثار التصرف الذي يتولاه النائب تترتب مباشرة في ذمة الأصل دون أن يكون للنائب أية علاقة بها والتي ينفرد بها الأصل والغير الذي يتعاقد مع النائب. فالنائب يكون طرفاً في التصرف الذي أبرمه لكنه لا يكون طرفاً في العلاقة القانونية الناشئة من هذا التصرف^(٢).

ويحقق نظام النيابة فوائد عملية كبيرة، فهو يسمح بإقامة أشخاص يتوبون عن ناقصي الأهلية وعديميها فيحلون محلهم في إبرام التصرفات القانونية ثم إنه من شأنه أيضاً أن ييسر لأي شخص أن يبرم العقد بواسطة غيره حيث تمنعه ظروف خاصة من ذلك كبعده أو غيبته أو قلته تجربته أو كثرة أعماله.

والنيابة بحسب مصدرها إما قانونية أو اتفاقية (م/١٤ مدني). والنيابة القانونية هي تلك التي يبين أحكامها القانون. فالقانون يحدد فيها سلطات النائب فيبين التصرفات التي يجب عليه إجراؤها، وكذلك التصرفات التي لا يجوز له

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج ١، ف ٨٣، ص ٨٣، هامش ١، د. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ط ٨، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ف ٣، ص ٩-١٤، د. البدراري، مرجع سابق، ف ٧٠٠، ص ١٠٠، د. الصده، مرجع سابق، ف ١١٢، ص ١٣٩، د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف ٢٠٠، ص ٢٤٤.

(٢) تنص المادة (١٦ مدني) على أنه: (إذا أبرم الوكيل في حدود الوكالة عقداً باسم الأصل مضيقاً إليه فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق له أو عليه يتعلق بالأصل).

مباشرتها كما هو الحال بالنسبة إلى الولي والوصي والوكيل عن الغائب والسند يك والحارس للقضائي والفضولي والدائن الذي يستعمل حقوق مدنيته^(١). أما النيابة الاتفاقية فهي التي يكون مصدرها الاتفاق بين النائب والأصيل كما هو الحال بالنسبة إلى الوكيل حيث تتحدد سلطته بمقتضى عقد الوكالة^(٢).

٨٣- شروط التعاقد بطريق النيابة:

لا اعتبار التصرف قد تم بطريق النيابة يشترط فيه ثلاثة شروط:

الشروط الأولى: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل:

ينعقد التصرف الذي يتم بطريق النيابة بإرادة النائب نفسه لا بإرادة الأصيل. فالنائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فهو الأصيل الذي يبرم التصرف مع الغير ويرتب الآثار القانونية المتولدة عن هذا التصرف. وهذا ما يميز بين النائب والرسول الذي يقتصر دوره على نقل إرادة كل من الأصيل والغير، ولذلك فلا يشترط في الرسول التمييز.

ونلاحظ أن التعاقد عن طريق الرسول هو تعاقد بين خائنين أما التعاقد عن طريق النائب فهو تعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد^(٣).

^(١) فطى سبيل المثال يبين القرار بقانون رقم ٢٠ لسنة ٩٢ بشأن الأحوال الشخصية وبخلافه أحكام تصرفات الوصي التي يجريها لمصلحة القاصر، فالمادة (٢٧٠) تنص على أن تصرفات الوصي موقوفة على إذن من القاضي إذا كان يخشى منها الضرر، وقامت قرأتين على ذلك، أما إذا ثبت الضرر فإن الوصاية تظل، وتبين المادة (٢٧١) متى يجوز للقاضي تعيين وصي آخر فتمطيه هذا الحق إذا رأى من الوصي ما يهدد مصلحة القاصر أو اكتشف عند محاسبته خيانة، وتحظر المادة (٢٨٣) على الوصي أن يتبرع من مال القاصر إلا فيما جرى عليه العرف كونه تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس أو الموت، ولا تجوز المادة (٢٨٥) للوصي تأجير مال القاصر لأكثر من ثلاث سنين أو يأنقل من أجل المثل.

^(٢) الوكالة عقد بين الوكيل والموكل بما يدل على التراضي، ولا يشترط قيامها شكل معين حتى لو كان موضوعها تصرفاً شكلياً، وهذا على العكس مما هو عليه الحال في القانون المدني المصري الذي يشترط قيامها توقفاً شكلياً إذا كان موضوعها عملاً قانونياً يستلزم القانون فيه شكلاً معيناً كالرهن الرسمي مثلاً الذي يستلزم القانون لانعقاده أن يفرغ في ورقة رسمية (م/١٠٣١ مدني مصري).

^(٣) د. البرلاوي، مرجع سابق، ف، ص ١٠٣.

ويترتب على هذا الشرط أن العبرة بالنسبة لشرط الأهلية وصحة الرضا وحسن النية وتطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف هي بشخص النائب لا بشخص الأصل^(١).

فأهلية النائب تكون محل اعتبار عند إبرام التصرف. غير أنه يميز هنا بين النائب القانوني والنائب الاتفاقي، ففي النيابة القانونية لا بد أن يكون النائب كامل الأهلية، أما الأصل فيكون فيها إما عديم الأهلية أو ناقصها، ذلك لأن القانون هو الذي يضفي على النائب صفته. وفي النيابة الاتفاقية يكفي أن يكون النائب مميزاً أما الأصل فلا بد أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف المراد إبرامه على الأقل وقت إبرام التصرف محل النيابة^(٢).

وشرط صحة الرضا مطلوب في النائب، فإذا كان هذا النائب قد أبرم عقداً ووقع في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه، كان العقد قابلاً للإبطال بناء على طلب النائب الذي وقع في الغلط. فلو أن النائب اشترى مثلاً خاتماً على أنه من الياقوت فإذا هو من الزجاج، استطاع هذا النائب دون الأصل أن يطلب فسخ العقد لوقوعه في غلط في صفة جوهرية في الشيء محل العقد، كذلك يعتد بالنائب الصادر من النائب حيث تصبح إرادة من تعاقده معه معيبة.

وحسن النية مطلوب في النائب أيضاً. فإذا كان النائب قد تعاقده مع شخص معسر وكان موضوع التعاقد معلومة كالبيع والإيجار مثلاً، فلا يستطيع دائن من تعاقده مع النائب الطعن بالدعوى البوصلية إذا كان النائب حسن النية أي لا يعلم بإعسار المدين المتعاقد معه.

وأخيراً فإن شرط تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف مطلوب كذلك في شخص النائب. فإذا كان النائب قد تعاقده مثلاً بصفتة مشتركاً فيلزم لصحة البيع

^(١) تنص المادة (١٦٥ مئتي) على أنه: ((إذا تم العقد بطريق النيابة عن الغير كان شخص الوكيل لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في شروط العقد أو في أثر العلم بالظروف الخاصة أو افتراض العلم بها...)).

^(٢) د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف ٢٠٤، ص ٢٤٥، وفي هذا تنص المادة (٩٠٧ مئتي) على أنه: ((يشترط في الموكل أن يكون أهلاً للتصرف فيما وكل فيه ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً فلا يصح للجنون ولا للصبي غير المميز أن يوكل غيره ولا يصح لغيره أن يوكله ولا يصح للتصبي المميز ومن في حكمه أن يوكل غيره فيما يضره ويصح له أن يوكل غيره فيما هو نافع له مطلقاً وفيما يدور بين النفع والضرر يبان من وليه أو وصيه)).

أن يكون النائب عالماً بالمبيع علماً كافياً وإلا كان له طلب إبطال البيع. وهذا العلم لا يشترط في الأصل.

لكن قد يتصرف النائب في حدود تعليمات تصدر له من الأصل، وفي هذه الحالة لا يجوز للأصيل أن يتمسك بطرف كان يعلمها هو دون النائب. فإذا طلب الأصيل من النائب شراء منزل مثلاً يحدده الأصيل ويحدد ثمنه أيضاً وكان بالمنزل عيب يعلم به الأصيل دون النائب، لم يكن للأصيل أن يتمسك بحسن نية النائب وعدم علمه بالعيب أما إذا كان الأصيل لا يعلم بالعيب فإنه يستطيع التمسك بعدم العلم بهذا العيب^(١).

الشروط الثاني: أن يجري النائب التصرف باسم ولحساب الأصيل:

يجب أولاً أن تتجه إرادة النائب إلى التعاقد باسم ولحساب الأصيل (م/١٦٦) وهذه النية يفصح عنها النائب إما صراحة أو ضمناً كما في حالة المستخدم في محل تجاري مثلاً.

ويجب ثانياً أن تتجه إرادة المتعاقد مع النائب إلى التعاقد مع النائب بصفته نائباً لا أصيلاً. فإذا تعاقد النائب بهذه الصفة ولكن المتعاقد معه تعاقد باعتباره أصيلاً لا نائباً لا تقوم النيابة ولا يتم العقد، لأنه حينئذ لا يتم توافق الإرادتين بالنسبة إلى شخص المتعاقد الذي تتصرف إليه آثار العقد^(٢).

وإذا تصرف النائب باسمه ولحساب الأصيل دون علم الغير المتعاقد معه بصفته الحقيقية فإن أثر التصرف لا يترتب في ذمة الأصيل مباشرة بل في ذمة النائب، والحقيقة فإن أثر التصرف لا يرجع على النائب ليطالبه بنقل ما اكتسبه إليه من العقد الذي

(١) تنص المادة (١٦٥ مئني) في نهايتها على أنه: ((... فإذا تصرف الوكيل في حدود تعليمات صدرت له من موكله فليس للموكل أن يذاع في ظروف كان يعلمها هو دون الوكيل)).

(٢) تنص المادة (١٦٧ مئني) على أنه: ((إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن غيره فإن أثر العقد لا يتعلق بالأصيل إلا إذا كان من تعاقد معه يعلم بأنه نائب عن غيره أو كان يستوفي عنه أنه يتعامل مع الأصيل أو النائب)).

أبرمه مع الغير ويقوم الأصليل بتعويض النائب عما أنفقه في سبيل إبرام هذا العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه^(١).

وهذا يحدث في بعض الحالات التي لا يريد فيها الأصليل إظهار اسمه فيتعاقد النائب باسمه لحساب الأصليل، وهو ما يعرف بالتعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار وما يعرف كذلك بالوكيل بالعمولة^(٢).

على أنه توجد حالتان ينصرف فيهما أثر العقد إلى الأصليل مباشرة على الرغم من عدم إعلان النائب عن صفته للآخر، وهاتان الحالتان نصت عليهما المادة (٦٧ مدني) في شطرها الأخير.

الحالة الأولى: إذا كان من المفروض حتماً أن الغير المتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة. فمن يدخل محلاً تجارياً فيشتري من المستخدم سلعة معينة يفترض في المشتري علمه بنياية المستخدم عن صاحب المحل التجاري، وحينئذ ينصرف أثر التصرف إلى الأصليل.

والحالة الثانية: إذا كان يشتري عند الغير المتعاقد مع النائب أن يتعاقد مع الأصليل أو النائب. فصاحب المحل التجاري الذي يبيع آلة يضمناها مدة معينة يستوي لديه أن يكون المشتري للآلة أصيلاً أو نائباً، ومن ثم يستفيد الأصليل من هذا الضمان ولو لم يخبر النائب البائع عن صفته عند الشراء^(٣).

الشرط الثالث: ألا يتجاوز النائب حدود نيابته:

يجب على النائب أن يتصرف في حدود نيابته المخولة له سواء أكانت النيابة قانونية أم اتفاقية. فإذا تجاوز النائب هذه الحدود فإن تصرفه يكون موقوفاً على إجازة الأصليل أو القاضي إذا كانت النيابة عن قاصر ومن في حكمه لأن النائب في تجاوزه لحدود النيابة يعد فوضوياً م/ ٩٣٧ مدني.

(١) غني، مرجع سابق، ف٨٦، ص١٢٢، د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ف٩١، ص٢٢٣-٢٣١.

(٢) ومثال حالة التسخير المحامي الذي يشتري أرضاً مقترناً حوالها أمام المحكمة التي يترافع أمامها وذلك باسم مستعار أي عن طريق شخص يشتري الأرض باسمه هو ولكن لحساب المحامي. والوكيل بالعمولة يقوم بالبرام العقود لحساب موكله لكنه يبرمها باسمه وتتصرف آثارها إليه هو لا إلى موكله.

(٣) وقد ورد تطبيقاً لهما في المادة (١٢٧) نص المادة (٩٨ مدني) الواردة في احكام الوكالة حيث تنص على أنه: (إذا لم يصرح الوكيل في التصرفات التي يجوز له إضاقتها إلى نفسه، وهي البيع والإجارة والصلح بآل ياضافتها إلى الموكل فإن الحقوق التي تنشأ عنها ترجع إلى الوكيل...).

وتجاوز النائب لحدود نيابته يتحقق في حالتين ، عندما يتجاوز حدود السسلطة الممنوحة له ، وعندما تنتهي سلطته في النيابة ويلتشر مع ذلك تصرفاً معيناً.

وللمتعاقب مع النائب عندما يتجاوز النائب حدود نيابته أن يرجع على النائب بالتعويض إذا كان قد أصابه ضرر من جراء عدم نفاذ التصرف في حق الأصل وكان حسن النية لا يعلم بتجاوز النائب حدود نيابته لأن التصرف في هذه الحالة لا يلزم النائب لأنه لم يقصد أن يلزم نفسه به، فيقتصر الأمر على التعويض^(١). فالقرض أن النائب قد تعاقب باسم الأصل

على أنه إذا أجاز الأصل تصرف النائب الذي تجاوز به حدود النيابة كان للإجازة أثر رجعي حيث ينتج العقد أثره في حق الأصل من وقت إبرامه لا من وقت الإجازة وهذا الأثر الرجعي مقصور على العلاقة بين الأصل والمتعاقب الآخر ولا يمتداهما إلى أي شخص آخر يكون قد تلقى من الأصل قبل الإجازة حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي للإجازة . فإذا تعاقب النائب متجاوزاً حدود نيابته على بيع منقول يملكه الأصل وقبل أن يجيز الأصل ذلك البيع باع هو المنقول إلى شخص آخر من الغير أو أنشأ له حقاً عليه ثم أجاز الأصل البيع السابق صدوره من نائبه فإن هذه الإجازة لا تؤثر في حق المشتري من الأصل ، وإذا كانت العين عقراً فإن التفاضل يكون بالأسبقية في التسجيل أو القيد^(٢)

على أنه يرد على هذا الشرط استثناء مضمونه نفاذ تصرف النائب في مواجهة الأصل على الرغم من تجاوز النائب لحدود نيابته. هذا الاستثناء أورده القانون المدني اليمني في المادة ١٦٨ وأورد له تطبيقاً في نص المادة ٩٣٦ مدني.

فقد أجاز القانون في المادة ١٦٨ مدني انصراف أثر العقد إلى الأصل استثناء إذا كان النائب ومن تعاقب معه بجهلان وقت إبرام العقد انتهاء النيابة وتطبيقاً لما ورد في هذه المادة من استثناء قضت المادة ٩٣٦ الواردة في الوكالة بأنه لا أثر لإبعاد الأصل النائب قبل العلم بالإبعاد وهذا يعني أنه إذا صدر

(١) د. البدرلوي، ف٧٩-٧٧، ص١٠٦-١١٠.

(٢) أي تسجيل الإجازة الصادرة من الأصل للبيع الصادر من نائبه متجاوزاً حدود النيابة أو تسجيل العقد الصادر من الأصل نفسه أو قيده.

تصرف من النائب في الوقت الذي صدر فيه إلغاء الوكالة فإنه لا عبرة بهذا التصرف وينفذ التصرف في مواجهة الأصل ما دام النائب ومن تعتقد معه بجهلان الإلغاء وينفذ التصرف في مواجهة الأصل ما دام النائب ومن تعتقد معه بجهلان صدور إلغاء الوكالة .

على أنه إذا كان سبب انتهاء النيابة هو موت الأصل فإن المادة ١٦٨ تشترط إجازة الورثة لتصرف النائب الذي صدر منه وهو يجهل موت الأصل وقت إبرامه للتصرف فهذه المادة تنص على أنه " إذا كان النائب ومن تعتقد معه بجهلان معا وقت إبرام العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد يتعلق بالأصل أو خلفائه إذا أجازوه " . وهذا الحكم الوارد في هذه المادة على خلاف الحكم الذي ورد في القانون المدني المصري الذي يجعل التصرف في هذه الحالة نافذاً في مواجهة الورثة^(١)

ويورد القانون المدني المصري استثناء آخر لم ينص عليه القانون المدني اليمني وإن كان يمكن الأخذ به في ظله وفقاً للقواعد العامة. هذا الاستثناء يرجع إلى فكرة الفضالة. فإذا كان التصرف الصادر من النائب نافعاً للأصل فله الخروج على حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يوجب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف م/ ٧٠٣ مدني مصري.

^(١) تنص المادة ١٠٧ مدني مصري على أنه " إذا كان النائب ومن تعتقد معه بجهلان معا وقت التماقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا أو إلزاما يضاف إلى الأصل أو خلفائه " وهذه المادة والمادة ١٦٨ مدني يعني تطبيق سواء أكانت النيابة قلبية أم اتفاقية .

المطلب الثاني

آثار النيابة

يترتب على إبرام العقد بطريق النيابة آثار معينة، منها ما يتعلق بالأصيل، ومنها ما يتعلق بالمتعاقّد مع النائب، ومنها أخيراً ما يتعلق بالنائب.

أو لا: آثار النيابة بالنسبة للأصيل:

يتجلى الأثر الجوهرى للنيابة بالنسبة للأصيل في انصراف أثر التصرف الذي أبرمه النائب إلى الأصيل فيصبح دانئاً أو مدنياً بكل ما ينشئه التصرف من حقوق والتزامات دون أن تمر بذمة النائب. فإذا اشترى النائب مثلاً سيارة باسم الأصيل انتقلت ملكية السيارة مباشرة إلى الأصيل دونما حاجة لاتخاذ أي إجراء من قبل النائب لنقل الملكية، ويستطيع الأصيل أن يطالب المتعاقد مع النائب وهو البائع بتسليم السيارة بدعوى مباشرة. ولذلك فالعبرة بشخص الأصيل لا بشخص النائب فيما يتعلق بأهلية الوجوب أي بالصلاحيّة لاكتساب الحق الذي يرثيه العقد، وفي تحديد طبيعة العقد المدنية أو التجارية، وفيما إذا كان محظوراً عليه إبرام التصرف بنص القانون لصفة تتعلق به كما لو كان قاضياً لا يجوز له أن يشتري الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها فإن التصرف الذي يبرمه النائب يقع باطلاً^(١).

ثانياً: آثار النيابة بالنسبة للغير:

يسأل الغير عن تنفيذ التصرف الذي أجراه النائب في مواجهة الأصيل بما يحويه هذا التصرف من حقوق والتزامات. وله مطالبة الأصيل بكل ما ينشأ عن التصرف من حقوق لصالحه، ولا يكون له الرجوع على النائب الذي تعاقّد معه، إلا أن يكون النائب قد كفل الأصيل في تنفيذ التزام ناشئ من العقد، كما أن له الرجوع عليه إذا صدر منه خطأ في حقه أثناء التعاقد على أساس المسئولية التقصيرية^(٢).

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف ١٢٣، ص ١٥٣.
(٢) د. البيراوي، مرجع سابق، ف ٨٣، ص ١١٢.

ثالثاً: آثار النيابة بالنسبة للنائب:

ينتهي دور النائب عند إتمام التصرف، وبالتالي فلا يكون مسئولاً من هذه اللحظة لا قبل الغير ولا قبل الأصيل عن الوفاء بالالتزامات المترتبة على التصرف، وذلك لانصراف آثاره مباشرة إلى الأصيل والغير. فلا يسأل أمام الغير إذا لم يتم الأصيل بالوفاء بأي التزام ناشئ عن التصرف ما لم يكفل النائب تنفيذ التزامات الأصيل.

المطلب الثالث

تعاقد النائب مع نفسه

يثار تساؤل عن مدى جواز تعاقد النائب مع نفسه، ويتحقق هذا في صورتين، الأولى: أن يتعاقد النائب مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، كوكيل يشتري لنفسه الشيء الذي وكل في بيعه، أو كولي على قاصر يشتري مال القاصر لنفسه، والثانية: أن يتعاقد النائب مع نفسه باعتباره نائباً عن طرفي العقد كولي عن قاصرين أو وكيل عن موكلين يبرم العقد بينهما بصفته.

وقد اختلفت القوانين في موقفها من هذه المسألة^(١)، فمنها ما يمنع في الأصل هذا النوع من التعاقد إلا في بعض الحالات، ومنها ما يجيزه إلا في بعض الحالات يكون فيها التعاقد مع النفس ممنوعاً.

وقد سلك القانون المدني اليمني مسلك تلك القوانين التي منعت التعاقد مع النفس في صورته كأصل عام وأجازته في حالات خاصة.

فالمادة (١٦٩) تنص على أنه: ((لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه لنفسه باسم باسم من يتوب عنه إلا فيما يجيزه القانون، أما إذا كان التعاقد مع نفسه باسم

(١) ومرجع هذا الخلاف ما يشير إليه الفقه من اعتراض على تعاقد النائب مع نفسه من الناحيتين الفنية والمالية، فمن الناحية الفنية قيل إن العقد يستلزم وجود الرأيتين صلاتين من طرفين يصدر كل منهما تعبيراً خاصاً عن إرادته، وهذا غير متحقق هنا إذ لا يوجد إلا شخص واحد ذو إرادة واحدة، ومن الناحية المالية قيل إن العقد يترض وجود مصلحتين متعارضتين، ففي الصورة الأولى للتعاقد مع النفس يؤدي إلى تعارض مصلحة النائب مع مصلحة من يتوب عنه ويميل بالطبع إلى تفضيل مصلحته هو، وفي الصورة الثانية لا يستطيع النائب أن يوفق بين المصلحتين المتعارضتين فيفضل أحدهما على الأخرى. د. البراوي، مرجع سابق، ص ٨٥، ص ١١٤.

من يثوب عنه لشخص آخر مضافاً إليه فيجوز بإذن خاص من الأصلين)) ، وقد ورد تطبيقاً لما ورد في هذه المادة نص المادة (٤٦٥ مدني) الواردة في عقد البيع وهي تحظر على الوصي بيع ماله للمشمول بوصايته وشراء مال المشمول بوصايته لنفسه إلا بإذن القاضي^(١).

فهذه هي القاعدة في القانون المدني اليمني وبترتب على مخالفتها عدم نفاذ العقد في حق الأصل تأسيساً على أن النائب قد جاوز حدود نيابته.

على أن القانون المدني اليمني استثنى من هذه القاعدة بعض الحالات أجاز فيها تعاقب النائب مع نفسه، وهذه الحالات هي :

١- إذا وجد نص في القانون يجيز ذلك، وعلى سبيل المثال فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية اليمني في المواد (٢٠، ٢١، ١٧٢، ١٧٩) تعاقب النائب مع نفسه^(٢).

٢- إذا أذن الأصل أو من يقوم مقامه في ذلك . فالمنع مقصود به رعاية مصلحة الأصل ، ولهذا كان له أن يقر العقد بعد إبرامه ، وكان له أيضاً أن يأذن به مقدماً . والإذن يصدر من الأصل أو من يقوم مقامه في بعض الحالات كاللمحكمة حين ترخص للوصي أن يوزر مال القاصر لنفسه ، وحين تأذن للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو أن يقترض مال القاصر .

(١) تنص هذه المادة على أنه: ((لا يصح للوصي المنصوب بيع ماله للمشمول بوصايته وشراء مال المشمول بوصايته لنفسه إلا بإذن القاضي)).

(٢) فالمادة ٢٠ تنص على أنه: ((يصح أن يتولى عقد الزواج عن طريقه شخص واحد ينطق بصيغة الإيجاب والقبول في مجلس العقد)) وتنص المادة ٢١ على أنه: ((... ويجوز للوكيل أن يزوج نفسه بمن وكل يتردحها...)). وتجيز المادة ١٧٢ الواردة في عقد الهيئة قبول الولي أو الوصي الهيئة نيابة عن الصغير إذا كان الوأهب هو الولي أو الوصي حيث يتم الإيجاب والقبول في هذه الحالة بصيغة واحدة، كما تجيز المادة ١٧٩ لمن له الولاية على المساجد وجهات البر وغيرها أن يقبل الهيئة عنها وهو ما يعني جواز قبول الهيئة إذا كانت صادرة منه هو.

وفي المادة ٤٦٤ مدني أجاز القانون للوالد بيعه لولده المشمول بوليته وبيعه مال أحد الوالدين الآخر ولكنه اشترط لصحة هذا البيع قبول المنصوب عن القاضي الذي يقبل البيع عن الصغير مما أفرغ هذا الجواز من مضمونه وبالتالي لا يلزم باعتباره ما ورد في هذه المادة استثناءً حقيقياً على قاعدة المنع من تعاقب النائب مع نفسه فهذه المادة تنص على أنه: ((يصح بيع الوالد لولده المشمول بوليته وبيعه مال أحد الوالدين للآخر بشرط القبول من منصوب القاضي الذي يقبل البيع عن الصغير ثم يسلمه بعد ذلك لوالده ليحفظه لولده، ويشترط أن لا يكون البيع منطوياً على حياة...)).

٣- ما تقضى به قواعد التجارة . من ذلك مثلاً جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طريقه معاً وفقاً لقواعد القانون التجاري .

المبحث الثاني

أهلية التعاقد

٨٤- تقسيم : وندرس أهلية التعاقد في مطلبين. ندرس في المطلب الأول مضمون أهلية التعاقد، وفي المطلب الثاني ندرس عوارض هذه الأهلية.

المطلب الأول

مضمون أهلية التعاقد

٨٥- تعريف أهلية التعاقد وتمييزها عن أهلية الوجوب:
أهلية التعاقد (أهلية الأداء) هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً^(١). وتنسب لراستنا هنا على هذه الأهلية لأنها تقوم على مدى ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية، وهي التي ينصرف لفظ الأهلية عند إطلاقها إليها^(٢).

وتتميز أهلية التعاقد عن أهلية الوجوب في أن هذه الأخيرة هي مجرد صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق له وصلاحيته لتحمل بالواجبات^(٣). وهذه

^(١) تنص المادة ٥٠ مدني على أن: ((رسم الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متنعاً بقواه العقلية رشيحاً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها)).

^(٢) د. الصده، مرجع سابق، ص ١٢٩، ص ١٢٥، د. البيراوي، ص ١٨٠، د. محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ص ١١٨، ص ١٥٨.

^(٣) تنص المادة ٩٤ مدني على أن: ((الأهلية نواعين: ١- أهلية وجوب الحقوق الشرعية للشخص وعلية تثبت له عند ولادته. ٢- أهلية أداء بقتضهاها يبشّر الإنسان حقوقه المدنية وتكون له طبقاً للأحكام المبينة في المواد التالية)).

الأهلية على درجتين أهلية وجوب ناقصة وثبتت للجنين في بطن أمه حتى يولداً. وضابطها أن كل حق لا يحتاج إلى قبول يكفي فيه أهلية وجوب ناقصة كحقه في الإرث، حيث يفرز له أوفر النصيبين، وثبتت له الوصية، والوقف، وثبتت له نسبه إلى أبيه.

وأهلية وجوب كاملة، وثبتت للشخص منذ ولادته وحتى موته، ويطلق على أهلية الوجوب الكاملة اصطلاح الشخصية القانونية.

فبمجرد ولادة الإنسان حياً يكون صالحاً لأن تنقرر له الحقوق ولأن يتحمل بالالتزامات، وأهلية الوجوب يتساوى فيها الناس جميعاً وذلك لأن الناس كقاعدة عامة متساوون في التمتع بالحقوق^(١). وفي ضوء ماسبق فإن الأهلية الوجوب مناطها الحياة لأنها تثبت للشخص منذ ولادته وحتى مماته.

على أن التمتع بالحقوق وقابلية الشخص للتحمل بالالتزامات شيء، وقدرة الشخص على القيام بالبرام التصرفات التي تتولد منها تلك الحقوق وهذه الالتزامات شيء آخر، فالشخص بمجرد ولادته تثبت له الحقوق والالتزامات عليه ولكنه لا يستطيع أن يباشر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه فهو غير أهل لمباشرة هذه التصرفات وإنما يباشرها عنه وليه أو وصيه. وتلك الفترة على مباشرة التصرفات القانونية هي التي تسمى بأهلية الأداء، وهذه الأهلية تتأثر كقاعدة عامة بسن الشخص ودرجة تمييزه.

وعليه فمناط أهلية الأداء هو التمييز أي الإدراك، فالشخص لا يكون أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية إلا إذا توفرت لديه الإرادة لفهم ماهية التصرف وتناجه^(٢).

ويترتب على ذلك أن الشخص إذا كان فاقد التمييز تماماً كان معدوم الأهلية، وإذا كان غير مستكمل التمييز يكون ناقص الأهلية وهو لا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل عناصر التمييز والتقدير.

^(١) البدرائي، مرجع سابق، ق ٨٧، ص ١١٧، د. الصدة، ق ١٢٩، ص ١٦٠.

^(٢) البدرائي، المرجع السابق، ق ٩٠، ص ١٢١.

٨٦- تدرج الأهلية بحسب السن^(١):

تقسم حياة الإنسان بالنسبة إلى الأهلية إلى ثلاثة أدوار:

الدور الأول: يبدأ من وقت الولادة إلى ما قبل بلوغ سن التمييز بيوم، وفيه يكون الشخص غير مميز لضعف بنيته وقصور عقله وبالتالي فلا تكون له أهلية أداء مطلقاً^(٢).

وعليه تكون جميع تصرفاته باطلة حتى لو كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة^(٣). وتكون الولاية على ماله للولي الأب أو الجد الصحيح أو الوصي وهو كل ما عدا هذين.

فالتصرفات النافعة بياشرها الولي أو الوصي، والتصرفات الضارة لا يجوز لهما مباشرتها إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي، على أن تأذن به المحكمة. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيختلف حكمها بحسب نوع التصرف والشخص صاحب الولاية.

فأعمال الإدارة يجوز للولي أن يباشرها كقاعدة عامة باستثناء أنه لا يجوز له بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بالكثير من سنة، وأعمال التصرف تكون ولاية الأب في شأنها أو سجع من ولاية الجد ذلك لأن القاعدة بالنسبة للأب أن له ولاية التصرف في أموال القاصر أما الجد فالقاعدة أنه لا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر.

وبالنسبة للوصي الأصل أنه يملك القيام بأعمال الإدارة، ويستثنى من ذلك أنه يتعين عليه الحصول على إذن المحكمة في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنين^(٤). أما أعمال التصرف فلا يملكها الوصي إلا في حدود ضيقة جداً، إذ أن أغلب التصرفات لا يجوز مباشرتها من قبل الوصي إلا بإذن المحكمة^(٥).

(١) د. البدر اوي، مرجع سابق، ف٩، ص١٢٤، د. الصدده، مرجع سابق، ف١٣٧-١٤٠، ص١٦٧-١٧٣.
(٢) تنص المادة ٥١ مني على أن: (رسم التمييز عشر سنين كاملة إذا بلغها الشخص كان ناقص الأهلية وتكون له أهلية الصبي المميز... ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجتازاً أو متوقفاً يكون ناقص الأهلية).
(٣) تنص المادة ٦٠ مني في شطرها الأول على أن: ((تصرف فقد الأهلية غير صحيح...)).
(٤) تنص المادة ٢٨٥ أحوال شخصية على أن: ((لا يجوز للوصي تأجير أموال القاصر لأكثر من ثلاث سنين)).

(٥) تنص المادة ٢٨٤ على أن: ((الوصي التصرف فيما فيه مصلحة القاصر أو كان لازماً لإدارة المال الذي في يده ولا يصبح التصرف في غير ذلك إلا بإذن المحكمة)).

الدور الثاني: ويبدأ من سن التمييز وهي عشر سنين إلى ما قبل بلوغ سن الرشد بيوم ويكون الشخص فيه مميزاً م/٥١، م/٦٠ مدني.

ويقصد بكونه مميزاً أنه قد توفرت له بعض أسباب التمييز فهو لا يزال ناقص العقل، ولذلك يكون ناقص الأهلية، فله أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً إذ تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة لها، وليس له أن يباشر التصرفات الضارة إذ يكون عديم الأهلية بالنسبة لها فإن باشرها وقعت باطله، كما لا يستطيع أن يباشرها عنه الولي أو الوصي إلا في الحدود التي بينها القانون (م/٦٠ مدني). أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيكون له بالنسبة لها أهلية أداء ناقصة إذ هو لا يملك أن يباشرها وإنما يتولى عنه الولي أو الوصي في الحدود التي بينها القانون فإذا قام بها الصغير بنفسه فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فإن أجازها نفذت وإلا اعتبرت كأن لم تكن^(١).

الدور الثالث: ويبدأ من سن الرشد وحتى الموت. وسن الرشد كما حددها القانون المدني اليمني خمس عشرة سنة^(٢). وفي هذا الدور يكون الشخص بالغاً رشيداً وذلك ما لم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار أو الولاية أو الوصاية عليه، فتكون له أهلية أداء كاملة يستطيع مباشرة جميع التصرفات القانونية، أما إذا حكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار أو الولاية أو الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية فإنه يظل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض الذي أصابه.

^(١) تنص المادة ٦٠ مدني في شرطها الأخير على أنه: (...) ولولي ناقص الأهلية أو وصيه أن ينتظر في تصرفه إن كان يعرض له رده أو إجازته بما تقتضي به مصلحته وإن كان يغير عوض تعيين على الولي أو الوصي رده ليطالته).

^(٢) تنص المادة ٥٠ مدني على أن: ((سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متقدماً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها، ويجوز أن تقتصر القوانين الخاصة سنّاً أعلى بحق للشخص بموجبها ملزمة أية حقوق أخرى أو التمتع بها)).

المطلب الثاني

عوارض الأهلية

٨٧- عوارض الأهلية وموانعها:-

عوارض الأهلية أمور تطرأ على الشخص فتؤثر على التمييز عنده، وبالتالي على أهليته، وقد تطرأ هذه العوارض على الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدي إلى الحكم باستمرار الولاية أو الرصاية عليه^(١).

وقد تطرأ عليه بعد بلوغه سن الرشد رشيدياً فتؤدي إلى فقدان الشخص لأهليته أو إلى انتقاصها، وهذه العوارض إما عاهات تصيب العقل وهي الجنون والعتة، وأما أمور تفسد التدبير فقط وهي السفه والغفلة وفي هذه الحالة لابد من صدور حكم بالحجر على من أصيب بعارض من هذه العوارض^(٢).

أما موانع الأهلية فظروف لا تؤثر في أهلية الشخص وإنما تمنعه فقط من مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من المتعذر عليه الانفراد بمباشرتها، وهذه الموانع ثلاثة موانع طبيعي يمثل في وجود عاهة مزوجة لدى الشخص أو ضعف جسماني شديد، وموانع ملاي يمثل في الغيبة، وموانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية^(٣)، حيث يترتب في بعض العقوبات الجنائية عقوبة تبعية هي منع المحكوم عليه من التصرف في أمواله أو إدارتها إلا باذن من المحكمة المختصة. وقد نص القانون المدني اليمني على المانع الطبيعي فقط في المادة (٥٤).

وندرس أهم عوارض الأهلية وموانعها كما وردت في القانون المدني اليمني، وهي الجنون والعتة والسفه وذو العاهة والعجز الجسماني الشديد.

٨٨- أولا: الجنون والعتة^(٤):-

(١) تنص المادة ٥٧ مدني على أنه: ((الاحتياج الحجر إلى حكم في الأحوال الآتية:- ١- على الصغير حتى يبلغ رشيدياً. ٢- على الصغير إذا بلغ مجنوناً أو معوقاً أو سفهاً)).

(٢) تنص المادة ٥٨ مدني على أنه: ((يلزم الحكم بالحجر من محكمة موطن المحور عليه في الأحوال الآتية: ١- الجنون الطارئ بعد الرشد ٢- السفه الطارئ بعد الرشد...)).

(٣) د. الصده، مرجع سابق، ف ١٤١، ١٤٦، ١٧٤، ١٧٨.

(٤) د. محمد الشامي، مرجع سابق، ف ٢٢، ١٢٣، ص ١٢٣، د. الصده، مرجع سابق، ف ٢٤، ١، ص ١٧٥.

الجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، وبالتالي فاقد الأهلية، والعته نوع من الجنون لكنه جنون هادئ.

وقد سلاوى المشرع اليمني في الحكم بين الجنون والعته من حيث أنهما يؤديان إلى فقدان العقل، فالمادة ٥١ مدني تنص في نهايتها على أنه: **((...ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنوناً أو معتوهاً يكون فاقد الأهلية)).**

ويقضي القانون المدني في المادة ٥٨ بأن الصغير إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً فستمر الأهلية عليهما ولا يحتاج الحجر عليهما إلى الحكم من القاضي.

على أنه إذا بلغ الشخص سن الرشد رشيداً ثم طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك فإنه لا بد من الحكم عليه بالحجر ويعين له القاضي الذي أصدر الحكم منصوباً، وأن أي تصرف يصدر من المجنون أو المعتوه بعد الحكم بالحجر عليه يكون باطلاً، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٥٨ مدني والمادة ٦٠ مدني.

على أن المشرع لم يبين حكم تصرفات الشخص الذي طرأ عليه الجنون بعد أن كان عاقلاً قبل الحكم بالحجر عليه خصوصاً في الحالة التي لا تكون فيها حالة الجنون ظاهرة^(١). لكنه جعل تصرفات المجنون المحجور عليه صحيحة في المادة ٦٧ إذا صدرت منه بعد إفاقته وقبل الحكم برفع الحجر عليه.

٨٩- ثانياً: السفه :-

السفه خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف مقضى العقل والشرع، وقد عرفه القانون المدني في المادة (٦٣) بأنه:

((تنذير المال على خلاف ما يقضي به العقل والشرع...)) وأمثلة: الإدمان على المقامرة، واتباع الهوى، والإسراف في التبرعات.

وقد بين القانون المدني حكم تصرفات السفه، فإذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد سفهياً استمرت الأهلية عليه أو الرصاية وبدون حاجة إلى حكم بذلك (م/٥٦ مدني). أما إذا طرأ السفه على الشخص بعد أن بلغ سن الرشد رشيداً فهذا

(١) يميز الفقه الإسلامي بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث تكون تصرفاته في الحالة الأولى باطلة في كل الأوقات ومسححة في الحالة الثانية وقت إفاقته وباطلة وقت جنونه راجع في هذا الموضوع د. محمد الشامي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

لا بد من الحكم بالحجر عليه (م/٥٨ مدني)، ويأخذ السفينة بعد الحكم بالحجر عليه حكم الصبي المميز (م/٦٣ مدني) فيما عدا إقراره فيما لا يتعلق بمال فيصبح منه كما لو أقر بطلاق زوجته أو بمراجعتها ويصح منه أيضاً تصرفه المضاف إلى ما بعد الموت كالوصية (م/٦٥).

٩- ثالثاً: ذو العاهة أو العجز الجسماني^(١):

نو العاهة أو العجز الجسماني هو الشخص الذي يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً سليماً أو يخشى عليه من عدم قدرته على الانفراد بمباشرة التصرف بسبب ما به من عاهة أو عجز جسماني شديد فيعين القاضي له مساعداً قضائياً يشركه معه في إبرام التصرفات القانونية.

فالمادة (٥٤) مدني تنص على أن: ((على محكمة موطن الأخرس أو من كان ذا عاهة تعوقه عن مباشرة حقوقه بطريقة طبيعية إذا لم يكن له ولي أن يعين له مساعداً يعاونه في ذلك ويوقع معه على ما يصدر منه من تصرفات ولا يجوز للمساعد أن يباشر بمفرده شيئاً خاصاً بمن يساعده)).

فاللص يوجب على القاضي تعيين مساعد قضائي على خلاف الحال في القانون المدني السابق حيث كان الأمر جوازياً للقاضي. فمادام توفرت شروط المساعدة وهي وجود عاهة تعوق الشخص عن مباشرة حقوقه وجب تعيين مساعد قضائي ليشترك مع من تقرر مساعدته في إبرام التصرفات وهذا هو الحكم ذاته في القانون المدني المصري في المادة (١١٧).

والواقع أن ذا العاهة هو شخص كامل الأهلية، لكن يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً سليماً أو يخشى من عدم قدرته على الأفراد بمباشرة التصرف ولهذا كان الأصل في مهمة المساعد أن يعاون ذا العاهة بالاشتراك معه في إبرام التصرفات، ولا ندرى ما الحكمة من اشتراط القانون المدني اليمني لتقرير المساعدة عدم وجود ولي إذ لا علاقة لنظام الولاية بنظام المساعدة القضائية.

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف١٤٧، ص١٧٩، د. محمد الشامي، ف١٢٩، ص١٦٧.

وقد اكتفى النص السابق بتقرير وجوب تعيين مساعد قضائي يشترك مع الشخص المصاحب في إبرام التصرف، وقرر عدم جواز مباشرة المساعد القضائي شيئاً بمفرده تقررته فيه المساعدة، لكنه لم يبين الجزاء في حالة قيام الشخص المصاحب بمباشرة التصرفات بمفرده، ولم يبين حكم امتناع المساعد عن إبرام التصرفات أو انفراده بإبرام تصرف معين دون مشاركة من الشخص المصاحب.

أما القانون المدني المصري فقد بين حكم تلك المسائل، فإذا انفرد المعاق بإبرام التصرف كان العقد قابلاً للإبطال، وإذا امتنع المساعد عن الاشتراك في إبرام التصرف كان للمحكمة أن تأذن للمعاق بإبرام التصرف بمفرده أو تعيين مساعداً آخر يشترك معه، وإذا امتنع المعاق عن الاشتراك في إبرام التصرف وكان امتناعه يعرض مثله للخطر فللمحكمة أن تأذن للمساعد بإبرام التصرف بمفرده وفي هذه الحالة يعد المساعد نائباً قانونياً عن المعاق.

الفصل الثالث

محل التعاقد

٩١- تمهيد وتقسيم:-

عرفنا أن أركان العقد في القانون المدني اليمني ثلاثة هي التراضي، والعقدان، والمحل. وبالمقابلة مع أركان العقد في القانون المدني المصري نجد أنهما يتفقان في ركنين هما التراضي والمحل. ويختلفان في الركن الثالث، فالقانون اليمني يحدده بالعاقدين، ويحدده القانون المصري بالسبب، فالسبب في القانون اليمني إذاً ليس شرط انعقاد وإنما شرط صحة في العقد.

وعليه يمكن دراسة ركن المحل في مبحثين نتناول في المبحث الأول محل العقد، ونتناول في المبحث الثاني السبب.

المبحث الأول

محل العقد

٩٢- محل العقد ومحل الالتزام^(١):

يفرق البعض من الفقه القانوني بين محل الالتزام ومحل العقد. فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما نقل حق عيني علي شيء أو عمل أو امتناع عن عمل. أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد. وإذا كان أثر العقد هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد.

(١) د. البدر أوي، مرجع سابق، فقه ٢١٩، ص ٢٩٦.

وتتمثل أهمية هذا التمييز في أن الالتزام قد يكون في ذاته صحيحاً، ولكن العقد يقع مع ذلك باطلاً لأن العملية القانونية المقصودة منه يحرّمها القانون كما في تحرّم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة، وكما في تحرّم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر في النزاع داخلاً في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

ولم يأخذ القانون المدني البيني بهذه التفرقة. فقد تناول أحكام محل العقد قاصداً بذلك الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن. فالمادة ١٨٤ تنص على أنه: ((يلزم لكل عقد محل معقود عليه يضاف إليه يكون قابلاً لأحكامه ويكون محل العقد (المعقود عليه) مالاً أو منفعةً أو ديناً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل)).

٩٣- شروط محل العقد^(١):

نصت على شروط محل العقد المادة ١٨٥ في فقراتها الأربع، وفسرت هذه الشروط بنصوص المواد التالية من المادة ١٨٦ وحتى المادة ١٩٥ كما سنعرف. وشروط محل العقد، وفقاً لنص المادة ١٨٥ أربعة هي:-

الشرط الأول: أن يكون قابلاً لأحكام العقد شرعاً.

الشرط الثاني: أن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد.

الشرط الثالث: أن يكون معلوماً.

الشرط الرابع: أن يكون مقدوراً على تسليمه أو القيام به.

^(١) في شروط محل التعاقد في القانون المدني البيني، براجي، د. محمد الشامي، مرجع سابق، ف١٧٣-١٧٧، ص٢١٨-٢١٩.

د. سمع محمد سمع، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، المصالحات ص١٠٥-١١٥.

٩- الشرط الأول: أن يكون المحل قابلاً لأحكام العقد شرعاً: ومعناه أن يكون المعتقد عليه مشروعاً أي من الأعمال أو المنافع أو الأعيان التي أباح الله تعالى الانتفاع بها، كالأراضي المملوكة ملكية خاصة، وكالمكولات والمشروبات والملبوسات التي أحلها الشارع الحكيم، وكالأعمال المشروعة كذلك.

فإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه هذا الحق مما يجوز التعامل فيه، وإذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون العمل أو الامتناع مشروعاً، وتطبيقاً لنص المادة ١٨٥ نصت المادة ١٨٦ على أنه: ((لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً، ولا فعل محرم شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة اللذين لا يخالفان أصول الشريعة)). وعليه فإذا كان المحل لا يقبل حكم العقد مشروعاً كان العقد باطلاً لعدم مشروعية محله، ويكون المحل غير مشروع إما لكونه غير جائز لذاته أو غير جائز بطبيعته أو بسبب تخصيصه للنفع العام.

ويتمثل المحل غير الجائز لذاته في الأشياء والمنافع والأعمال المحرمة شرعاً كالخمر بالنسبة للمسلم وكالخنزير والميتة لاعتبارها في نظر الشارع من الأموال غير المتقومة، ومن هذا القبيل التعاقد على ارتكاب جريمة على النفس أو المال أو الأعراض م/١٨٦.

أما المحل غير الجائز بطبيعته فيتمثل في الأشياء التي ما زالت على الإباحة الأصلية كالشمس والهواء والكلاء وماء البحر والحيوانات والطيور غير الأليفة حيث لا تكون هذه الأشياء في حيزة أحد من الناس. ولذا فقد نصت المادة ١٨٧ مدني على أنه: ((لا يصح التعاقد على الأموال التي ما زالت على الإباحة الأصلية كالأرض الموات والصيد الطليق)).

والفرق بين المحل غير الجائز لذاته والمحل غير الجائز بطبيعته هو أن الأول محرم لذاته أصلاً فلا يصح التعامل به حتى وإن تمت حيازته. أما المحرم بطبيعته فإن علة التحريم هي بقاؤه على الإباحة الأصلية بحيث لا يستلحق المتعاقد أن يسلمه، فإذا أمكن حيازته وأمكن الانتفاع به شرعاً صح التعاقد عليه.

فأشعة الشمس مثلاً قد يُحصر بعضها في نطاق خاص، والهواء قد يضغط بعض منه في حيز محدود، وماء البحر قد يؤخذ منه جزء لغرض ماء، وفي هذه الحالات يصح أن يكون بعض الأشعة أو الهواء أو الماء محلاً لحق مالي. أما المحل غير الجائز بسبب تخصيصه للنفع العام فكأموال المملوكة للدولة والأوقاف والطرق العامة، إلا أن المنع هنا نسبي، فيمكن مثلاً أن يكون المال محلاً لعقد الإيجار مادام لا يعطل تخصيصه للنفع العام، وذلك كالترخيص بإقامة أكشاك خاصة في الأماكن التي لا تؤذي المارة أو على شواطئ البحر وكتأجير مال الوقف.

٩٥- الشرط الثاني: أن يكون المحل محقق الوجود وقت التعاقد: يشترط فقه القانون (١)- أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد أو قابلاً للوجود في المستقبل فيما عدا ما ينص عليه القانون على أنه لا يجوز التعامل فيه وذلك كالعامل في التركة المستقبلية حيث تحظر القوانين الحديثة التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه.

وعليه يجوز بيع محصول أرض زراعية قبل نضجه، ويجوز بيع ثمار حديقة قبل جنيها، ويجوز كذلك بيع نتاج ماشية لم يولد بعد، ويجوز بيع منتجات صناعية لمصنع قبل صنعها فعلاً، ويجوز بيع منزل قبل بنائه، ويجوز حوالة حق شخصي سيوجد في المستقبل.

ويترتب على اشتراط وجود المحل وقت التعاقد أنه إذا كان المحل قد هلك قبل التعاقد وقع العقد باطلاً لعدم وجود محله. أما إذا هلك بعد التعاقد فإنه لا أثر لذلك على قيام العقد وتكون عندئذ أمام استحالة في التنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام إذا لم تكن للمدين يد في الهلاك حيث يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون وفي هذه الحالة يكون سبب الهلاك أجنبياً، أما إذا كان سبب الهلاك يرجع إلى المدين فإن الالتزام لا يفتضي ويجب على المدين التعويض.

(١) يراجع في هذا الموضوع بالتفصيل، د. الصده، مرجع سابق، ق ٢٠١، وما بعدها، ص ٢٣.

أما القانون المدني اليمني فقد أخذ برأي جمهور الفقه الإسلامي فاشتترط في المحل أن يكون موجوداً في الأعيان وموجوداً بسببه في المنافع وقت التعاقد وإلا كان العقد باطلاً. ففي البيع مثلاً إذا كان المبيع معدوماً بطل العقد وفي الإيجار إذا كانت العين معدومة وهي سبب المنفعة بطل العقد أيضاً.

وتطبيقاً لهذا نصت المادة ١٨٩ على أنه: ((لا يصح أن يكون الشيء المعدوم محلاً للعقد إلا ما استثنى بالنص عليه في هذا القانون، والشيء المعدوم هو الذي لا يتحقق وجوده من الأعيان ووجود سببه من المنافع حال العقد)).

وقد استثنى القانون المدني اليمني عقد السلم وعقد الاستصناع فأجازهما لإجازة الشارع لهما^(١). فقد نص في المادة ١٨٥ في الفقرة الثانية على أنه:

((يشترط في محل العقد (المعقود عليه) ما يأتي: ٢- أن يكون محقق الوجود عند إنشاء العقد إلا المسلم فيه أو ما في الذمة)).

٩٦- الشرط الثالث: أن يكون المحل معلوماً للعاقدين علماً نفيّاً للجهالة: نصت على هذا الشرط الفقرة الثالثة من المادة ١٨٥ بقولها:

((يشترط في محل العقد ما يأتي: ٣- أن يكون معلوماً)) ووضحت المادة

١٩٠ كيف يتحقق شرط المعلوماتية بقولها: ((يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نفيّاً للجهالة المؤثرة سواها كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه أو باسمه أو بصفته مع بيان مقداره إن كان من المقدرات أو بذكر حدوده أو بنحو ذلك، ولا يكفي بذكر الجنس أو النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ما ينص عليه القانون كالكفالة ونحوها)).

إذا فشرط أن يكون المحل معلوماً يعني أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا كان المحل شيئاً معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً تعييناً نفيّاً للجهالة يميزه عن غيره من الأشياء سواء تم تعيينه بالإشارة إليه إن كان موجوداً في مجلس العقد

(١) نظم القانون المدني، أحكام السلم في الباب الثاني من الكتاب الثالث العقود المسماة من القسم الأول العقود التي تقع على الملكية. أما عقد الاستصناع فقد نظم أحكامه ضمن الأحكام الخاصة بعقد المقاولة في الباب الثالث المقاولة والالتزام بالمرافق العامة من القسم الأول، العقود التي ترد على المنفعة والعمل من الكتاب الثالث وعقد السلم هو بيع شئ موصوف في الذمة مخرج إلى أجل يوجد فيه جنس المبيع مع قبض الثمن في مجلس العقد. أما عقد الاستصناع فهو بيع شئ موصوف في الذمة مطلوب صنعه في المستقبل.

أو بوصفه وصفاً ينفي الجهالة إن كان غائباً. فإذا كان المحل مثلاً أرضاً فيجب تعيين موقعها ومساحتها وحدودها وإذا كان سيارة وجب تحديد ماركاتها وسنة الصنع ورقم الموتور.

وإذا كان المحل شيئاً معيناً بالنوع فقط أي من المثليات وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره، على أنه ليس ضرورياً تعيين المقدار إذا تضمن العقد طريقة للتحديد كتعهد مورد بتوريد ما يلزم مستشفى من أغذية. وغالباً ما تذكر درجة الجودة فإن لم تذكر التزم المدين بأن يقدم صنفاً متوسطاً في الجودة ما لم يكن من الممكن استخلاص درجة الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد. وكل هذا تكلمت عنه المادة ١٩١ حيث تنص على أنه: ((يكفي أن يكون محل العقد معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا اختلف الطرفان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر لابس التعاقد وقع العقد على شيء متوسط الجودة من ذلك الصنف)).

وإذا كان المحل نقوداً وجب تعيين نوعها ومقدارها كالكف ريال يعني أو ألف دولار أمريكي. ويلزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ولذا فقد نصت المادة ١٩٢ على أنه: ((إذا كان الملتزم به نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر)).

٩٧- الشرط الرابع: أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه أو القيام به:

يتناول فقه القانون^(١) هذا الشرط تحت ما يسمى بشرط الإمكان. فيشترط في المحل أن يكون ممكناً أي لا يكون مستحيلًا استحالة مطلقة وقت العقد وإلا كان العقد باطلاً عند ما يكون المحل عملاً أو امتناعاً عن عمل، أما القدرة على تسليم المحل فآثر من آثار العقد لا من شروط الإنعقاد إذا ما أصبحت القدرة على

(١) يراجع، د. الصده، مرجع سابق، ف ١٩٩-١٠٠، ص ٢٣٢-٢٣٤.

التسليم غير مُمكنة بعد الانعقاد بسبب لا يد للمدين فيه فإن الأثر المترتب عندئذ هو انقراض العقد لا بطلانه.

والاستحالة المطلقة هي الاستحالة التي تقوم بالنسبة للناس كافة بمن فيهم المدين نفسه. فإذا التزم محام برفع استئناف عن حكم أضحح فوات ميعاد الاستئناف لا يقوم الالتزام لعدم إمكانية المحل وإذا التزم شخص بعدم القيام بعمل قد قام به كان الالتزام باطلاً لعدم وجود محله.

أما الاستحالة النسبية وهي التي تقوم بالنسبة للمدين دون غيره فلا تمنع من قيام العقد ، كما لو تعهد المدين بالقيام برسم لوحة فنية وهو يجهل فنون الرسم فعجزه عن التنفيذ^١ لعيني (الرسم) يعطي الحق للدائن في القيام بالتنفيذ على نفقة المدين أو المطالبة بالتنفيذ بمقابل أي التعويض .

وقد أخذ القانون المدني اليمني بهذه التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية في المادة ١٩٣ مما يعني أن عدم القدرة على التسليم أو القيام بالعمل وقت إبرام العقد إذا كان محلاً للعقد لا يقتصر على المدين فقط بل تشمل عدم القدرة لجميع الناس فكون حينئذ أمام استحالة مطلقة يعتبر العقد معها باطلاً. أما إذا اقتصر عدم القدرة على المدين نفسه فقط أي كانت الاستحالة نسبية فإنها لا تمنع من قيام العقد ويكون للدائن حينئذ المطالبة بالتنفيذ بمقابل. وهذا هو التفسير المعقول لشرط القدرة على التسليم أو القيام به المنصوص عليه في المادة ٤/١٨٥ جمعاً بينه وبين ما تنص عليه المادة ١٩٣ التي فرقت بين النوعين من الاستحالة حيث تنص على أنه:

((إذا كان محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد غير صحيح أما إذا كان مستحيلاً على الملتزم دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد ويكون للطرف الآخر الخيار)) إذا فالحكم في حالة الاستحالة النسبية هو ثبوت الخيار للدائن بالفسخ أو التنفيذ بمقابل أو التنفيذ على نفقة المدين إن أمكن.

المبحث الثاني

السبب

٩٨- أولاً: المقصود بالسبب^(١):

للسبب معاني متعددة. فهناك السبب المنشئ؛ والسبب القسدي؛ والسبب الباعث الدافع.

فالسبب المنشئ هو الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام أي مصدر الالتزام، كالعقد، والإرادة المفردة، والعمل النافع وغيرها، والسبب بهذا المعنى يخرج عن نطاق دراستنا.

والسبب القسدي هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه، ففي البيع مثلاً يلتزم البائع بنقل الملكية ويكون غرضه المباشر من ذلك هو حصوله على الثمن، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ويكون غرضه المباشر من هذا الالتزام حصوله على المبيع. والسبب بهذا المعنى يسمى سبب الالتزام.

والسبب الدافع هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فهو الغرض غير المباشر الذي جعل الملزم يتعاقد، وهذا هو سبب العقد. ففي عقد البيع يكون السبب القسدي المباشر للبائع هو الحصول على الثمن، والسبب القسدي للمشتري هو الحصول على المبيع فهو لا يتغير في كل عقود البيع التي يتم إبرامها، أما الباعث الدافع للبائع فقد يكون إنفاق الثمن في أغراض معيشته أو إنفاقه في سفر أو شراء شيء آخر. والباعث الدافع للمشتري قد يكون الحصول على المبيع للسكنى أو لإقامة تجارة فيه أو لجعله نادياً فهو يتغير في عقود البيع من عقد لآخر. وهذا الاختلاف بين السببين سبب الالتزام وسبب العقد يرجع إلى أن سبب الالتزام عنصر موضوعي داخل في تكوين العقد بينما الباعث الدافع أمر شخصي يتعلق بنوايا الملزم وخارج عن العقد ولذا فهو يتغير في النوع الواحد من العقود كما عرفنا.

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف ٢١٦، ص ٢٥٣، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ف ٢٠٩، ص ٢٩٤.

٩٩- موقف الفقه والقضاء من السببين^(١):

تعدت النظرية الحديثة^(٢) في السبب بالسببين معاً سبب الالتزام وسبب العقد. فقد لمس القضاء الفرنسي ومن بعده القضاء المصري، وهو يوراجه الحياة العملية القصور الموجود في النظرية التقليدية للسبب والتي كانت تعتد فقط بالسبب الاقتصادي الأمر الذي لم يكن كافياً لمواجهة جميع الحالات التي يجدر اعتبار العقد فيها باطلاً، فسعى إلى سد هذا النقص وأعدت بالسبب الدافع إلى جانب السبب الاقتصادي المباشر. ولذا فقد استطاع أن يقضي بطلان تصرفات غير مشروعة لأن الدافع إليها غير مشروع لم يكن ليستطيع النيل منها لو وقف عند حدود سبب الالتزام الذي كانت النظرية التقليدية تقنع به. ففي عقد الإيجار الذي يراد به إبعاد المكان المؤجر للبقاء فاللزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين، وكذلك الالتزام المقابل وهو التزام المستأجر بدفع الأجرة كل منهما أمر مشروع، أما الباعث على الإيجار وهو سبب العقد فإنه غير مشروع. ولو اقتصر القضاء على السبب القسدي في هذه الحالة لما أستطاع إبطال الإيجار. أما إذا أخذ بالسبب الدافع فيستطيع إبطاله، لذا فقد أشترط القضاء ويؤيده في هذا الفقه الحديث أن يكون السبب الدافع مشروعاً.

١٠٠- ثانياً: شروط السبب^(٣):

يشترط في سبب الالتزام وفقاً للنظرية الحديثة في السبب أمر واحد هو أن يكون موجوداً وإلا كان العقد باطلاً. فإذا أكره شخص آخر على التوقيع على تعهد بدين وهو غير مدِين كان تعهده باطلاً لعدم وجود سبب لتعده. وإذا تخارج وارث مع آخر كي يتخلى عن نصيبه في الميراث ثم يتبين أن هذا الشخص غير وارث كان التخارج باطلاً لعدم وجود السبب، والمتمثل في عدم وجود نصيبه في الميراث. وإذا باع شخص لقريب له قرراً من أمواله وانقفاً على

(١) يراجع في تاريخ نظرية السبب، د. الصده: مرجع سابق، ف ٢٢٦-٢٢٨، ص ٢١١، د. البدراوي، مرجع سابق.

(٢) توجد نظريتان في السبب نظرية قديمة تعتد فقط بالسبب القسدي المباشر ونظرية حديثة تعتد بسبب العقد أي الباعث الدافع إلى التعاقد وبالسبب القسدي أيضاً.

(٣) سمير تافوق، مصادر الالتزام، ف ١٧١، ص ١٧٠، د. الصده: مرجع سابق، ف ٢٢٠، ص ٢٦٠.

أن الغرض من البيع هو تهريب الأموال من الدائنين حتى لا ينفذوا عليها وهذا مثال للصورية المطلقة كان التصرف باطلا لعدم وجود سبب الائترام. أما سبب العقد فيشترط فيه أن يكون مشروعاً فحسب. فلا يشترط فيه أن يكون موجوداً إذ لا بد لكل إرادة من باعث يحركها وإلا كانت إرادة غير واعية تصدر من شخص عديم التمييز.

وشرط آخر يلزم في سبب العقد يتعلق باستقرار التعامل، هو أن يكون داخلاً في دائرة التعامل، فما دام أن الباعث أمر شخصي وخارج عن العقد ويتغير بتغير الأشخاص في النوع الواحد من العقود وجب لإبطال العقد أن يكون هذا الباعث داخلاً في دائرة التعامل أي معلوماً للطرف الآخر أو للطرفين معاً حتى تنتفي المفاجأة ويستقر التعامل^(١).

١٠١- ثالثاً: موقف القانون المدني اليمني:-

أورد القانون المدني نصين في السبب أعترف فيهما بالردواج السبب إلى سبب الائترام وسبب العقد. فالمادة ١٩٥ تتناول سبب العقد وتتناول المادة ١٩٧ سبب الائترام. فالمادة ١٩٥ تنص على أنه: ((إذا تبين من العقد أن محله أو قصد المعاقدين منه حرام شرعاً أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة الشرعية كان العقد غير صحيح وينفسخ العقد إذا تبين أن قصد أحد المعاقدين كذلك، وعلى من يدعي خلاف ما ذكر في العقد إثبات ما يدعيه)).

فالنص يبين الجزاء المترتب على عدم مشروعية سبب العقد، وهو كما عبر عنه النص عدم صحة العقد وينفسخ العقد. وهذا الجزاء مخالف للجزاء المقرر وفقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن الجزاء هو البطلان. وتطبيق هذا الجزاء يستلزم عدم مشروعية سبب العقد وأن يكون عدم المشروعية معلوماً للعاقدين الآخر حفاظاً على استقرار التعامل.

(١) وإذا كان هذا الشرط مطلوباً في المعاولضات والتبرعات، فإن البعوض من الفقه يذهب إلى وجوب التفريق بين المعاولضات حيث يشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع وبين التبرعات فلا يشترط هذا العلم فيكون العقد باطلاً حتى لو كان المتبرع له حسن النية لا يعلم بسبب البطلان، يراجع في هذا الموضوع، د. الصمد، مرجع سابق، ف ٢٢١، ص ٢١٥.

وتنص المادة ١٩٧ على أنه: ((يعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للاتزام سبباً آخر مشروطاً أن يثبت ما يدعيه)). وهذا النص يتناول سبب الائتزام ويشير إلى سبب العقد أيضاً. ولذا فإنه يؤخذ عليه ما يؤخذ على نص المادة ١٣٦ مدني مصري والتي تنص على أنه:

((إذا لم يكن للاتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)). فهذا النص وإن لم يصرح بالفرقة بين السببين إلا أنه مع ذلك يسمح بهذه الفرقة. وهذا التفسير يأخذ به جمهوري الفقه المصري^(١). فاشتراط في سبب الائتزام أن يكون موجوداً وفي سبب العقد أن يكون مشروطاً.

١٠٢- أ- رابعاً: إثبات السبب: أ- إثبات سبب العقد^(٢):

القاعدة أن الدافع الباعث إلى التعاقد يفترض وجوده ويفترض أنه سبب مشروع وعلى من يدعي عدم مشروعيته إقامة الدليل على ذلك. فإذا أراد المدين التخاص من تنفيذ الائتزام لعدم مشروعية السبب كان عليه هو عبء الإثبات، وكان عليه أيضاً في المعاوضات إثبات علم الطرف الآخر. وهو يستطيع إثبات عدم المشروعية بجميع الطرق حتى لو ذكر باعث آخر في العقد وهو ما تقضي به المادة ١٩٥ في نهايتها بقولها: ((... وعلى من يدعي خلاف ما ذكر في العقد إثبات ما يدعيه)).

ب- إثبات سبب الائتزام:
والمقصود إثبات وجود سبب الائتزام لا إثبات عدم مشروعيته. لأن المشروعية كما عرفنا شرط في سبب العقد لا في سبب الائتزام. والغالب أن يذكر في العقد سبب الائتزام، ففي العقود الملزمة للجانبين تذكر التزامات

(١) د. الصدف ٢٢٢، ص ٢٦١، وأنظر، د. السنهوري، في الوسيط، ج ١، ف ٢٨٩، وهو يرى رأياً آخر، هو أن السبب في القانون المدني المصري واحد هو السبب الباعث الدافع إلى التعاقد وبالتالي فلا يشترط فيه سوى شرط واحد هو شرط المشروعية.
(٢) د. البراوي، ف ٢٥١، ص ٢٣٥.

الطريقة، وفي العقود الملزمة لجانب واحد يذكر سبب التزام المدين فيتضمن السند الذي يتعهد فيه المدين بدفع مبلغ من النقود بأن سبب هذا الالتزام هو سبق قبضه وأن المبلغ على سبيل القرض، وفي هذه الحالة قد يدعي المدين أن السبب المذكور في العقد هو سبب صوري عندئذ عليه هو أن يثبت السبب الحقيقي لالتزامه^(١).

وقد لا يتضمن سند العقد ذكر السبب الالتزام كأن يتعهد شخص بدفع مبلغ لاخر دون ذكر السبب هل هو تبرع أو قيمة قرض أو أجره أو ثمن مبيع، ولا يترتب على عدم ذكر سبب الالتزام في العقد بطلانه فيفترض أن للالتزام سبباً موجوداً فإذا ادعى المدين أن الالتزام ليس له سبب كان عليه هو عبء إثبات عدم وجوده وهو يثبت عدم وجود سبب الالتزام بكل طرق الإثبات.

الفصل الرابع

البطلان

١٠٣- تقسيم : وندرس البطلان كجزء على تخلف ركن أو أكثر من أركان العقد أو شرط من شروط صحته في بحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بالبطلان وتقريره، ونتناول في المبحث الثاني آثار البطلان.

^(١) وفي القانون المصري لا يستطیع المدين إثبات صورية السبب المذكور في العقد إلا عن طريق الكتابة طبقاً لقاعدة لا يجوز نقض ما هو ثابت بالكتابة إلا بكتابة ما لم يدع المدين أن السبب المذكور يخفي سبباً آخر غير مشروع فله أن يثبت عدم مشروعيته بكل طرق الإثبات، ولا يوجد مثل هذا الحكم في القانون اليمني.

المبحث الأول

التعريف بالبطلان وتقريره

١٠٤- تقسيم : وندرس موضوع المبحث في مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعريف بالبطلان وأنواعه وحالاته، ونتناول في المطلب الثاني تقرير البطلان.

المطلب الأول

تعريف البطلان وأنواعه وحالاته

١٠٥- أولاً: التعريف بالبطلان وأنواعه^(١):

البطلان هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه، وهو عبارة عن انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعلقين وبالنسبة للغير.

والبطلان نوعان بطلان مطلق، وطلان نسبي. ومعنى الطلان المطلق أن العقد لم ينعقد، ولذلك يجوز للمتعلقين ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، ولا يترتب عليه أي أثر، ولا تصح إجازته ولا يصححه مضي الزمن. ومعنى البطلان النسبي أن العقد صحيح ينتج كافة آثاره القانونية ولكنه مهذب بالزوال متى طلب إبطاله أحد طرفي العقد الذي تقرر الإبطال لصالحه.

وبالمقارنة بين نوعي البطلان نجد أن العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاً نسبياً هو كالعقد الصحيح يترتب كافة آثاره إلى أن يقضى بإبطاله. وهو كالعقد الباطل بطلاً مطلقاً بعد أن يقضى بإبطاله حيث يصبح عدماً وتنتهي الآثار التي ترتبت عليه ويعاد المتعلقان إلى ما كانا عليه قبل انعقاد العقد. وإذا كان لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المطلق، ولا يمكن إجازته أو تصحيحه بمضي

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف. ٢٤، ص ٢٧٨، د. سمير تناغو، مرجع سابق، ف. ٨٠، ص ١.

المدة فإن البطلان النسبي لا يمكن طلبه إلا بواسطة طرف في العقد هو من حماه القانون بهذا البطلان، وتجاوز إجازته بنزول صاحب الحق في طلب البطلان عنه.

ومن خلال التعريف بنوعي البطلان نجد أن التفرقة بينهما تقوم على التمييز بين شروط الانعقاد، وشروط الصحة، فتختلف الأولى يرتب البطلان المطلق وتختلف الثانية يرتب البطلان النسبي.

وتتلخص شروط الانعقاد في وجود التراضي والعاقدين والمحل مع توفر شرطه اللازمة لانعقاد، وتختلف هذه الشروط أو بعضها يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

أما شروط الصحة فترجع إلى صدور الرضا من شخص كامل الأهلية وصدوره سليماً من العيوب فإذا وجد الرضا ولكنه صدر من ناقص الأهلية أو شابه عيب من عيوب الرضا انعقد العقد متى توفرت شروط الانعقاد ولكنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية أو من عيّنت إرادته.

١٠٦-١- ثانياً: حالات البطلان^(١)

أ) حالات البطلان المطلق: يمكن تحديد حالات البطلان المطلق في النقاط الآتية:

١- عدم وجود الرضاء لعدم تطابق الإرادتين أو لعدم اتجاه الإرادة إلى إحداث أي أثر للهزل، أو لعدم وجودها.

٢- عدم وجود ركن العقدين لأن أحدهما أو كلاهما غير مميزين.

٣- عدم وجود المحل أو عدم توفر شرطه بأن كان غير معين أو مستحيلاً أو غير داخل في دائرة التعامل.

٤- عدم وجود سبب الالتزام أو عدم مشروعية سبب العقد.

٥- تخلف الشكل القانوني الذي يشترطه القانون لانعقاد العقد في العقد الشكلي.

هذه هي حالات البطلان المطلق، وإذا نظرنا إليها من زاوية أخرى نجد أن بعضها يرجع البطلان فيها إلى طبيعة الأشياء أي إلى اعتبارات فنية يستلزمها

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف ٢٤١، ص ٢٧٩.

انعقاد العقد حتماً، وأن بعضها يرجع إلى الرغبة في حماية المجتمع من الإخلال بالنظام العام والأداب ويدخل في هذه الطائفة الأخيرة من الحالات حالتان عدم مشروعية المحل، وعدم مشروعية السبب.

ت- حالات البطلان النسبي^(١):

أما البطلان النسبي فيكون في الحالات التي إن وجد فيها الرضا إلا أنه وجد مختلفاً، بأن كان أحد العاقدين ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بعيب من العيوب المعروفة وهي الغلط والتدليس والإكراه زائلاً الاستغلال في القانون المدني المصري.

(١) د. الصده، فـ ٢٤١، ص ٢٨٠.

١٠٧- حالات خاصة للبطلان^(١):

الحالات التي تعرضنا لها في البطلان المطلق والبطلان النسبي هي تطبيق للقواعد العامة في البطلان. لكن توجد حالات خاصة للبطلان وردت في نصوص متفرقة في القانونين المدنيين المصري واليمني منها:

أ) بطلان شراء رجال القضاء للحقوق المنتزع عليها التي يدخل النظر فيها في ولاية الجهة القضائية التي يباشررون وظيفتهم فيها، والبطلان في هذه الحالة بطلان مطلق.

ب) بطلان تعامل المحامين مع موكلهم في الحقوق الموكلين في الدفاع عنهم فيها حيث لا يجوز لهم شراء تلك الحقوق المنتزع فيها والجزاء هو البطلان المطلق أيضاً.

ج) إمكان إبطال بيع النائب لنفسه وشراء السماسرة والخبراء لأنفسهم الأشياء المعهود إليهم في بيعها أو تقدير ثمنها، وقد جعل القانون المصري البطلان في هذه الحالة بطلاناً نسبياً وجعل القانون المدني اليمينجزاء شراء السماسرة للحقوق المنتزع عليها البطلان المطلق وجزاء بيع النائب لنفسه موقوفاً على إجازة الأصل.

١٠٨- تمييز البطلان عن غيره من الأنظمة^(٢):

أ- العقد القابل للإبطال والعقد الموقوف :

يتميز العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف. فالأول عقد صحيح منتج لكافة آثاره، لكنه مهدد بالزوال إذا تمسك من وضع البطلان لحمايته بإبطال العقد. أما العقد الموقوف فهو عقد صحيح لكنه لا ينتج أي أثر حتى يتم إجازته من أحد المتعاقدين أو من يمثله أو من شخص ثالث كالمالك مثلاً في بيع ملك الغير حيث يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك وفقاً لرأي جمهور الفقه الإسلامي، ومثال هذا العقد أيضاً العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية حيث يظل موقوفاً على إجازة

^(١) البيرلاوي، مرجع سابق، ف ٢٦٣، ص ٣٤٥.

^(٢) د. البيرلاوي، مرجع سابق، ف ٢٥٦، ص ٣٤١، د. عبد الفتاح، مرجع سابق، ف ٢٢١-٢٢٣، ص ٢٤٦ وما بعدها.

الولي أو الوصي له فإن أجزاه نفذ وإن لم يجزه بطل، على خلاف الحال في القانون الوضعي حيث يظل العقد القابل للإبطال منتجاً لكافة أثاره إلى أن يطلب القاصر بعد بلوغه أو يطلب صاحب الولاية عليه بطلانه ويقضى بإبطاله، وبعد من قبيل العقد الموقوف في الفقه الإسلامي كذلك العقد الذي يبرمه النائب باسم الأصل خارج حدود النيابة حيث يكون موقوفاً على إجازة الأصل.

إذا فالإبطال النسبي نظام مأخوذ به في فقه القانون بينما العقد الموقوف نظام معروف في الفقه الإسلامي، وهذا النظام لا شك أنه أوسع مدى من نظام العقد القابل للإبطال

ب- البطلان والفسخ:

البطلان جزاء يلحق العقد فيقضي عليه بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه أي بسبب عدم توفر ركن أو أكثر من أركان العقد التي حددها القانون فينهار العقد تبعاً لإنهيار ركن من أركانه فيعد العقد وكأنه لم يتم.

أما الفسخ فهو جزاء يبرئه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد الملزم للجانبين لانتزاعاته، وهو بهذه المثابة يقتض أن العقد قام صحيحاً حتى أمكنه أن يولد الانتزاعات بين طرفيه، تلك الانتزاعات التي لم تنفذ أو نفذ بعضها. فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته التي فرضها عليه العقد كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد.

ج) البطلان وعدم النفاذ:

البطلان جزاء يلحق العقد ويحيله عدماً، أما عدم النفاذ فهو جزاء مقصور لصالح شخص ثالث غير المتعاقدين، بمعنى أن العقد ينشأ صحيحاً وينتج آثاره فيما بين المتعاقدين، ولكنه لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير لسبب من الأسباب. ومثاله في الصورة حيث يسري بين المتعاقدين العقد الحقيقي ولكن لا ينفذ هذا العقد في مواجهة الغير حسن النية. وفي التصرف الصادر من المدين المفلس حيث لا يكون نافذاً في مواجهة الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصلية إذا كان التصرف معارضة وصدر بسوء نية أو كان تبرعاً دون اشتراط سوء

النية ، هذا في القانون المصري أما في القانون اليمني فالنصرف موقف كما سنرى.

١٠٩- ثالثاً: البطلان في القانون المدني اليمني:

قسم القانون المدني اليمني العقود إلى عقود صحيحة وعقود غير صحيحة وأخذ بالتقسيم الثاني للبطلان في فقه القانون. يتبين هذا من خلال تنظيمه لأحكام البطلان بنوعيه وما يتعلق بهما في المواد ١٩٨-٢٠٥.

والملاحظ أن القانون المدني اليمني يأخذ أيضاً بنظام العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، فهو في المادة ٦٠ يقرر أن تصرف ناقص الأهلية موقوف على الإجازة ويأخذ حكم ناقص الأهلية كذلك السفهيه وهو ما نصت عليه المادة ٦٣ إذا كان قد حجر عليه بحكم قضائي. وفي النصوص الخاصة بالبطلان يخضع تصرفات ناقص الأهلية والسفيه لأحكام البطلان النسبي مع ما بين النظامين نظام العقد الموقوف، ونظام العقد القابل للإبطال من اختلاف كما بينا.

المطلب الثاني

تقرير البطلان^(١).

١٠١- كيف يتقرر البطلان :

تختلف الكيفية بحسب ما إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال.

(١) فالعقد الباطل هو عقد لا وجود له أصلاً من الناحية القانونية، وبالتالي لا يلزم لتقرير بطلانه رفع دعوى من أحد المتعاقدين لإبطاله. ويستطيع كل من عاقله أن يتصرف على هذا الأساس. فالبايع مثلاً في بيع باطل يستطيع أن يبتاع عن تسليم المبيع وله أن يبيعه مرة أخرى وللمشتري أن يبتاع عن دفع

٩

(١) د. عبد الفتاح، ف ٢٢٩، ٢٣٠، ص ٤٧٠-٤٧٢، ف ٢٣٧، ص ٤٨٠-٤٨٢، د. البيرلوي، مرجع سابق، ف ٢١٤، د. الصدة، مرجع سابق، ف ٢٥٦، ص ٢٩٢-٢٩٣، ف ٢٨٢، ص ٢٨٢.

الشن، والغالب أن يقع التمسك بالبطلان المطلق عن طريق الدفع في مواجهة
الدعوى المرفوعة بطلب تنفيذه.

وإذا كان هذا هو الأصل من الناحية النظرية إلا أننا لا ننسى أن مظهر العقد
أبرم موجود، ويجوز أن يكون أحد الطرفين قد نفذ التزامه الناشئ منه ويريد
استرداد ما أوفى به. عندئذ يجد المتعاقد نفسه مضطراً إلى رفع دعوى لتقرير
بطلان العقد. ومع ذلك فالحكم الصادر في دعوى البطلان المطلق يعتبر مقرر
لا منشأ على حين أن الحكم في دعوى البطلان النسبي هو حكم منشي.

٢) أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح منتج لجميع آثاره حتى يقضى
ببطلانه بالتراضي أو بحكم قضائي. ومعنى ذلك أنه إذا لم يتم التراضي بين
المتعاقدين على إبطاله فإن العقد لا يبطل إلا بصدر حكم من القضاء بإبطاله.

وحكم القاضي في هذه الحالة ينشئ البطلان ولا يكشف عنه فحسب.

١١١- من له حق التمسك بالبطلان:

تحديد من له حق التمسك بالبطلان يختلف بحسب ما إذا كان العقد باطلاً أو

قابلاً للإبطال.

١- ففي البطلان المطلق يستطيع التمسك به كل من له مصلحة تستند إلى حق
يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه. فالمادة ٢٠١ تنص على أنه:

((إذا كان بطلان العقد راجعاً إلى أنه محرم شرعاً كان على العاقدین أو غیرهما
التمسك بالبطلان، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا تلحق العقد الإجازة
ولا يزول البطلان بها إذا حصلت)).

وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان المطلق كل من المتعاقدين
والخالف العام لهما، والخالف الخاص، والدائنين، ويحكم القاضي به من تلقاء
نفسه. فالمتعاقدان كل منهما له مصلحة في التمسك بالبطلان حتى يسترد كل
منهما ما قدمه. ففي البيع الباطل مثلاً يستطيع البائع أن يتمسك بالبطلان حتى
يسترد المبيع ويستطيع المشتري ذلك أيضاً حتى يسترد الشئ.

والخلف العام لكل من المتعاقدين له مصلحة في التمسك بالبطلان، وذلك حتى يسترد المبيع أو الثمن، ويستطيع الخلف الخاص كذلك أن يتمسك بالبطلان. والخلف الخاص وهو من تلقى من أحد المتعاقدين حقاً يتأثر ببطلان العقد أو صحته يستطيع التمسك بالبطلان. فالمشترى الثاني من البائع إليه لعين مبيعة يجوز له التمسك ببطلان عقد المشتري الأول حتى تخلص له العين. ولدائني كل من المتعاقدين حق التمسك بالبطلان. فدائن البائع له مصلحة في التمسك بالبطلان حتى يسترد المبيع إلى ذمة البائع بصفته مدينًا فينفذ عليه بحقه.

ودائن المشتري له مصلحة كذلك في التمسك بالبطلان حتى يسترد الثمن للتنفيذ عليه بحقه، وللمستأجر العين المبيعة التمسك ببطلان العقد كي يظل في العين المؤجرة.

ويلاحظ هنا أن الدائنين العاديين والخلف الخاص يتمسكون بالبطلان بمقتضى حق مباشر لهم ويزاولونه بطريق مباشر، وهذا فضلاً عن استعمال حق مدينهم بطريقة الدعوى غير المباشرة. وهؤلاء جميعاً يستطيع كل منهم التمسك بالبطلان في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى لو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

أما ما عدا هؤلاء فلا يجوز لهم التمسك بالبطلان لعدم وجود مصلحة تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه. فلا يجوز مثلاً لجار أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من جاره لأن له مصلحة في أن يحتفظ بهذا الجار ويبعد المشتري الجديد لأن هذه المصلحة غير معتبرة قانوناً، ولا يجوز للتاجر أن يتمسك ببطلان العقد الخاص بشركة يخشى منافستها له.

٢- أما في البطلان النسبي، فلا يتمسك به سوى من تقرر لصالحه من المتعاقدين ولهذا سمي بطلائاً نسبياً. فالمرجع قرر قابلية العقد للإبطال لمصلحة أحد العاقدين وبالتالي فإن هذا العاقد الذي شرع الإبطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد. فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية فإلغى الأهلية وحده هو الذي يستطيع التمسك بالإبطال عند بلوغه سن الرشد

وإذا كان السبب هو عيباً في الإرادة، فمن شائب إرادته العيب هو وحده الذي يحق له طلب الإبطال.

أما الدائنون العاديون، والخلف الخاص، فلا يجوز لهم طلب الإبطال إلا باستعمال حق مدنيهم عن طريق الدعوى غير المباشرة، ولا يجوز للمحكمة كذلك أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها، بل لابد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة إن الإبطال مقرر لمصلحة شخص معين، وليس بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب كما هو الحال في العقد الباطل.

ولا يجوز للمتعاقد الآخر أيضاً التمسك بالإبطال ولا الغير الأجنبي عن العقد الذي يراد الاحتجاج عليه بالعقد القابل للإبطال. فإذا كان سند الشفيع مثلاً قابلاً للإبطال لم يجز للمشتري المشفوع ضده أن يتمسك ببطلانه توصلاً لرفض طلب الشفعة.

١٢- سقوط الحق في التمسك بالبطلان:

يجب التمييز بين نوعي البطلان. فالعقد القابل للإبطال تتأكد صحته بالإجازة أو بمضني المدة. أما العقد الباطل فلا يمكن أن ترد عليه الإجازة، ولا يصححه مضني الزمن كما سنعرف بعد قليل.

١٣- أولاً: العقد القابل للإبطال^(١):

يمكن أن تلحق الإجازة العقد القابل للإبطال ذلك لأن هذا النوع من البطلان شرع لحماية أحد طرفي العقد ولصالحه، فيجوز له أن يتمسك به كما يجوز له أن ينزل عنه، وهذا النزول هو الذي يسمى بالإجازة. ويمكن أيضاً أن تتأكد صحته وبزول خطر إبطاله بمضني مدة سماع الدعوى دون طلب إبطاله، وقد نصت على الإجازة ومضني المدة المادتان ١٩٩ و ٢٠٠ مدني. وندرس فيما يأتي أحكام الإجازة، ومضني المدة في الفقرات التالية:-

(١) د. البدر اوي، مرجع سابق، ف١٦، ص ٣٥، د. الصده، مرجع سابق، ف٤٣، ص ٢٨٢.

٤١-١ (أ) الإجازة: تعريفها، شكلها، شروطها، أثرها^(١).

(١) تعريف الإجازة وشكلها:

الإجازة تصرف قانوني من جانب واحد به ينزل من تقرر لمصلحه الإبطال عن الحق في طلب الإبطال. ولا تحتاج الإجازة إلى قبول من الطرف الآخر في العقد بل إنها تحدث أثرها دون علم الطرف الآخر.

وتتميز الإجازة عن الإقرار، في أنها تصرف قانوني يرد على عقد قابل للإبطال، وتصدر من طرف في العقد الذي شرع البطلان لمصلحته. أما الإقرار وإن كان تصرفاً قانونياً من جانب واحد كالإجازة إلا أنه يرد على عقد صحيح بصفة نهائية ويصدر من أجنبي عن العقد، وبه يضيف هذا الأجنبي أثر العقد إلى نفسه أي يجعله سارياً في حقه. كالإقرار الصادر من الموكل لتصرف جاوز الوكيل فيه حدود الوكالة، وإقرار المالك لبيع ملك الغير.

والإجازة قد تكون صريحة، وهذا هو الأصل وقد تكون ضمنية، وهي تكون صريحة بأي عبارة تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة، وقد تُستفاد ضمناً من أي عمل يقوم به المجيز بحيث تخلع عليه الظروف دلالة الإجازة. كأن يقوم من له الحق في طلب الإبطال بتنفيذ العقد، وهو على بينة من الأمر، أو يقوم بعمل مادي يدل على نزوله عن التمسك بالإبطال، كأن يبيئ الأرض التي اشتراها أو يبرم تصرفاً قانونياً يستخلص منه أنه أجاز العقد كأن يشتري قاصر عيناً ثم يبيعها بعد بلوغه سن الرشد.

(٢) شروط الإجازة:-

والإجازة باعتبارها تصرفاً قانونياً يشترط فيها الشروط الآتية:-

الشروط الأولى: أن يكون موضوعها عقداً قابلاً للإبطال. فهي لا ترد على عقد باطل بطلاناً مطلقاً.

(١) البدراري، مرجع سابق، ف ٢٦٧، ص ٢٥٠، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٤٣، ف ٢٤٣، ص ٢٨٧.

الشرط الثاني: أن يكون المجيز على علم بالعيب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال وقاصداً النزول عن الاحتجاج به.

الشرط الثالث: أن تصدر الإجازة في وقت يكون فيه العيب الذي شل العقد قد اختلف. ذلك أنه إذا صدرت الإجازة والعيب مازال موجوداً كانت معيبة بالعيب ذاته. فمثلاً إذا أبرم العقد تحت سلطان الإكراه في ظل القانون المصري وأجيز والإكراه مازال قائماً كانت الإجازة نفسها مشوبة بالعيب نفسه. وإنما تجوز الإجازة بعد ارتفاع العيب. كذلك لا يستطيع القاصر إجازة العقد مدام قاصراً وإنما تكون الإجازة عندئذ للوصي في حدود سلطته القانونية. وكذلك الحال بالنسبة للغط والتليس يجب أن تصدر الإجازة بعد أن يكون المتعاقد قد كشف الغلط والتليس.

٣) أثر الإجازة^(١):

يترتب على الإجازة زوال الخطر الذي كان يتهدد العقد. فالعقد القابل للإبطال هو في حقيقته عقد صحيح منتج لكل آثاره حتى يتقرر بطلانه بالاتفاق أو بالتقاضي. وعليه فلا يصح القول بأن الإجازة تصحح العقد، وإنما تؤدي فقط إلى إزالة الخطر الذي يتهدد العقد وهو طلب إبطاله.

فالإجازة تؤدي العقد الصحيح الذي كان مهدداً بالزوال، وهذا هو معنى الأثر الرجعي للإجازة الذي يشير إليه نص المادة ١٩٩ مدني بقولها: ((يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية من يملك الحق في إبطال العقد وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير الذين تنقوها قبل الإجازة)).

فالإجازة تستند في حالة صدورها إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، غير أن هذا الأثر الرجعي للإجازة إنما يكون، وكما تنص هذه المادة دون إخلال بحقوق الغير. وغرض المشرع من ذلك أن الأثر الرجعي للإجازة لا يكون إلا بين المتعاقدين. فلو أن قاصراً باع شيئاً معينة وبعد بلوغه سن الرشد باع هذه العين

(١) د. البيراوي، مرجع سابق، ف. ١٧٠، ص ٣٥٣.

مرة ثانية أو رهنها لآخر، ثم أجاز العقد القابل للإبطال، فإن الإجازة لا تؤثر على حق المشتري الثاني أو الدائن المرتهن إذ تخلص العين لهذا المشتري أو تبقى مثقلة بحق الرهن رغم الإجازة.

وينتقد البعض^(١) فكرة الأثر الرجعي للإجازة على أساس أن العقد القابل للإبطال قبل الإجازة عقد صحيح مرتب لكافة أثره. فإذا صدرت الإجازة فكل ما يترتب عليها هو زوال قابلية العقد للإبطال بزوال الخطر الذي كان يهدده. فهي لا تجعل العقد ينتج أثراً لم يكن ينتجه من قبل ولهذا لا يتصور أن يكون لها أثر رجعي يضر بحقوق الغير. ومن ثم فالقول بأن الأثر الرجعي للإجازة يجب ألا يخل بحقوق الغير هو تحميل لهذا الأثر فوق ما يتحمل من معنى. فالمشتري من قاصر مثلاً يصبح مالئاً للعين المبيعة إلى أن يطلب القاصر إبطال العقد. فإذا باع القاصر العين بعد بلوغه سن الرشد أو رهنها فإنه يتصرف في شيء لا يملكه، فإذا أجاز بعد ذلك البيع الذي أبرمه وهو قاصر فإن الماكية تستقر للمشتري الأول خالصة من الرهن. ولا يكفي أن يقال لتبرير الحل الذي وضعه المشرع إن التصرف الثاني يعد نزولاً عن الحق في الإجازة للتصرف الأول لأن هذا يعني التمسك بإبطال هذا التصرف مع أن الإبطال لا يتقرر إلا بالاتفاق أو بحكم القاضي، أما قبل ذلك فإن العقد يكون صحيحاً منتجاً لكافة آثاره.

١١٥- ب) أثر مضي المدة المانعة من سماح الدعوى^(٢):

يسقط الحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال بمضي المدة القانونية، وبالتالي فلا يجوز بعد ذلك طلب إبطاله لا من طريق الدعوى ولا من طريق الدفع وبذلك يستقر العقد نهائياً بعد أن كان مهدداً بالزوال.

فالمادة ٢٠٠ مدني تنص على أنه: ((لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنين مع عدم وجود مانع أو جهل بسبب البطلان، وتبدأ المدة بالنسبة للصغير من يوم بلوغه رشيداً وبالنسبة لناقص الأهلية غير

(١) د. الصده، مرجع سابق، ف ٢٥٠، ص ٢٨٧.
(٢) د. البدر اوي، مرجع سابق، ف ٢٧١، ص ٣٥٥.

الصغير من يوم زوال سبب ذلك، وفي حالتي الغلط والتليس (التغير) من اليوم الذي يتكشف فيه)).

وكما أن الإجازة يستند أثرها إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، فكذلك مضى المدة يكون له هذا الأثر الرجعي. إذ بمضي المدة يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية ويثبت له هذا الوصف من وقت إبرامه فيعتبر أنه كان كذلك من وقت الانعقاد.

لكن هناك فرقاً أساسياً بين الإجازة ومضي المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى فيما يتعلق بحقوق الغير. فالمادة ٩٩ مدني تقضي بأن ((الأثر الرجعي للإجازة يجب ألا يؤثر على حقوق الغير)) بينما لم يرد مثل هذا القيد في شأن عدم سماع الدعوى لمضي المدة. فلو أن قاصراً باع عبثاً، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل سقوط الحق في طلب الإبطال بعدم سماع الدعوى رتب على العين رهناً ثم تم التقادم، فإن ملكية العين تستقر للمشتري غير مثقلة بالرهن وذلك على خلاف ما رأيناه في حالة الإجازة.

وقد حدد القانون المدني مدة التقادم بثلاث سنين تبدأ من اليوم الذي يزول فيه سبب قابلية العقد للإبطال وذلك على النحو الآتي: ففي عيوب الرضا يسقط الحق في طلب الإبطال بمضي ثلاث سنين من اليوم الذي يتكشف فيه الغلط أو التليس، أو من اليوم الذي يرتفع فيه الإكراه (في القانون المصري)، وهو يسقط في كل الأحوال بمضي خمس وعشرين سنة من وقت إبرام العقد في القانون اليمني. فلو أن أحد المتعاقدين وقع في غلط مثلاً وانكشف له هذا الغلط بعد سنة من تاريخ العقد فإن الحق في طلب الإبطال يسقط بمضي ثلاث سنين من وقت انكشاف الغلط. أما إذا كان الغلط لم يتكشف إلا بعد مضي أربع وعشرين سنة مثلاً من تاريخ العقد فإن الحق في طلب الإبطال يسقط حينئذ بمضي خمس وعشرين سنة من وقت العقد أي بعد سنة من وقت انكشاف العيب. أما في حالة نقص الأهلية فيسقط الحق في طلب الإبطال بمضي ثلاث سنين من وقت زوال نقص الأهلية وذلك بصرف النظر عن المدة التي مضت من وقت العقد.

١١٦ - ثانياً: العقد الباطل^(١):

العقد الباطل لا تصححه الإجازة أو مضي المدة لأنه معدوم وليس من شأن الإجازة أو مضي الزمن أن يخلقا من العدم وجوداً (م/٢٠١ مدني). لكن المشرع يقرر أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمس وعشرين سنة من وقت إبرام العقد. فالمادة ٢٠٢ مدني تنص على أنه: ((إذا لم يتمسك أحد ببطلان العقد الباطل أصلاً ولم تحكم المحكمة ببطلانه وبقي المتعاقدان عليه لمدة خمس وعشرين سنة مع عدم المانع وكان محله مالا أو منفعة فلا تسمع الدعوى ببطلانه ما لم يكن العقد محرماً شرعاً كما نصت المادة التي قبلها)). والنص يشير إلى المادة ٢٠١ مدني التي تقضي بأنه: ((إذا كان بطلان العقد راجعاً إلى أنه محرم شرعاً كان على العاقلين أو غيرهما التمسك بالبطلان، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا تلحق العقد الإجازة ولا يزول البطلان بها إذا حصلت)).

وعليه ووفقاً لنص المادة ٢٠١ مدني فلو وجد بيع باطل ثم تم تسليم المبيع فيه إلى المشتري وبعد مضي مدة خمس وعشرين سنة من وقت إبرام العقد رفع البائع دعوى يطالب فيها ببطلان البيع حتى يسترد المبيع فإن المشتري يستطيع أن يتمسك بمضي المدة المانعة من سماح الدعوى.

والواقع أن النص على عدم سماح دعوى بطلان العقد الباطل لا يعني أن هذا العقد قد أصبح صحيحاً بمضي الزمن وإنما أريد به أن تخضع دعوى البطلان المطلق لما هو مقرر بالنسبة لجميع الدعاوي من عدم سماح الدعوى بمضي المدة القاتلية ولا يشذ عن هذا سوى حق الملكية ودعوى الاستحقاق التي تحميها إذ أنهما لا يسقطان بالتقادم المسقط. والدليل على أن العقد لا يتصحح بمضي المدة المانعة من سماح دعوى البطلان أن الدفع بالبطلان لا يسقط بمضي المدة.

(١) د. البيراوي، مرجع سابق، ف٢٧٣، ص٣٥٨، د. الصده، مرجع سابق، ف٢٤٥، ص٢٨٥.

فلو أن المشتري في المثال السابق لم يتسلم المبيع ورفع دعوى يطالب فيها البائع بتسليم المبيع، كان للبائع أن يدفع هذه المطالبة ببطلان البيع ولو كان قد مضى على العقد أكثر من خمس وعشرين سنة، لأن البائع في هذه الحالة يدفع بالبطلان والدفع لا يسقط وإنما الذي يسقط هو الدعوى.

ويلاحظ أن سقوط دعوى البطلان لا يؤثر كذلك على ما للطرفين من حق في طلب رد ما أداه كل منهما. فإذا كانت دعوى بطلان بيع أرض قد سقطت بمضي المدة فإن البائع في هذه الحالة يستطيع أن يسترد الأرض بدعوى الاستحقاق وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم المسقط. فإذا تمسك المشتري مثلاً في هذه الدعوى المرفوعة من البائع بتملك المبيع بناء على البيع الباطل استطاع البائع أن يدفع هذا التمسك ببطلان البيع إذ أن الدفع بالبطلان لا يسقط. وبهذا يستطيع البائع أن يسترد الأرض عن طريق دعوى الاستحقاق ما لم يكن المشتري قد كسب ملكة الأرض بطريق آخر كالتقادم المكسب مثلاً في القانون المدني المصري، وهذا أمر يتعلق بالحيازة الممتدة والتي تؤدي إلى إكساب الحائر للأرض إذا توفرت شروط الحيازة، فلا تسمع حينئذ دعوى الاستحقاق لمضي المدة، ويستطيع المشتري في المثال السابق استرداد الثمن الذي دفعه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق. فإذا تمسك البائع بالبيع الباطل كأساس لاستيقاء الثمن بيده استطاع المشتري أن يدفع هذا التمسك ببطلان البيع، وذلك ما لم تكن دعوى الاسترداد قد سقطت هي أيضاً بمضي المدة.

المبحث الثاني

آثار البطلان

١١٧- تمهيد وتقسيم:

إذا تم إبطال العقد القابل للإبطال بالتراضي أو بالتقصص أو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً فإن الآثار التي تترتب عليهما واحدة بينها القانون المدني اليمني في المادة ٢٠٣ وهي أن العقد يزول بآثر رجعي إلى يوم إبرامه، ويعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد.

وندرس آثار البطلان بنوعيه في العلاقة بين المتعاقدين وبالنسبة للغير وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين

١١٨- القاعدة العامة في آثار البطلان^(١):

الأصل أنه يترتب على إبطال العقد القابل للإبطال والعقد الباطل إعادة المتعاقدين إلى حالتهم قبل التعاقد نتيجة لزوال العقد وبآثر رجعي إلى يوم إبرامه.

فإذا كان العقد الذي تقرر بطلانه لم ينفذ بعد فلا يلتزم أي من المتعاقدين بشيء نحو الآخر. وإذا كان العقد قد نفذ كله أو بعضه وجب أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فيرد كل متعاقد إلى الآخر ما أخذه منه.

^(١) البيراوي، مرجع سابق، ف٢٧٥-٢٨١، ص٣٦-٣٨.

فإذا كان العقد بيعاً مثلاً تعين على البائع أن يرد الثمن الذي تسلمه إلى المشتري وتعين على المشتري أن يرد المبيع الذي تسلمه من البائع.

وقد يحدث أن يكون الرد مستحيلًا في بعض الأحيان، فالمبيع مثلاً يكون قد هلك فيتعذر على المشتري رده. فإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المشتري النظم بدفع تعويض معادل لقيمة المبيع وقت هلاكه. أما إذا كان الهلاك راجعاً إلى قوة القاهرة فلا يلزم المشتري برد قيمة المبيع الهالك.

وقد بينت كل هذه الأحكام السابقة المادة ٢٠٣ مدني بقولها: ((إذا كان العقد غير صحيح وترافع المتعاقدان فيعادلان إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلًا جاز الحكم بتعويض، ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته برد غير ما بقي لديه وما استعاض به شيئاً باقياً له)).

١٩- الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة:-

على أنه يرد على هذه القاعدة استثناءات لا يمكن فيها تطبيق الأثر

الرجعي للبطلان وهذه الاستثناءات هي:-

أولاً: في العقود الزمنية:-

لا يمكن إعمال الأثر الرجعي للبطلان فيها لأنه يستحيل مادياً إزالة بعض الآثار التي تترتب في الماضي. ففي عقد الإيجار مثلاً وهو عقد زمني لا يمكن إزالة الانتفاع الذي تم ويلتزم المستأجر بتعويض الموفر عن هذا الانتفاع الذي تحقق في الماضي. وهذا التعويض ليس أجرة إذ العقد باطل، ولكنه تعويض مصدره الإثراء على حساب الغير بدون سبب. وكثيراً ما يطبق القاضي شروط العقد فيحدد التعويض عن شغل العين المؤجرة على أساس الأجرة المتفق عليها في العقد. والقاضي في تقديره للتعويض لا يطبق العقد لكنه يعتبر العقد الوسيلة المحققة للعدالة بين الطرفين.

ثانياً: إبطال العقد بسبب نقص الأهلية^(١):

نص القانون المدني في المادة ٢٠٣ رعية منه لنقص الأهلية على عدم إلزام ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لهذا السبب أن يرد كل ما أخذه نتيجة العقد بل يقتصر على رد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

فإذا باع القاصر وقبض الثمن ثم أبطل البيع بناءً على طلبه بعد بلوغه سن الرشد أو بناءً على طلب وصيه، فقد كان منطق الإبطال يقتضي بأن يسترد القاصر المبيع ويرد ما قبضه من ثمن لكن القانون يقتضي برد مقدار ما عاد عليه من منفعة فقط. فإذا كان قد أنفق الثمن في ملذاته أو لهوه لا يلتزم برد شيء منه، أما إذا بقي معه منه شيء أو أنفقه في وجوه الإنفاق المعقولة أو استثمره كان ملزماً عندئذ برده وفي حدود ما عاد عليه من نفع.

وعلى المتعاقد مع القاصر أن يثبت استفادة القاصر مما قبضه من الثمن ويرجع منه في تحديد مدى الاستفادة إلى وقت طلب الإبطال أو وقت اكتمال الأهلية إذا لم يطلب الإبطال قبل ذلك.

ثالثاً: البطلان الجزئي (الإنقاص)^(٢):

قد يحدث ألا يبطل العقد كله، وإنما يبطل بعضه كشرط فيه مثلاً، وعندئذ يقتصر أثر البطلان على هذا الشرط ويبقى العقد، وذلك ما لم يتبين أن البعض الباطل لا ينفصل عن جملة العقد فيبطل العقد كله. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٠٤ مدني بقولها: ((إذا كان العقد غير صحيح في بعض متميز منه فهذا البعض وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير البعض الذي ثبت عدم صحته فيبطل العقد كله)).

ومثال الإنقاص أن تكون هبة مقترنة بشرط غير مشروع فتصح الهبة ويبطل الشرط ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع إلى التبرع فتبطل الهبة كلها. ومثاله أيضاً أن يقع المتعاقد في غلط جوهري في أحد الأشياء المبيعة فيبطل البيع في

١٤٩

(١) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ف ١٤٦، ص ٢٩٨.
(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف ١٤٣، ص ٢٩٥، د. الصده، مرجع سابق.

خصوص هذا الشيء فقط، ما لم يتبين أن الصفقة غير قابلة للتجزئة فيكون العقد كله قابلاً للإبطال وإذا أطل انتفى كل أثر له.

على أن جزاء الإنقاص يكون واجباً حيث ينص عليه القانون كجزاء لمجاوزة بعض الحدود التي يقررها كما هو الحال في الاتفاقات التي تريد فيها الفائدة عن الحد الأقصى القانوني في ظل القوانين التي تجيز الفائدة فلا يبطل العقد بل تحذف الزيادة على الحد الأقصى، ومن ذلك أيضاً تجاوز الثمن الذي تحدده قوانين التسعيرة الجبرية حيث يتم إنقاص العقد دون حاجة إلى إبطاله.

رابعاً: تحول العقد:

يقصد بتحول العقد تحوله من عقد باطل إلى عقد صحيح أدنى منه، فقد يبطل العقد لعدم توفر شرط من شروطه، ولكنه مع بطلانه قد يصلح أن يبقى في صورة عقد أدنى من العقد الباطل لتوفر شروط صحة هذا العقد.

فالعقد القسمة مثلاً إذا كان باطلاً لسبب من الأسباب يمكن أن يكون عقد قسمة مهايأة أي قسمة انتفاع، فيبقى الشركاء في الشيوع بسبب بطلان عقد القسمة النهائي، ويتحول هذا العقد الباطل إلى عقد صحيح أدنى من عقد قسمة الملك هو قسمة المهايأة، وكالبيع بشئ ثاقه يبطل البيع لانعدام ركن الثمن ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة متى استوفى الشكل الرسمي، والسند الرسمي إذا كان باطلاً كسند رسمي يمكن أن يكون سنداً صحيحاً بصفته سنداً عرفياً متى اشتمل على توقيع الطرفين.

المطلب الثاني

آثار البطلان بالنسبة للغير^(١)

١٢٠- المقصود بالغير في هذا الخصوص:

يقصد به في خصوص آثار البطلان من تلقى من المتصرف إليه في العقد القابل للإبطال أو الباطل حقاً متعلقاً بالشئ، محل هذا العقد. وبمعنى آخر، فالغير هو الخاف الخاص للمتصرف إليه كالمتلقي ملكية الشئ، ومن قرر له على هذا الشئ حق عيني تبعي كالرهن أو حق الامتياز. كمن يشتري عيناً بعقد باطل أو قابل للإبطال ثم يبيعها إلى مشتر ثان أو يرهنها إلى آخر. فالمشترى الثاني والمرتهن يعتبران من الغير بالنسبة للعقد الباطل أو القابل للإبطال.

١٢١- آثار البطلان بالنسبة للغير:

ويثار التساؤل حول أثر البطلان بالنسبة للغير. بمعنى هل تسقط حقوق الخاف الخاص التي كسبها من المتصرف إليه في العقد الباطل أو القابل للإبطال إذا سقط عقده بالإبطال؟

القاعدة أن البطلان ينتج أثره الرجعي ليس في علاقة المتعاقدين فحسب بل وبالنسبة للغير أيضاً. وهذا يعني سقوط الحقوق التي كسبها الغير متى سقط حق المتصرف إليه نتيجة لبطلان سنده. وعليه فإذا اشترى شخص عيناً معينة ثم باعها أو رهنها أو وهبها ثم أبطل سنده وجب منطقياً أن يسقط بالتالي عقد البيع أو الرهن أو الهبة إذ يعتبر عندئذ صادراً من غير مالك.

غير أنه يرد على هذه القاعدة طائفة من القيود تحقق مبدأ استقرار التعامل والمحافضة على الثقة والائتمان وحسن النية. وأهم هذه القيود ما يتعلق بعقود الإدارة. حيث تظل قائمة ولا تسقط رغم بطلان سند من صدرت منه، مادامت من أعمال الإدارة الحسنة. ففي عقد الإيجار مثلاً إذا كان قد تم إبرامه بأجرة

(١) د. البدرلوي، مرجع سابق، ف٢٨٦، ٢٨٧، ص٣٧٣-٣٧٦.

المثل وعقد بدون غش من جانب طرفيه، وكانت مدته لا تتجاوز الثلاث سنين فإنه يكون نافذاً في مواجهة المالك الحقيقي للمدة المحددة فيه.

الباب الثاني

آثار العقد

١٢٢- تمهيد وتقسيم:-

الآثر الطبيعي للعقد هو الرابطة الإلزامية التي ينشئها بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة منه. هذه الرابطة الإلزامية ندرسها من حيث مدى التزام المتعاقدين بها ويعبر عن هذا المدى بالقوة الملزمة للعقد أو أثر العقد من حيث الموضوع، وندرسها من حيث الأشخاص الذين تنصرف إليهم هذه الرابطة الإلزامية ويعبر عن هذا بتسببية أثر العقد.

وعلى ذلك يمكن دراسة موضوع الباب في فصلين، نتناول في الفصل الأول القوة الملزمة للعقد، ونتناول في الفصل الثاني تسببية أثر العقد.

الفصل الأول

القوة الملزمة للعقد

١٢٣- تقسيم:-

وندرس القوة الملزمة للعقد في مباحث ثلاثة. ندرس في المبحث الأول تعيين مضمون الرابطة العقدية أي الالتزامات الناشئة من العقد. وندرس في المبحث الثاني لزوم العقد.

وفي المبحث الثالث ندرس جزاء القوة الملزمة للعقد أي المسؤولية العقدية.

المبحث الأول

تعيين مضمون الرابطة العقدية

١٢٤- تمهيد وتقسيم:-

لتحديد مضمون الرابطة العقدية أي الالتزامات الناشئة من العقد يحتاج الأمر إلى تفسير العقد لفهم العبارات التي عبر بها المتعقدان عن قصدهما المشترك. فإذا تم تفسير العقد وجب بعد ذلك تكييفه أي إعطاؤه وصفه القانوني. بعد ذلك يتم تحديد مدى الالتزامات التي أنشأها العقد. وعليه نتناول موضوع المبحث في مطالب ثلاثة، نتناول في المطلب الأول تفسير العقد، ونتناول في المطلب الثاني تكييفه وفي المطلب الثالث تحديد مضمونه.

المطلب الأول

تفسير العقد^(١)

١٢٥- المقصود بالتفسير^(٢):

يقصد بالتفسير بيان حقيقة ما قصدت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة. وتفسير العقد من عمل القاضي يقوم به في ضوء قواعد التفسير التي نص عليها المشرع. وقد يبدو لأول وهلة أن دور التفسير يأتي بعد الانتهاء من البحث في انعقاد العقد وفي صحته. وبمعنى آخر قد يعتقد أن دور التفسير لا يظهر إلا في مرحلة آثار العقد. والواقع أن دور التفسير يمتد إلى تكوين العقد وصحته. فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين حتى يتبين ماذا كان العقد قد تم تكوينه باتفاق هاتين الإرادتين أم لا. ويستعين به أيضاً

(١) يراجع في هذا الموضوع بالتفصيل د. البدرأوي، مرجع سابق، ف ٢٩١-٢٩٤، ص ٣٨٨-٣٨٩، د. الصدة، مرجع سابق، ف ٢٧٩-٢٨٣، ص ٣١٦-٣٢٣، د. أنور سلطان، مرجع سابق، ف ٢٨٨-٢٨٩، ص ٩٥-١٠٨، د. أحمد ديمحمد الشامي، مرجع سابق، ف ٢٢١-٢٢٧، ص ٢٤٧-٢٤٩، د. سمير تناغز، ص ١٤٩-١٤٤، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٠-١١٠، د. سعد محمد سعد، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٢) د. البدرأوي، ف ٢٩١، ص ٣٨٨، د. الصدة، ف ٢٧٩، ص ٣١٦.

لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضعت له من خلال التفسير صحيحة أو معيبة. ويستعين به كذلك لتحديد مضمون العقد الذي يجب تنفيذه.

١٢٦- حالات التفسير:

قد يستدعي الأمر تفسير عبارات العقد بعد إبرامه صحيحاً وذلك بهدف معرفة مدى الاتساق التي يربتها العقد والتي يجب تنفيذها من قبل المتعاقدين. وقد فرق المشرع في هذا الشأن بين ثلاث حالات من حالات التفسير، عندما تكون عبارة العقد واضحة، وعندما تكون غير واضحة، وعند الشك فيها، وتتناول فيما يأتي هذه الحالات الثلاث.

١٢٧- أولاً: حالة وضوح عبارة العقد^(١):

قرر المشرع اليمني في المادة ٢١٢ مني في الجزء الأخير منها على أنه:
((...إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز العدول عنها عن طريق تفسيرها بحجة التعرف على إرادة المتعاقدين)).

فالض صريح في أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا محل لتأويلها على معنى يخالف المعنى الواضح لهذه العبارات، وإلا فإن القاضي يكون قد خرج عن مهمته وهي الحكم بمقتضى العقد دون تعديل لأحكامه. وعلى خلاف ذلك فإن القاضي يباشر سلطته التقديرية في تفسير العقد إذا لم تكن عباراته واضحة كما سنعرف بعد قليل.

على أنه يجب التمييز في هذه الحالة بين فرضين^(٢):

الفرض الأول: تكون عبارة العقد فيه واضحة في دلائلها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. حينئذ يجب على القاضي أن يأخذ بما تقول به عبارة العقد. فإذا

(١) د. الصده، ف ٢٨١، ص ٣١٧، د. البراوي، ف ٢٩٢، ص ٣٨٣.
(٢) د. سمير تنافس، ص ١٤٦، د. البراوي، ف ٢٩٢، ص ٣٨٣.

انعرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفاً لما قصدته المتعلقان بولدي إلى نقض حكمه^٤.

الفرض الثاني: تكون عبارة العقد فيه واضحة ولكنها بالرغم من ذلك لا تعبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعلقين^(١).

ولما كانت العبارة بوضوح الإرادة كان للقاضي أن يقوم بالتفسير على الرغم من وضوح العبارة، فيترك المعنى الظاهر الذي تفيد عبارة العقد إلى معنى آخر يصل إليه من طريق التفسير يراه أكثر اتفاقاً مع إرادة المتعلقين. وعليه في هذه الحالة أن يبين الأسباب التي دعت به إلى الدخول عن المعنى الظاهر إلى المعنى الذي رجحه وهي أسباب لابد أن تستند إلى الإرادة الحقيقية للمتعقلين.

ويلاحظ هنا أن محكمة النقض من حقها أن تراقب قاضي الموضوع في التفرقة بين ما يعد من العبارات واضحة وما يعد غير واضح. وهي تراقب أيضاً الأسباب التي يبيها هذا القاضي كمبرر للخروج على العبارات الواضحة^(٢).

والمشروع اليمني بهذا النص الوارد في هذا الفرض يأخذ في الحقيقة بالإرادة الباطنة وهي الإرادة الحقيقية غاية الأمر أنه اعتبر الإرادة الظاهرة في الحالات التي تكون فيها عبارات العقد واضحة هي خير معبر عن الإرادة الحقيقية وأجاز مع ذلك للقاضي حتى في هذه الحالة أن يخرج عن الإرادة الظاهرة ويأخذ بالإرادة الباطنة على أن يبدي الأسباب التي جعلته يفسر عبارات العقد على النحو الذي ذهب إليه.

١٢٨ - ثانياً: حالة غموض عبارة العقد^(٣):

لم يشر المشروع اليمني إلى هذه الحالة واقتصر على بيان حكم حالة وضوح العبارة وحالة الشك فيها، وهذا عيب كان ينبغي التنبيه له عند وضع النصين المتعلقين بالتفسير، وقد بين القانون المدني المصري حكم هذه الحالة في الفقرة

(١) د. الصده، ف ٢٨١، ص ٣١٨.

(٢) د. سمير تناخي، ص ١٤٤.

(٣) الصده، ف ٢٨٢، ص ٣١٩.

الثانية من نص المادة ١٥٠ بقولها: ((أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)).

فالعبرة الغامضة وهي التي تحتمل أكثر من معنى تحتاج إلى تفسير لإزالة غموضها للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والقاضي لا يتقيد في هذا التفسير بالمعنى الحرفي للألفاظ. وقد ذكر النص السابق بعض العوامل التي يستطيع القاضي أن يفسر في ضوءها العبارات الغامضة في العقد وهي طبيعة التعامل، والأمانة، والثقة الواجب توافرها بين المتعاقدين، والعرف^(١).

والمقصود بطبيعة التعامل هو طبيعة العقد ذاته. فإذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى فإنه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة العقد. فإذا اشترط التعبير على المستعير أنه في حالة هلاك الشيء فإن المستعير يرد مثله فلا يؤخذ هذا الشرط على أن العقد عارية استهلاك بل يؤخذ على أنه عارية استعمال، ولكن بدلاً من التزام المستعير بالتعويض في حالة هلاك الشيء فهو يلتزم برد شيء مماثل للشيء محل العقد.

والأمانة والثقة بين المتعاقدين تقضيان بأنه إذا كان في تعبير أحد المتعاقدين ليس ما ولكن المتعاقد الآخر يفهم حقيقة المقصود من التعبير فليس له أن يستغل هذا اللبس، وكذلك من حق أي متعاقد أن يفهم عبارة المتعاقد الآخر بحسب ما تؤدي إليه مثل هذه العبارة في المعاملات بين الناس.

ويقصد بالعرف الجاري في التعامل بوصفه عنصراً من عناصر التفسير ما استقر في التعامل من عادات لم ترق بعد إلى مستوى العرف الذي يعد قانوناً ملزماً، فالعرف في هذه الحالة ليس سوى مصدر احتياطي من مصادر القانون

(١) وتوجد عوامل أخرى نذكرها القانون المدني الفرنسي منها: أنه إذا كانت العبارة تحتمل أكثر من معنى فإنها تجعل على المعنى الذي يجعلها ينتج أثر قانونياً، ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضها، ومن ذلك كذلك أن تخصص حالة بالذكر لا يجعلها تفرد بالحكم، وإلى جانب هذه العوامل فإن القاضي قد يلجأ في التفسير إلى الطريقة التي يتم بها تنفيذ العقد.

ولا يلجأ إليه القاضي إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو عندما يحتاج الأمر لتكملة العقد أو التفسير غموضه، ومن الأمثلة على حكم من أحكام العرف ما يجري عليه العمل من أن أجر السمسار يقابل ٢,٥ % من الصفقة. وجميع هذه العوامل التي ذكرناها والتي يستعين بها القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة كلها عوامل موضوعية تجعل من الإرادة الظاهرة وسيلة القاضي للوصول إلى الإرادة المشتركة.

١٢٩- ثالثاً: حالة الشك في معنى العبارة الغامضة:

تنص المادة ٢١٣ مدني على أنه: ((إذا حصل شك في عبارات العقد يفسر الشك في مصلحة المدين لأنه الطرف الملتزم، إلا في عقود الإذعان وهي التي وضع شروطها القوي على الضعيف فلا يجوز أن يكون التفسير فيها ضاراً بمصلحة الطرف المدعى)).

والنص يشير إلى حالة تكون عبارة العقد فيها محل شك، أي تحتمل أكثر من معنى، ولا يستطيع القاضي على الرغم من استعانتة بوسائل التفسير المختلفة أن يصل إلى معنى يرجحه على غيره من المعاني. فيظل القاضي في شك من حقيقة المعنى المقصود لأن لكل معنى وجهاً يهض به ولأنه لا وجه للرجح معنى على آخر^(١) حينئذ يفسر القاضي الشك في مصلحة المدين.

وأهم ما قيل في تبرير هذه القاعدة هو أن الأصل في الإنسان براءة الذمة ولا يمكن مخالفة هذا الأصل اعتماداً على الشك وحده، وأن الدائن هو الذي يبلي شروط العقد على المدين فإذا هو أهمل في ذلك مما أدى إلى جعل التزام المدين موضع شك فإنه يتحمل نتيجة هذا الإهمال^(٢). ومن أمثلة هذه القاعدة أنه إذا لم يعرف ما إذا كان الشرط الجزائي يستحق عند التأخر عن التنفيذ أو عند عدم التنفيذ فإنه يؤخذ على أنه يجب فقط عند عدم التنفيذ.

والتحديد الراجح للمدين الذي يفسر الشك لمصلحته هو المدين في الشرط أي من يضار من الشرط الذي يتم تفسيره. فهو تارة يكون مدينياً في الالتزام الذي

(١) الصده، ف٢٨٣، ص٣١، د. سببر تناق، ف١٢٣، ص٨٨، ١٤٨.

(٢) د. الصده، ف٢٨٣، ص٣١، د. سببر تناق، ف١٢٣، ص٨٨، ١٤٨.

يقرره الشرط، وهذا هو الغالب، وتارة أخرى يكون مديناً في الشرط دانناً في الالتزام. فإذا كانت العبارة محل التفسير تفرض التزاماً فإن الشك يفسر في مصلحة المدين في هذا الالتزام وهو المدين في الشرط أيضاً، وهذه هي الصورة الغالبة. فإذا كان هناك شرط جزائي في العقد وقام الشك في معرفة ما إذا كان هذا الشرط يستحق في حالة التأخر في التنفيذ أم أنه لا يستحق إلا عند عدم التنفيذ. فإنه يجب حينئذ تفسير الشرط على أنه لا يستحق إلا عند عدم التنفيذ. إذا كانت العبارة محل التفسير تعفي الشخص من التزام يقع عليه طبقاً للقواعد العامة فإن الشك يفسر حينئذ في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط وهو الدائن في هذا الالتزام، ولكنه مدين في الشرط. فإذا ورد في عقد الإيجار شرط يعني أن المؤجر من المسؤول عن التعرض المصادر من الغير، فيجب تفسيره على أن المقصود به هو اتباع حكم القانون. فلا يفي المؤجر إلا من التعرض المادي دون التعرض القانوني. وفي هذا مراعاة للطرف الذي يضار من الشرط وهو المستأجر مع أنه الدائن في الالتزام بالضمان الذي يقع على عاتق المؤجر^(١).

على أن النص يستثني من قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين حالة ما إذا كانت العبارة الغامضة التي يجري تفسيرها قد وردت في عقد إيمان إذ يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعى دانناً كان أو مديناً، ويبرر هذا الاستثناء بأن الطرف القوي هو الذي وضع شروط العقد وفرضها على الطرف الضعيف وعليه تقع مسؤولية أي غموض كان في وسعه أن يتحاشاه.

(١) د. الصده، ف ٢٨٣، ص ٣٢١.

المطلب الثاني

تكييف العقد^(١)

يقصد بالتكييف إعطاء العقد وصفه القانوني أي إدخاله في جنس معين من العقود والتصنيفات المعروفة قانوناً، هل هو عقد بيع أو هبة أو وصية، حتى يطبق عليه أحكام القانون.

والتكييف يحتاج من القاضي إلى أمرين: الأول إعطاء الاتفاق وصفه القانوني الأمر الذي يقتضي البدء أولاً بتفسير العقد. والثاني معرفة العناصر الأساسية لكل عقد من العقود وذلك بتحديد كل عقد منها وتميزه عما عداه، وبيان خصائصه الذاتية.

ويعد التكييف من مسائل القانون حيث يجب أن يقوم به القاضي من تلقاء نفسه حتى يستطيع أن يطبق على العقد أحكام القانون سواء ما كان منها أحكاماً أمرية أو مكملة. والقاضي في وصفه للعقد غير مقيد بما يضيفه عليه أصحاب الشأن من وصف. وهو بتكييفه للعقد يخضع لرقابة محكمة النقض إذ أننا بصدد مسألة قانونية.

(١) د. البير اوي، ف ٢٩٦، ص ٩٣٠، د. إسماعيل غانم، ف ١٥٣، ص ٨٠، ٣٠، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١١١.

المطلب الثالث

تحديد مضمون العقد^(١)

١٣٠- المقصود بتحديد مضمون العقد:

يقصد بتحديد مضمون العقد تحديد الالتزامات الناشئة منه. وتحديد مضمون العقد يتم بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين تلك الإرادة التي تكون واضحة أو يتم كشفها بالتفسير.

على أن القاضي قد لا يستطيع عن طريق التفسير الاهتداء إلى مقصد المتعاقدين في خصوص مسألة في العقد، وفي هذه الحالة يكون له أن يكمل إرادة المتعاقدين حتى يصل إلى تحديد دقيق لمضمون العقد^(٢).

والقاضي وهو يقوم بتكملة العقد يتخطى بذلك مرحلة التفسير إلى مرحلة الإضافة. لكن هذا الدور من القاضي لا يصل إلى درجة تعديل العقد. فالفارق بين التعديل والتكملة تكمن في أن تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل. أما التعديل فهو على العكس موجه ضد الإرادة تحقيقاً للعدالة، ولذلك فهو لا يجوز. إلا في حالات محدودة وبناء على إذن من القانون^(٣).

١٣١- الوسائل التي تعين القاضي في تكملة العقد:

نصت على هذه الوسائل المادة ١٢٢ مذي في شطرها الثاني بقولها: ((...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه صريحاً فحسب بل يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للشرع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)).

(١) د. إسماعيل غانم، ف ١٥٤، ص ٣٠٩، د. البدر الوي، ف ٣٠٣، ص ٣٩٢، د. سمير شاخو، ف ١٢٤، ص ١٤٤، د. رمضان أبو السعود، ص ٢١٢، د. أنور سلطان، ف ٢٩١، ص ٨٠.

(٢) د. البدر الوي، ف ٢٩٨، ص ٢٩١، د. رمضان أبو السعود، ص ٢١٢، د. سمير شاخو، ص ١٥٠.

وفي ضوء هذا النص يتبين أن تحديد مضمون العقد لا يقتصر على الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان كما توضحت من تفسير إرادتهما المشتركة. بل إن العقد يلزم طرفيه أيضاً بما هو من مستلزماته طبقاً لطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة.

١- فالقاضي يرجع إلى طبيعة الالتزام لتحديد مضمون العقد. وقد نص القانون المدني في المادة ٥٢٩ هـ على أنه ((يلزم البائع تسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ويشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٥١٦ هـ وما بعدها)).

وهذه المواد تحدد ما يدخل في المبيع ضمناً لا يعتبره من ملحقات المبيع حتى ولو لم يرد له ذكر في البيع. ففي بيع العقار مثلاً يعد من مستلزماته مفاتيح المنزل ومستندات الملكية، والحقوق والدعاوى المرتبطة به، كحقوق الارتفاق المقررة له، ودعاوى الضمان التي كانت للبائع قبل من تلقى الحق منه.

وفي بيع المنقول نجد تطبيقات عديدة لما يعد من ملحقات المبيع وفقاً لطبيعته. ففي بيع الحيوان يشمل البيع الصوف والشعر المهيأ للجزء، وبيع جوارد أصيل يشمل الأوراق المثبتة لصحة سلامته، وبيع السيارة يشمل الرخصة، وبيع الأسهم والسندات يشمل قسائم الأرباح.

٢- ويستطيع القاضي أن يرجع إلى القواعد القانونية المكملة لإرادة المتعاقدين لإكمال النقص في العقد. من ذلك تحديد مكان وزمان تسليم المبيع ومكان وزمان الوفاء بالثمن، وما يرجع به المشتري على البائع إذا استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً أو إذا ظهر عيب خفي فيه. وما نص عليه في شأن الإصلاحات التي يلزم بها المؤجر وتلك التي يتحملها المستأجر وجميعها تعتبر أحكاماً مكملة لإرادة المتعاقدين.

٣- ويتدخل العرف في تحديد مضمون العقد عندما تكون إرادة المتعاقدين المشتركة ناقصة وعندما لا يجد القاضي قاعدة قانونية مكملة. فإذا جرى العرف

في جهة ما على أن يكون ثمن المياه المستهلكة على المؤجر إلزام المؤجر بذلك
أخذاً بهذا العرف .

٤- ويستطيع القاضي أخيراً أن يلجأ إلى العدالة لتحديد هذا المضمون. فمثلاً
مشتري المحل التجاري يجب أن ينتظر من جانب البائع أن يتمتع عن منافسته
عن طريق انتزاع عملاء المتجر المبيع. ومن ذلك أيضاً الالتزام بضمان السلامة
الذي قرره القضاء الفرنسي في بعض العقود كعقد نقل الأشخاص.

المبحث الثاني

لزام العقد

١٣٢- تمهيد وتقسيم:-

لزوم العقد معناه أن العقد ملزم للمتعاقدين بما يربته من الالتزامات ويجب
عليهم لذلك تنفيذه بأداء هذه الالتزامات. ومعناه أيضاً أنه لا يجوز لهما ولا
للقاضي نقضه ولا تعديله.

فالقاضي يطبق العقد كما لو كان يطبق قانوناً. لأن العقد يقوم مقام القانون في
تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين. فالأحكام القانونية التي تخرج عن
دائرة النظام العام ليست سوى أحكام تكميلية لإرادة المتعاقدين فإذا تولى
المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون
الذي يسري عليهما^(١).

ويعبر عن هذين المعنيين للزوم العقد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(١) د. السنهوري، ج ١، ف ٤٠٩، ص ٨٤٣.

الآن يمكن دراسة موضوع لزوم العقد في مطلبين نتناول في المطلب الأول
تنفيذ العقد، ونتناول في المطلب الثاني، عدم جواز تعديل العقد أو نقضه أي عدم
جواز المساس بالعقد.

المطلب الأول

تنفيذ العقد^(١)

١٣٢- مكرر : المقصود بتنفيذ العقد :

يقصد بتنفيذ العقد أداء الالتزامات التي يولدها. فمضى انعقد العقد التزم كل من طرفيه بتنفيذه أي بتنفيذ كل الالتزامات التي أنشأها. فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه. فبعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، مادام العقد قد نشأ صحيحاً. وفي هذا المعنى تنص المادة ٢١٢ مدني على أنه: ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه...)).

وتنفيذ العقد أي تنفيذ الالتزامات التي يرتبها يتم بإداء المدين محل الالتزام أي بإداء المدين عين ما التزم به. فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتم تنفيذه بقيام المدين بدفع هذا المبلغ. والالتزام بتشييد منزل يتم تنفيذه بإقامة ذلك المنزل بمواصفاته. والالتزام بتسليم شيء يتم تنفيذه بوضع هذا الشيء تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع أن يضع يده عليه بغير عائق. والالتزام بعلاج مريض يتم تنفيذه بإداء الرعاية الطبية التي تتطلبها ظروف الحال.

١٣٢- مكرر : ضوابط تنفيذ العقد :

ويلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة أو بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وفي هذا تنص المادة ٢١٢ مدني على أنه: ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين...)) وقد عبر نص المادة ٤٨٨ مدني مصري بوجود تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فالمعنى واحد في النصين اليمني والمصري.

(١) د. السنهوري، ف ٤٠٩، ص ٨٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، ف ٣٠٨، ص ٥٥٠، د. الصده، ف ٢٨٧، ص ٢٧.

وعليه تقتضي الأمانة والثقة أو حسن النية من المتعاقدين أن يختار كل منهما في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها هذه المعالي. فالمقاول مثلاً الذي يتعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، والناقل يجب أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها. وفي بعض العقود تقتضي الأمانة والنزاهة في التعامل أن يتعاون المتعاقدان معاً في تنفيذ العقد. ففي البيع مثلاً يجب على المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في الوقت الملائم ، وإذا كشف المشتري عيباً في المبيع وجب أن يخطر البائع به خلال المدة المعقولة م/٥٤٧ مدني ، وفي عقد الإيجار إذا ادعى أجنبي حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المودع بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب بها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يعتدي أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها.

ومبدأ حسن النية يوجب على المتعاقد أن يراعيه في تنفيذه للترامه الناشئ من العقد وفي مطالبته بحقه. فهو يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام مسؤوليته عقدية وبذلك تغني هذه المسؤولية عن الالتجاء إلى فكرة التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة، تلك الفكرة التي تكون المسؤولية فيها تقصيرية^(١).

(١) د. الصده، ف٣٢٨، ص٢٩٧.

المطلب الثاني

عدم جواز المساس بالمعقد

١٣٣ - تقسيم:

وندرس موضوع المطلب في فرعين نتناول في الفرع الأول قاعدة عدم جواز نقض العقد أو تعديله وهو المعنى الثاني لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، ونتناول في الفرع الثاني الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

الفرع الأول

عدم جواز نقض العقد أو تعديله

يلتزم المتعاقدان - كما ذكرت قبلاً - بتنفيذ العقد وفقاً لمضمونه الذي تحدد على النحو المتقدم وعلى نحو يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية. ويلتزمان أيضاً - وهذا هو موضوع هذا الفرع - بعدم جواز المساس بالعقد أي بعدم جواز نقضه أو تعديله. وهذا هو مقتضى قاعدة لزوم العقد أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فالعقد إذا توفرت له شروط انعقاده وشروط صحته أصبح ملزماً لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بواسطة القاضي ولا بواسطة أحد المتعاقدين منفرداً^(١). أما اتفاق المتعاقدين معاً على نقض العقد أو تعديله فإن العقد يقبل هذا النقص والتعديل بهذه الإرادة المشتركة ولا يعد في هذا خروجاً على قاعدة عدم جواز نقض العقد أو تعديله. والشروط التي تراعى في الاتفاق بتعديل العقد أو نقضه هي ذاتها الشروط التي تراعى عند إبرام أي عقد جديد^(٢).

^(١) توجد حالات استثنائية ينص فيها القانون - كما سنعرف - على حق المتعاقد بمفرده في إنهاء العقد أو ينص على سلطة القاضي في الإلغاء أو التعديل

^(٢) د. السنهوري، ج ١، ف ١٢٤، ص ٨٤، د. الصده، ف ٢٨٩، ص ٣٣٠، د. سبيل نقاش، ص ١٥٤.

وقد عبر القانون المدني عن هذه القاعدة في المادة ٢١١ بقوله: ((العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي...)) وعبر عنها القانون المدني المصري في المادة ١٤٧ الفقرة الأولى بقوله: ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)).

وهذه القاعدة ليست سوى نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة. فمادام الشارع يعترف للإرادة بسلطان في حدود النظام العام والآداب العامة، فإن ما تتعقد عليه إرادة الطرفين يكون بالنسبة إليهما بمثابة قانون واجب الاحترام^(١).

على أنه يمكن - فضلاً عن هذا - أن نجد لهذه القاعدة أساساً خفياً وأساساً اقتصادياً، فلها أساس خلقي نجده في مبدأ احترام العهد المقطوع. وأساسها الاقتصادي هو الرغبة في توفير الاستقرار للمعاملات، فن يكون هناك استقرار وطمأنينة في العمل إذا سمح للمدين بقض ما تعهد به وعدم تنفيذ ما التزم به في العقد^(٢).

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز نقض العقد أو تعديله

إذا كان الأصل وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق المتعاقدين على النحو الذي سبق شرحه، فإن هناك أحوالاً ينص فيها القانون على أنه "يجوز لأي من المتعاقدين أن يستقل بإنهاء العقد كما

(١) د. الصده، ق ٢٨٩، ص ٣٣٠.
(٢) د. البدرأوي، ق ٣٠٤، ص ٣٩٥.

هو الحال في الوكالة (م/٩٣٢، م/٩٣٣ مدني) والوديعة (م/٩٤٦ مدني) وعقد العمل (م/٧٩٦ مدني).

وهناك أحوال استثنائية ينص فيها القانون على تخويل القاضي سلطة تعديل العقد. ومن هذا القبيل سلطة القاضي في تخفيض أو زيادة قيمة الشرط الجزائي (م/٣٥٤ مدني)، وسسلطته في منح المدين أجلاً للوفاء نظراً للميسرة (م/٢٦٧ مدني).

على أن أهم هذه الحالات التي خول القانون للقاضي فيها سلطة تعديل العقد استثناء من قوته الملزمة حالئذ: الحالة الأولى خاصة بعقود الإذعان حيث يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد بل وأن يعفي الطرف المذعن منها (م/٢١٤ مدني)، والحالة الثانية هي حالة الحوادث الطارئة حيث يجوز للقاضي أن يعدل العقد فيرد الالتزام إلى الحد المعقول.

ونقتصر فيما يأتي على دراسة نظرية الظروف الطارئة أما سلطة القاضي في عقود الإذعان فقد سبقت دراستها.

١٣٤- التعريف بنظرية الظروف الطارئة ونشأتها^(١):

مقتضى هذه النظرية أنه إذا طرأت بعد إبرام العقد، وقبل تمام تنفيذه، حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التبادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً بحيث يصبح تنفيذ التزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة فادحة، كان للقاضي عندئذ أن يتدخل في العقد لتعديل التزامات الطرفين بما يعيد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول^(٢).

ويرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الكنسي في العصور الوسطى حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود سواء تحقق الغبن عند إبرام العقد أو طرأ عند تنفيذه فهو في الحالتين عندهم نوع من الربا المحرم.

(١) د. إسماعيل غانم، ف ١٥٥، ص ٣١٣، د. السنهوري، ف ٤١٦، ٤١٧، ص ٧٥٧-٧٥٨، د. البدرابي، ف ٣١١، ص ٤٠٢، د. أنور سلطان، ف ٣٣٠، ص ٢٢٧، د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٦٦.

(٢) د. إسماعيل غانم، ف ٥٥٥، ص ٣١٣.

وقد قامت الصياغة الفنية للنظرية في هذا القانون على أساس تغير الظروف. فالعقد يفترض فيه شرط ضمني هو أن الظروف الاقتصادية التي عقدت في ظلها تبقى عند تنفيذها ولا تتغير تغيراً جوهرياً فإذا تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جانراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية^(١).

ولكن هذه النظرية انتكست على أيدي رجال القانون المدني الفرنسي القديم، واندثرت بعد ذلك أمام نظرية القوة الملزمة للعقد، والتي تفرض تنفيذ العقد بغض النظر عن الظروف التي تطرأ بعد إبرامه مادام لم تؤد هذه الظروف إلى استحالة التنفيذ. فالمدين لا يستطيع أن يتحلل من التزامه بدعوى الإرهاق. وفي المقابل فقد ازدهرت هذه النظرية في القانون العام بعد الحرب العالمية الأولى حيث أخذ بها مجلس الدولة في فرنسا في قضية معروفة ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ثم ارتفع سعر الغاز عند نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥، وقد قضى مجلس الدولة في هذه القضية بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى^(٢).

ويرجع السبب في ازدهار هذه النظرية في القانون الإداري إلى عاملين أولهما أن الأفضية التي تعرض على القضاء الإداري تتصل اتصالاً مباشراً بالصالح العام، وثانيهما أن القضاء الإداري ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقضاء المدني مما تيسر له أن يماشى تطور الظروف. أما القضاء المدني فمقيد بنصوص لا يستطيع أن ينحرف عنها.

ثم عادت هذه النظرية إلى الظهور في القانون الخاص في التشريعات الحديثة فقد ظهرت في تقنين اللترامات البولوني، ثم التقنين المدني الإيطالي الجديد، ثم

(١) د. السنهوري، ف ٤١٦، ص ٧٥٦.
(٢) السنهوري، ف ٤١٧، ص ٨٥٧، د. إسماعيل خانم، ص ٣١، د. الصده، ف ٢٩١، ص ٣٢.

في التقنين المدني المصري وعنه أخذت بعض تشريعات الدول العربية أحكام هذه النظرية، ومن هذه التشريعات القانون المدني اليمني في المادة (٢١١مدي)^(١).

١٣٥- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تنص المادة (٢١١مدي) على أن: ((العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون الشرعي، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن متوقعة وترتب على حدوثها أن تنفي الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها جاز للقاضي معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)). وفي ضوء نص هذه المادة يمكن أن نحدد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون العقد عقدًا متراخي التنفيذ ولم يتم تنفيذه بعد.

الشرط الثاني: أن يكون الحادث الطارئ حادثًا استثنائيًا عامًا غير متوقع ولا يمكن دفعه.

الشرط الثالث: أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقًا لا مستحيلًا.

ونتناول فيما يأتي هذه الشروط بالشرح.

الشرط الأول: أن يكون العقد عقدًا متراخي التنفيذ ولم يتم تنفيذه بعد:

تطبق هذه النظرية على كل عقد تفصل بين إبرامه وبين تنفيذ الالتزام الناشئة منه أو بعضها فترة زمنية تسمح بتغير الظروف أثناءها وبوقوع حوادث

(١) ويسلم الفقه الإسلامي بهذه النظرية في بعض العقود في صورة تطبيقات لها أهمها الإيجار حيث يفسخ للمؤجر والجواري في بيع الثمن.

د. السنهوري، مصادر الحق في الثقة الإسلامية، ج ٢، ص ٩٧، دار إحياء التراث العربي - بيروت. د. محمد الشامي، مرجع سابق، ص ٢٤١، ص ٢٥٩.

لم تكن متوقعة. فهي لذلك تطبق على العقود ذات التنفيذ المستمر كالإيجار والعمل، والعقود ذات التنفيذ الدوري كعقد التوريد، وهي تطبق كذلك على العقود الفورية التنفيذ إذا كانت مؤجلة التنفيذ، كالبيع بثمن مؤجل أو مقسط فإذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن أو قبل دفع جزء منه، فالثمن أو الباقي منه يكون عرضة للإقصاء بسبب الحادث الطارئ، أما ما سبق دفعه قبل وقوع الحادث فلا يناله التعديل^(١).

على أنه يشترط ألا يكون تراخي التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين بل إلى طبيعة العقد كما هو الحال في عقود المدة أو بمقتضى الاتفاق. فإذا كان الالتزام مستحق الأداء فأهمل المدين في التنفيذ حتى طرأ الحادث لم يجوز له أن يفيد من إهماله مادام الدائن قد أعذره بالتنفيذ ولم ينفذ فلا يصح له بعد ذلك أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة^(٢).

والملاحظ أن النص لم يذكر شيئاً عن العقود التي تطبق عليها النظرية وإنما يذكره الفقه على اعتبار أن هذا الشرط شرط بديهي بفرضه المنطق القانوني، والفهم السليم لنص المادة الواردة في نظرية الظروف الطارئة^(٣).

على أن النظرية لا تنطبق على العقود الاحتمالية، إذ هي بطبيعتها تعرض المتعقد لكسب كبير أو لخسارة جسيمة^(٤).

الشرط الثاني: أن يطرأ حادث استثنائي علم لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه:

يجب أولاً أن يطرأ حادث استثنائي أي خارج عن المألوف، نادر الوجود كال حرب والزلزال وفرض تسعير جبري أو إلغائه، وكالفيضان غير العادي وعليه لا يعد ارتفاع الأسعار أو هبوطها بشكل غير باهظ، ولا الفيضان العادي

(١) د. البيراوي، ف ٣١٥، ص ٤٠.

(٢) د. البيراوي، غ ٣١٦، ص ١٥٧، ف ٣١٦، د. أحمد شوقي عبد الرحمن ص ١٨.

(٣) د. إسماعيل غنم، ف ١٥٧، ص ١٥٧، د. أحمد شوقي عبد الرحمن ص ١٨. (٢) ولما كان المشرع قد سكت عن هذا التحديد فإنه من الممكن إضافة صورة ينذر وقوعها من الناحية العملية، فإذا كان العقد فورياً وغير مؤجل التنفيذ وحصل أن وقع حادث استثنائي عقب صدوره مباشرة فإنه يصح أن تنطبق النظرية عليه، د. الصمد، ف ٢٩٣، ص ٣٣.

(٤) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١١.

ظرفاً طارئاً لا انتفاء صفة الاستثنائية عنهما، وقد أشار نص المادة (٢١ مدني) إلى هذا المعنى فلم يعتبر ارتفاع الأسعار وانخفاضها ظرفاً طارئاً. وهكذا يبدو أن بعض الحوادث هي حوادث استثنائية بطبيعتها كالحرب وأن بعضاً منها لا يكون استثنائياً إلا إذا جاوز الحد المألوف كارتفاع الأسعار أو هبوطها وكالفيضان^(١).

ويجب ثانياً أن يكون الحادث الاستثنائي علماً أي غير خاص بالمدين الذي يطلب تعديل العقد، بل يجب أن يكون شاملاً للناس جميعاً أو لطائفة منهم على الأقل، وعليه فلا يعد حادثاً طارئاً إفلاس المدين أو موته أو عجزه^(٢).

ويجب ثالثاً أن يكون الحادث غير متوقع في نظر الشخص المعتاد لو وجد في مثل ظروف المدين وقت إبرام العقد. فلا يكفي أن يكون المدين نفسه لم يتوقع الحادث وقت إبرام العقد.

ويجب أخيراً ألا يكون الحادث مما يمكن دفعه. فإذا كان في إمكانية المدين دفع هذا الحادث وجب عليه تقليبه ولو كان هذا الحادث غير متوقع. فانتقاع المواصلات انقطاعاً عارضاً يمكن التغلب عليه بروجع المواصلات سريعاً إلى ما كانت عليه أو باستعمال طرق أخرى للنقل^(٣).

الشرط الثالث: أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً:

وهذا هو الذي يميز بين القوة القاهرة وبين الحادث الطارئ. فالقوة القاهرة تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بينما يؤدي الحادث الطارئ إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فحسب، هذا فضلاً عن اختلافهما من حيث الطبيعة. فالقوة القاهرة قد تكون أمراً علماً وقد تكون حادثاً فريداً خاصاً بالمدين كالمرض، والمرض بينما يجب في الحادث الطارئ أن يكون علماً في كل الأحوال^(٤).

(١) د. البيراوي، ف ٣١٦، ص ٤٠٧، د. الصده، ف ٢٩٤، ص ٣٦.

(٢) د. الصده، ف ٢٩٤، ص ٣٦، د. البيراوي، نفس الإشارة.

(٣) د. أبو سلطان، ص ٢٢٩.

(٤) د. الصده، ف ٢٩٥، ص ٣٧.

فيشرط إذا أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بسبب الحادث الطارئ، مما يعرضه لخسارة فادحة تنتج من الاختلال الفادح بين الأداءات المتقابلة ولا يعتد بالتالي بالخسارة المألوفة في التعامل.

ويعتد في تقدير الخسارة الفادحة بمعيار موضوعي يتحدد بوضع المدين العادي ولا يؤخذ في الاعتبار بالظروف الشخصية له. فنظل الخسارة فادحة حتى ولو كان تأثيرها على المدين ضئيلاً، كما لو كانت الدولة هي المدين أو كان المدين ثرياً أو بسبب تخزينه كميات كبيرة من البضاعة المتعاقدة عليها إذا كان هذا التخزين لا يتعلق بتنفيذ العقد^(١).

١٣٦- سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة:

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان للقاضي بمقتضى نص المادة ٢١١ مدني سلطة تعديل العقد لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتحمل كل متعاقد قدراً من الخسارة التي يتعرض لها المدين، وللقاضي أن يختار الوسيلة المناسبة لتحقيق ذلك.

فهو قد يرى إقصاء التزام المدين، كأن ينقص الثمن الذي أصبح مرهقاً للمشتري أو يمد له الأجل التي يدفع فيها. وقد يرى من ناحية أخرى أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق كأن يرفع الثمن الذي التزم به المشتري إذا زادت الأسعار بشكل غير مألوف، وقد يرى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان هذا الحادث مؤقتاً، فلو التزم مقلوب بإقامة بناء ثم ارتفع سعر أدوات البناء ارتفاعاً فاحشاً، ولكنه ارتفاع مؤقت لربح طرح كميات كبيرة منها في الأسواق، كان للقاضي أن يوقف تنفيذ العقد، إذا لم يكن في هذا ضرر جسيم يلحق رب العمل^(٢).

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٩٠، د. الصمد، ف ٢٩٦، ص ٣٣٩.
(٢) د. البيراوي، ف ٣١٨، ص ٤٠٩، د. الصمد، ف ٢٩٦، ص ٣٣٩.

وفي جميع الأحوال فإن المدين وحده يتحمل الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، أما ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة فتقسم بين المتعاقدين^(١).

وإذا كان الالتزام مقسماً، فإن رد الالتزام إلى الحد المعقول لا يكون إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي ثبت أن التزام المدين بها أصبح مرهقاً بسبب الحادث الطارئ مما يهدده بخسارة فادحة. أما بالنسبة للأقساط المستقبلية التي يحتمل زوال أثر الحادث الطارئ عند استحقاقها فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة^(٢).

وإذا كان للقاضي سلطة تعديل الالتزام المرهق على هذا النحو، فإنه لا يجوز له أن يفسخ العقد، لأن الفسخ يؤدي إلى أن يتحمل الدائن وحده تبعه الحادث مع أن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين، وقد يمتد العقد إلى ما بعد زوال أثر الحادث فتعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل وهذا أمر لا يصح أن نحول دونه بإجازة الفسخ.

إنما يلاحظ أنه في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضي تعديل الالتزام على النحو السابق ذكره يكون للدائن الخيار، فله أن يقل ما يراه القاضي، وله أن يختار فسخ العقد دون تعويض لأن الفسخ حينئذ يكون أصلح للمدين إذ يدفع عنه كل أثر للحادث الطارئ. أما المدين فلا يحق له طلب الفسخ وإنما يجب عليه أن يؤدي التزامه وفقاً للتعديل الذي يراه القاضي^(٣).

وأخيراً يلاحظ أن الجراء الذي قرره القانون نتيجة الحادث الطارئ يعد من النظام العام. فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه وهذا ما نصت عليه المادة (٢١١ مدني). على أنه ليس ثمة ما يمنع بعد وقوع الطرف الطارئ

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ٢١.

(٢) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ٢١.

(٣) د. الصده، ف ٢٩١، ص ٣٤٠.

أن يتفق الطرفان على ما يخالف هذا الجراء إذ الاتفاق عندئذ لا تعوطه شبهة الضمط على إرادة المدين^(١).

(١) د. البراوي، ف ٣٨، ص ٤١٠.

المبحث الثالث

المسؤولية العقدية

١٣٧- تمهيد وتقسيم:-

المسؤولية العقدية هي جزاء عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي أو تأخره في هذا التنفيذ، وهي تؤدي إلى تعويض الدائن عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ العقد. وهذا ما يسمى أيضاً بالتنفيذ بقلب أو التنفيذ بطريق التعويض^(١).

والأصل أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما التزم به عيناً. فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن أجبر المدين عليه. وأما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً أو كان ممكناً ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد.

ولن نتعرض هنا لجميع المسائل المتعلقة بالمسؤولية العقدية من تقدير التعويض، والتمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التفسيرية وبما يتعلق بها التمييز من أحكام، وسنقتصر فقط على دراسة أركان المسؤولية، وهذه الأركان كما في المسؤولية التفسيرية ثلاثة، الخطأ، والضرر، وعلاقته السببية بين الخطأ والضرر نتناولها في مطلب ثلاثة. ثم نقيب بمطلب رابع نتناول فيه موضوع الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية.

(١) د. الجبرائي، ق ٣٩١، ص ٣٠٩، ف ٤١٠، د. الصده، ق ٣٠٩، ص ٤٣٤، ويذهب البعض إلى أن المسؤولية العقد لا تقتصر على التنفيذ بطريق التعويض كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقه المصري وإنما تشمل أيضاً التنفيذ العيني القهري، فساداً أن التنفيذ العيني قد تم جبراً على المدين تقوم المسؤولية العقدية سواء تم التنفيذ عيناً أو بمقابل، فالإلتزام في الواقع يتكون من عنصرين: عنصر المديونية، وعنصر المسؤولية، وهذا العنصر الأخير يمثل عنصر الإجبار أو الحماية فحق حرك تقوم المسؤولية، أما إذا قام المدين بالتنفيذ العيني اختاراً فلا يترك عنصر الإجبار وبالتالي لا تقوم المسؤولية العقدية.

المطلب الأول

الخطأ

١٣٨- التعريف بالخطأ العقدي، وتحديد في الصور المختلفة للالتزام:

١- الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، سواء كان عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال أو كان سبباً مجهولاً.

٢- غير أن عدم التنفيذ تخلف صورته بحسب نوع الالتزام. ذلك أنه يجب التمييز في هذا الخصوص بين نوعين من الالتزام. الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية.

فالالتزام بتحقيق نتيجة يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة هي محل الالتزام ومن ثم يكون تحقيقه بتحقيق هذه النتيجة. كالاتزام بنقل ملكية شيء الالتزام لا يكون الملزم قد وفى بالتزامه إلا إذا تحققت النتيجة فعلاً وهي انتقال الملكية، وكالاتزام المقاول بإقامة مبنى، والالتزام بالنقل بتوصيل بضاعة معينة.

والالتزام ببذل عناية لا يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة بل يلزمه فحسب ببذل قتر معين من العناية للوصول إلى الغرض المطلوب. فإذا بذل هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض. فالطبيب يلتزم ببذل العناية التي قد تؤدي إلى شفاء المريض، ولكنه لا يلتزم بتحقيق هذه النتيجة وهي شفاء المريض فعلاً.

ويتضح من هذا أن الخطأ في الالتزام بتحقيق نتيجة يكون بعدم تحقق النتيجة، وأن الخطأ في الالتزام ببذل العناية يكون بعدم بذل القدر الواجب من العناية وهي في العادة عناية الرجل العادي في مثل ظروف المدين. وقد نص القانون على معيار الرجل العادي في الالتزام ببذل عناية في المادة ٣٤٤ مدني.

لكن قد تزيد العناية المطلوبة عن هذا القدر أو تنقص بحسب الأحوال^(١). فالمستعير مثلاً يجب عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة على ألا تقل عن عناية الرجل العادي م/ ٩٧٣ مدني، والمودع لديه بغير أجر يلتزم بالمحافظة على الشيء المودع العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة دون أن تزيد عن عناية الرجل العادي (م/ ٩٤٠ مدني).

٣- وكما ذكرت قبل قليل بأن الخطأ العقدي يقوم عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه بغض النظر عن سبب عدم التنفيذ سواء كان السبب ناتجاً عن عمد أو إهمال أو كان سببه مجهولاً فالمدين مسئول عن التعويض عن الضرر الناتج من عدم التنفيذ أو التأخر فيه مالم يثبت المدين السبب الأجنبي.

فالأصل إذاً في قيام مسؤولية المدين أنه لا يعتد بنوع الخطأ إلا في حالات خاصة منها أن الاتفاق على إعفاء المدين أو التخفيف من مسؤوليته لا ينتج أثره في حالة عدم تنفيذه لالتزامه عمداً، وإنما لا ينصرف هذا الاتفاق إلا إلى حالة الخطأ غير العمدي. وإذا أمن المدين على مسؤوليته فإن هذا التأمين يغطي نتائج المسؤولية في حالة الخطأ غير العمدي دون الخطأ العمدي أي الغش. وإذا ارتكب المدين غشاً عند تنفيذه لالتزامه فإنه يسأل عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة بعكس الأضرار التي تترتب نتيجة خطأ المدين غير العمدي فلا يسأل المدين إلا عن الأضرار المتوقعة.

ويأخذ حكم الخطأ العمدي الخطأ الجسيم الذي لا يصدر من أقل الناس تبصراً وحيطة^(٢).

١. د. سمير تقي، ص ١٧١.
٢. د. البراروي، ق ٣٢٣، ص ٤١.

١٣٩- إثبات الخطأ:..

تحدد المادة الثانية إثبات يعني عبء الإثبات عند المطالبة بالتفويض العيني للاتزام، فتنص على أنه ((على الدائن إثبات الاتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)).

فإذا طالب الدائن المدين بالتفويض العيني فما عليه إلا أن يثبت مصدر الاتزام، كالعقد مثلاً، فإذا نجح في هذا الإثبات قام الدليل على مدىونية المدين. وعلى المدين إذا هو ادعى الوفاء إثبات ذلك. فإذا لم ينجح في هذا الإثبات حكم بالتفويض العيني^(١).

أما إذا كان الدائن يطالب المدين بالتعويض لعدم تنفيذ الاتزام فعليه أن يثبت عدم التنفيذ لأن الأمر هنا لا يتعلق بطلب التنفيذ العيني وإنما بالمسؤولية العقدية والتي تغني التزام المدين بالتعويض لعدم تنفيذ الاتزام، فيجب حينئذ على الدائن أن يثبت فضلاً عن إثبات العقد مصدر الاتزام، عدم التنفيذ، فإذا تم له هذا الإثبات قام الدليل على الخطأ العقدي^(٢).

وربما عدم التنفيذ يكون سهلاً في الاتزام بتحقيق نتيجة كالاتزام بالتسليم ونقل الملكية وأداء عمل معين والامتناع عن عمل إذ يكفي الدائن حتى يقوم الخطأ العقدي في جانب المدين أن يثبت أن النتيجة المتفق عليها لم تتحقق، فمتى قام بهذا فقد أثبت خطأ المدين ولا يجوز للمدين أن يدفع مسؤوليته بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لتنفيذ الاتزام فلم يستطع لأنه ملزم بتحقيق نتيجة معينة ولا يستطيع دفع مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الاجنبي^(٣).

وفي هذا تنص المادة ٢٤٧ مني على أنه: ((إذا استحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً بعد أن كان ممكناً حكم عليه القاضي بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك))

(١) د. الصدوق، ج ٨، ص ٣٤٩.

(٢) د. الصدوق، نفس الإشارة.

(٣) د. البدرابي، ف ٣٢ د.

أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية وجب على الدائن أن يثبت خطأ المدين بإثبات أنه لم يبذل القدر الواجب من العناية. فمثلاً في المسؤولية الطبية يجب على المريض إذا ادعى خطأ في جانب الطبيب في العلاج أن يثبت قصوره عن بذل العناية التي تفرضها المهنة على الطبيب العادي. فإذا أثبت المريض هذا كان للطبيب أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن عدم بذل العناية الواجبة إنما ترجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة.

١٤٠- الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء:

أولاً: الخطأ العقدي في المسؤولية عن فعل الغير:

تتحقق مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العقدي، فيكون مسئولاً مسؤولية كاملة عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص. فيوجد إذن المسئول وهو المدين في الالتزام العقدي، والمضرور وهو الدائن في هذا الالتزام، والغير وهم الذين استخدمهم أو كفاهم المدين في تنفيذ التزامه. وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد. فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر. والمقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل. والوكيل مسئول عن نائبه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل. وقد يكون التكاليف بتنفيذ العقد آتٍ من القانون كالولي والرعي والقيم يقوم بتنفيذ عقد طرفيه الصغير أو المحجور فتكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولي أو الرعي أو الغير مسئولية عقدية عن عمل الغير^(١).

وعليه فلا تقوم المسؤولية العقدية عن الغير في حالة فعل الغير الأجنبي الذي لا تربطه بالمدين صلة ما. فإذا أدى فعل هذا الغير إلى عدم تنفيذ الالتزام كان هذا سبباً أجنبياً تنتفي به علاقة السببية فلا تقوم مسؤولية المدين، كما لو التزم

(١) د. السنهوري، ف ٤٣١، ص ٩٠٥، د. البدرأوي، ف ٣٢٥، ص ٤١٩.

شخص بالمحافظة على وديعة ثم سرقتها شخص أجنبي بدون تقصير من المودع لديه.

ولا تقوم هذه المسؤولية إذا كان الغير تابعاً للمدين حيث يعتبر فعله بمثابة فعل المدين ويسأل المدين مسؤولية شخصية وليست مسؤولية عن فعل الغير. فمسأل المستأجر مثلاً مسؤولية شخصية عما يصيب العين المؤجرة من تلف بفعل أبنائه أو خدمه أو سائر المقيمين معه^(١).

ثانياً: الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء:

قد يحدث أن يتدخل في إحداث الضرر شيء يستعمله المدين في تنفيذ التزامه العقدي. كاستعمال الناقل سيارة مثلاً. فإذا لم يتم الناقل بتنفيذ التزامه نتيجة اصطدام السيارة أو نتيجة انفجار في إطار السيارة كان مسؤولاً عن عدم التنفيذ وفقاً للقاعدة العامة في المسؤولية العقدية. وفعل الشيء في هذه الحالة يعتبر كأنه فعل المدين ويسأل المدين كما يسأل عن فعله الشخصي^(٢).

المطلب الثاني

الضرر

١٤١- المقصود بالضرر وأنواعه:

١- الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو يصيبه في شعوره. فلا يكفي وقوع الخطأ وإنما يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الدائن. فإذا باع شخص لآخر سيارة والتزم بأن يسلمها في ميعاد معين ثم تأخر في

(١) د. البيرلاوي، ف ٣٢٥، ص ٤٩.

(٢) د. البيرلاوي، ف ٣٢٦، ص ٤٩، د. الصده، ف ٣١٣، ص ٣٥٣.

التسليم فإن هذا يعتبر خطأ، ولكن لا تتحقق مسئولية البائع إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشتري^(١).

٢- والضرر الذي يجب التعويض عنه نوعان، ضرر مادي وضرر أدبي. الضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الإنسان من الناحية المالية، كما في حالة عدم تسليم البضاعة المتفق عليها، أو التأخر في تسليمها إذا ترتب على ذلك فوات صفقة رابحة، وكما في حالة إتلاف الشيء المودع أو المعار. وكما في حالة إصابة المسافر في حادث في الطريق مما سبب له عجزاً كلياً أو جزئياً في قدرته على العمل. والضرر المادي أكثر حدوثاً في المسئولية العقدية لأن العقد ينظم العلاقات المالية بين الأفراد، وعدم تنفيذه يؤدي غالباً إلى إلحاق ضرر مادي بالذائن^(٢).

والضرر الأدبي هو الألم الذي يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته أو شرفه. فهو يصيب الإنسان في ناحية غير مالية. وهذا الضرر كثير الحدوث في المسئولية التقصيرية. ومثاله في المسئولية العقدية الطبيب الذي يذيع أسرار مريضه الذي يعالجه مما يسبب له ضرراً في سمعته، والوكيل الذي يذيع أسراراً عن موكله، والناشر الذي يحرف في الكتاب الذي تعاقده معه على نشره. والراكب الذي يصاب بحادث ينتج عنه تشويه مما يؤذيه في شعوره^(٣).

والقاعدة أن التعويض كما يشمل الضرر المادي يشمل الضرر الأدبي أيضاً. وفي هذا تنص المادة (٣٥٢ مدني) على أنه: ((يشمل التعويض الضرر المادي والضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء)).

١- د. الصده، ف٣١٨، ص٣٥٧.

٢- د. سمير قناغو، ف١٣٨، ص١٧٩.

٣- د. سمير قناغو، ف١٣٨، ص١٨١.

١٤٢ - شروط الضرر الواجب التعويض عنه^(١):

يجب أن تتوفر في الضرر الذي يجب التعويض عنه الشروط الآتية:-

الشروط الأولى: أن يكون الضرر محققاً:

والضرر المحقق هو الضرر الواقع حالاً أو مستقبلاً. والضرر الحال أي الواقع فعلاً، كما إذا كانت البضاعة قد أصابها تلف أثناء النقل. والضرر المستقبل أي الضرر الذي لم يقع فعلاً لكنه محقق الوقوع في المستقبل. والضرر المستقبل إذا كان يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال جاز التعويض عنه فوراً، أما إذا لم يكن تقدير التعويض ممكناً في الحال فللقاضي أن يقضي فقط عما وقع من ضرر ويحفظ للضرر الحقيق أن يرجع بعد ذلك بالتعويض حتى يتضح مدى الضرر، كما إذا أصيب مسافر أثناء النقل ولم يعرف في الحال مدى الإصابة.

وعليه فلا يكفي أن يكون الضرر محتملاً قد يقع وقد لا يقع. فهذا الضرر لا يعرض عنه إلا إذا تحقق.

الشروط الثانية: أن يكون الضرر مباشراً:

ويراد بالضرر المباشر الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه. وهو يعد كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م/٥١٣ مدني). فالضرر الذي يعرض عنه سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر.

أما الضرر غير المباشر فلا يعرض عنه لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية. ويقصد به الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه، ويكون باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ومثاله أن يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم الشترطه عليه المستأجر. فينتقل إلى منزل مسلو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجراً، وتتنف بعض الأثاث أثناء النقل، ثم يكون في

(١) د. الصده، ف. ٢٢، ص ٥٨.

المنزل الجديد - ميكرووب - مرض معد ينقل إليه هذا المرض. فالفرق في الأجرة مابين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع، وقيمة الأثاث التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع، وما يشبب من المرض هو الضرر غير المباشر، والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الضرر متوقعاً:

وهذا الشرط تختص به المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

والمقصود بالضرر المتوقع الضرر الذي يمكن توقعه وقت إبرام العقد. ومثال ذلك إذا تعهدت شركة طيران بنقل حقائب مسافر، وققدت هذه الحقائب وكانت تحوي أشياء مرقعة القيمة كالمجوهرات فلا تلزم المصلحة في هذه الحالة إلا بالقيمة الملوقة للحقائب بحسب ما تحويه حقائب المسافرين عادة، لأن مثل هذه الأشياء لا يمكن توقع وجودها في الحقائب عند التعاقد.

على أن المدين يسأل في المسؤولية العقدية عن الضررين المتوقع وغير المتوقع إذا تعدد عدم تنفيذ التزامه أو كان قد ارتكب خطأ جسيماً.

ويلاحظ أن توقع الضرر يجب أن يكون شاملاً ليس فحسب سببه بل ومقداره أيضاً، فإذا ضاعفت الحقائب بخطأ من عمال شركة الطيران فلا يقال إن المصلحة تلزم بكل قيمة ما حوته الحقائب بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر وهو وقوع خطأ من عمالها وإنما تلزم المصلحة بالقيمة المعقولة للحقائب بحسب المألوف، لأنها يجب أن تتوقع الضرر في سببه وفي مقداره.

١٤٣- عبء إثبات الضرر^(٢):

يتحمل عبء إثبات وقوع ضرر الدائن، لأنه هو الذي يدعيه. ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه العقدي. فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك، ويستثنى من ذلك حالات يفترض فيها الضرر لمجرد وقوع الخطأ منها مثلاً في الشرط الجزائي. فالضرر فيه

(١) د. المشهورى، ق ٤٥١، ص ٣٣٣.
(٢) د. المشهورى، ق ٤٢، ص ٩٢.

مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع فوجود الشرط الجزائي ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين (م/٣٥٤مدي).

المطلب الثالث

علاقة السببية

٤٤-١ المقصور بعلاقة السببية:

علاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية العقدية، فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر. فقد يكون هناك خطأ وضرر دون أن تقوم بينهما علاقة السببية، وفي هذه الحالة لا تتحقق المسؤولية^(١).

ومثاله أن يتعهد تاجر بتوريد سلعة من الخارج ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة. وفي هذا المثال يتحقق الخطأ في جانب المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة وهي توريد السلعة. ويصيب الدائن ضرر إذا كان يعتمد في عمله على هذه السلعة ولا يمكنه أن يستبدلها بسلعة أخرى منتجة إنتاجاً محلياً، ومع ذلك لا تقوم المسؤولية لانتفاء علاقة السببية.

٥٤-١- عبء إثبات علاقة السببية ونفيها^(٢):

يقع على الدائن عبء إثبات السببية كما هي القاعدة بالنسبة إلى أركان المسؤولية الأخرى. غير أن هذه السببية يفترض توفرها إذا أقام الدائن الدليل على الخطأ والضرر. فإثبات الدائن الخطأ والضرر يكفي لافتراض توفر السببية بينهما طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات ومحل الإثبات. ذلك أنه لا يتحتم على المدعي أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها وإنما يكفي أن يبرهن على قدر من هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها.

وعلى المدين عبء نفي هذه السببية إذا ادعى الدائن قيامها. ولا يجوز له هذا إلا بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وفي هذا تنص المادة (٢٤٧ مدني) على أنه: ((إذا استحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً بعد أن كان ممكناً حكم عليه القاضي بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن

(١) د. الصده، ف ٣٢١، ص ٣٦، د. البرداوي، ف ٣٨، ص ٢١٤.

(٢) د. الصده، ف ٣٢٤، ص ٣٦، د. البرداوي، نفس الإشارة، د. سمير تناخ، ف ١٤١، ص ١٨٤.

سبب أجنبي لا يد له فيه ويحكم أيضاً بالتعويض إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه وأصاب صاحب الحق ضرر من ذلك)).

والسبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر قد يكون قوة القاهرة أو حادثاً مفاجئاً وقد يكون فعل الدائن نفسه وقد يكون فعل الغير.

ونرجى الحديث عن هذه المسائل إلى حين الكلام عن المسؤولية التقصيرية لاشتراكها مع هذه المسؤولية العقدية في أحكام هذه المسائل.

المطلب الرابع

الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

١٤٦- التمييز بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية:

إن القواعد التي وضعها المشرع بصدد المسؤولية العقدية هي في مجملها قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين. ولذلك فكثيراً ما يتفق الأفراد على تعديلها. وقد نظم المشرع أحكام الاتفاق على تعديل هذه القواعد في المادة (٢٩٤ مدني)، أما بالنسبة لقواعد المسؤولية التقصيرية فلأنها من النظام العام قرر المشرع في المادة (٢٥٠ مدني) إبطال الإعفاء من المسؤولية.

١٤٧- حدود الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية (١):

تنص المادة (٢٩٤ مدني) على أنه: ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل الملتزم تبعاً للحادث المفاجئ والقوة القاهرة القاهرة، كما يجوز الاتفاق على أن يعفى من عليه الحق من أية مسؤولية فلا يكون مسئولاً إلا عما يحدث منه من غش أو خطأ جسيم، ومع ذلك يجوز لمن عليه الحق أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يحدث من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)).

(١) د. البردوي، ف ٣٣٣، ص ٢٥٥، ف ٤٢٥، د. عبد الناصر الطر، مصادر الالتزام، ف ٨٧، ص ٥٥٥.

وفي ضوء نص هذه المادة نتيبن حدود الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية وذلك على النحو الآتي:-

أو لا: يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين العقدية. كالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ. ومثل هذا الاتفاق يعد نوعاً من التأمين لصالح الدائن.

ثانياً: ويجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية أو الإغفاء منها. كالاتفاق مثلاً على أن يدفع المدين نصف قيمة الضرر، أو الاتفاق على عدم إلزام المدين بأي تعويض.

ثالثاً: على أنه لا يجوز الاتفاق على إغفاء المدين من المسؤولية أو التخفيف منها الناشئة عن خطئه العمدي وعن خطئه الجسيم، وإلا كان التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض إذا شاء نفيه وإذا شاء لم يقد بالتفويض وهذا غير جائز.

وتضيف طائفة من الفقه المصري استثناء آخر لم ينص عليه المشرع في المادة (٣٤٩ مدني) مضمونه أنه لا يجوز إغفاء المدين من المسؤولية أو التخفيف منها عما يصيب الدائن في جسمه من ضرر كجروح مثلاً، فسلامة الإنسان في جسمه وكيانه الأدبي وشرقه لا يجوز أن يكون موضوع اتفاق، وكذلك كل ما يدخل في دائرة الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان^(١).

١٤٨- جواز الاتفاق على عدم المسؤولية الناشئة عن غش الغير أو خطئه:

على أنه يجوز للمدين وفقاً لنص المادة ٣٤٩، أن يشترط عدم مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الغير من عمل أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى لو نشأ الضرر نتيجة عمد أو خطأ جسيم منهم لأن الخطأ العمدي الصادر عن الغير لا ينزل منزلة الشرط الإداري المحض كما هو الحال بالنسبة لخطأ المدين العمدي.

(١) د. البيرلاوي، ف ٣٣٣، ص ٤٢٥.

الفصل الثاني

نسبية أثر العقد

١٤٩- تهديد وتقسيم:

تتصرف آثار العقد من حقوق والزامات أول ما تنصرف إلى المتعاقدين سواء تعاقدًا مباشرةً أو بواسطة نائب مادام النائب قد تعاقد باسم ولحساب الأصل. غير أن الشخص قد يتصرف في ماله أثناء حياته عن طريق عقد من العقود فينصرف أثره كذلك إلى من يخلف المتعاقد خلافة عامة، وإلى من يخلفه خلافة خاصة في حدود ما انتقل إليه من حق وبشروط معينة. هذا إلى أن دائي المتعاقد يتأثرون بالعقد بطريق غير مباشر وذلك بما يزيد أو ينقص من ضمانهم العام المتمثل في مجموع أموال المدين.

أما غير هؤلاء فيكون أجنبياً عن العقد لا ينصرف إليه أثره ولا يتأثر به، وهذا ما يعبر عنه بالأثر النسبي للعقد، وذلك فيما عدا حالة استثنائية يجوز فيها للغير أن يكتسب حقاً من عقد كان أجنبياً عنه، وهذا هو الاشتراط لمصلحة الغير.

وعليه ندرس موضوع الفصل في بحثين ندرس في المبحث الأول أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف والدائنين، وندرس في المبحث الثاني أثر العقد بالنسبة إلى الغير.

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف والدائنين

١٥٠- تمهيد وتقسيم:

يتقيد المتعاقدان بالعقد الذي أبرماه وبما يربطه من حقوق والتزامات. وإلى جانب ذلك فإن خلف المتعاقد يتقيد بالعقد الذي كان يرتبط به سلفه. ونقتصر فيما يأتي على دراسة أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخلق الخاص والدائنين وذلك في مطالب ثلاثة مكثفين بما قلناه عن أثر العقد بالنسبة للعقدين لأن الموضوع لا يحتاج إلى مزيد من البيان.

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة للخلف العام

١٥١- المقصود بالخلف العام^(١):

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال، كالوراث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها كالثالث أو الربع. ويسمى الخلف خلفاً عاماً إذا كان الوراثة وراثاً وحيداً أو وراثاً مع غيره. ويسمى خلفاً بسبب عام إذا كان موصى له بحصة في التركة.

(١) د. السنهوري، ف ٣٤٤، ص ١٧٢. د. البدر أوي، ف ٣٢١، ص ٤٣٣، د. رضا وهدان - انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص ص ٣٠ - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية.

١٥٢- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام^(١):

ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. وهذا يعني أن الوارث أو الموصى له بحصة في الشركة يخلف المورث أو الموصى في حقوقه والتزاماته. غير أن مسؤولية الخلف عن التزامات المورث تخضع للقاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي والتي تأخذ بها تشريعات الدول العربية ومنها التشريع اليمني وهي قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون. فالالتزام يبقى في الشركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث حتى يقتضي. ويرجع هذا إلى أن شخصية الوارث في الفقه الإسلامي مستقلة عن شخصية المورث فلا يكون الوارث مسؤولاً عن ديون المورث إلا في حدود ما انتقل إليه من الشركة.

وفي القانون الفرنسي تعتبر شخصية الوارث ومثله الموصى له بنسبة في الشركة استمراراً لشخصية المورث. وعلى هذا الأساس يكون الوارث في ظل هذا القانون مسؤولاً عن جميع ديون المورث ليس فقط في حدود الأموال التي ورثها عنه بل وفي أمواله الخاصة كذلك، إلا إذا قبل الشركة بشرط الجرد فتتخصص مسؤوليته عندئذ في الأموال الموروثة وحدها.

وقد نص القانون المدني اليمني على أثر العقد بالنسبة للخلف العام في المادة ٢٠٦ بقوله: ((ينصرف أثر العقد إلى العاقدين وإلى الورثة ((الخلف العام)) دون إخلال بأحكام الميراث المنصوص عليها في قانون المواريث...))
١٥٣- استثناءات من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام^(٢):

هناك حالات مستثناة من قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، وفيها لا ينصرف أثر العقد إليه، وهذه الحالات ثلاث:

الحالة الأولى: إذا اتفق المتعاقدان على عدم انتقال أثر العقد إلى الخلف العام. كان يتفق في عقد البيع يكون فيه الثمن مؤجلاً على عدم انتقال الأجل إلى

(١) د. السنهوري، ف ٣٤٦، ص ٧٣، د. إسماعيل غلتم، ف ١٧٧، ص ٣٤٦، د. الصده، ف ٣٢٥، ص ٣٦٣.
(٢) البديراوي، ف ٣٤٦، ص ٣٤٣، د. الصده، ف ٣٦٦، ص ٣٦٤.

ورثة المشتري، حيث يجب دفعه فوراً من تركته. أو يتفق في عقد إيجار على أن ينتهي بموت المستأجر.

الحالة الثانية: إذا كانت طبيعة الالتزام تأبي انتقاله إلى الورثة لاتصاله بشخص المدين، فمثلاً لا يلتزم ورثة الرسام أو الممثل بتنفيذ التزام مورثهم، وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب المهن الحرة كالمهندس والمحامي والطبيب. ففقود هؤلاء مراعى فيها الإعتبار الشخصي فتتحل بمجرد موت العاقد ولا ينصرف أثرها في المستقبل إلى ورثته. ومن ذلك العقد المقرر لحق انتفاع لأن حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع، وعقد الإيراد المرتب لمدى الحياة^(١).

الحالة الثالثة: إذا نص القانون على أن أثر العقد لا يسري في حق الخلف العام، فقد نص على عدم انتقال بعض العقود إلى الورثة لاتصال الالتزامات الناشئة منها بشخص المتعاقد، من ذلك مثلاً عقد الوكالة (م/٩٣١ مدني) وعقد الشركة (م/٦٤٨ مدني).

وقد أشارت المادة ٢٠٦ (مدني) على الاستثناءات السابقة في نهايتها بقولها: **((...وذلك ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الورثة)).**

١٥٤- حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير^(٢):

اعتبر القانون الخلف العام في حالات معينة من الغير، وبالتالي فلا ينصرف إليه أثر التصرف الصادر من السلف. ويتحقق ذلك في الحالات التي يخول فيها القانون الوارث حقوقاً تكفل حمايته من تصرفات المورث الضارة. فالمورث له أن يبرم في شأن أمواله ما يشاء من تصرفات تنتج أثرها حال إحيائه، مهما يترتب على ذلك من أضرار بالورثة، كأن يبيع ماله أو يهبه، فهو في هذا النطاق حر في أن يتصرف في ماله على النحو الذي يريده.

^(١) ولاحظ هنا أن الآثار التي تحققت فعلاً قبل موت المتعاقد تبقى في ذمة طرفي العقد وتصرف إلى الخلف العام، فإذا كان الطبيب قد استحق أجرًا ولم يقبضه، انتقل الحق فيه إلى ورثته، وإنما ينتهي العقد من حيث إنه لا يمكن أن ينتج أثراً مستقبلياً، فلا يمكن مطالبة ورثة الطبيب مثلاً بتنفيذه. د. البدرأوي، ف ٣٤٣، ص ٣١٤.

^(٢) د. الصده، ف ٣٢٧، ص ٣١٦.

لكن القانون يقيّد من تصرفات المورث التي تكون مضافة إلى ما بعد الموت حتى يحمي الورثة منها إذا كانت ضارة بهم، بمعنى أنها لا تنفذ في حقهم إلا في الحدود التي يفرضها القانون. ويتحقق هذا الوضع بالنسبة إلى الوصية، وكذلك بالنسبة إلى ما يأخذ حكمها من تصرفات تصدر في مرض الموت.

فالوصية لو ارث لا تكون نافذة إلا بإجازة الورثة حتى وإن كانت أقل من الثلث (م/٢٣٤أحوال). والوصية لغير الوارث تكون نافذة في حدود الثلث. ولا تنفذ فيما زاد على ذلك إلا بإجازة الورثة (م/٢٣٦أحوال).

ويأخذ حكم الوصية كل تصرف يصدر في مرض الموت. فالبيع لو ارث والهبة والإقرار والإبراء تعد تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت إذا صدرت في مرض الموت. والبيع لغير وارث يبين فاحش يأخذ حكم الوصية إذا كان النقص عن ثمن المثل يزيد على ثلث التركة (م/٢٩٩مدني).

ويعتبر القانون المدني المصري أي تصرف يصدر في مرض الموت أنه تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وأنه صدر على سبيل التبرع وعلى من يدعي أنه معاوضة أن يثبت ذلك (م/٢١٦مدني)، ومفاد هذا أن القانون جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة من وقت مرض الموت فغوله حق الطعن في تصرفات مورثه أثناء هذا المرض، وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر هذه التصرفات، فلا تنفذ في حقه إذا كانت منطوية على تبرع إلا بالقدر الذي تنفذ به الوصية.

وعلى الورثة أن يثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت، وأن تاريخ التصرف قدم عدماً ليخفى صدوره في مرض الموت. فإن عجزوا اعتبر التاريخ المذكور فيه تاريخاً صحيحاً.

المطلب الثاني

أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص

١٥٥- تحديد المقصود بالخلف الخاص^(١):

الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقاً معيناً سواء أكان هذا الحق حقاً عينياً أم حقاً شخصياً وسواء تلقاه بمقابل أو على سبيل التبرع. فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع، وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق والمحال له في حوالة الحق خلف خاص للمحيل في الحق المحال به. ويلاحظ أن الخلافة في الحق الشخصي لا تتحقق إلا إذا كان هذا الحق موجوداً في ذمة السلف ثم انتقل بعد ذلك إلى الخلف، كما هي الحال في الحوالة والنزول عن الإيجار. فالمحال خلف خاص للمحيل في الحق المحال به لأن هذا الحق كان موجوداً في ذمة المحيل ثم انتقل إلى المحال له. والمتنازل له عن الإيجار خلف خاص للمستأجر لأن الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار كانت في ذمة المستأجر ثم انتقلت إلى المتنازل له.

أما إنشاء حق شخصي ابتداء فلا ينطوي على خلافة وإنما ينشئ علاقة دائنية بين دائن ومدين. فمن يترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر لا يكون خلفاً خاصاً بل دانئاً.

١٥٦- مجال انطباق فكرة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص^(٢):

ينحصر مجال انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص وفقاً لنص المادة (٢٠٧ مدني) في الالتزامات والحقوق الشخصية المتصلة بالشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص ونشأت من عقد أبرمه السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص. كان يكون السلف قد أمن على منزله من الحريق ثم باعه فإن حقه في الخاص.

(١) د. السنهوري، ف، ٣٥٠، ص ٧٣٣، د. البدرأوي، ف ٣٤٧، ص ٤٤٠، د. الصده، ف ٣٧٨، ص ٣٧.

(٢) د. الصده، ف ٣٧٩، ص ٣١٨، د. البدرأوي، ف ٣٤٨، ص ٤٤٠.

التأمين ينتقل إلى المشتري، أو كان قد التزم بالأيجاوز في بئانه على العقار ارتفاعاً معيناً أو مساحة معينة فإن هذا الالتزام ينتقل إلى المشتري.

وفي هذا تنص المادة (٢٠٧ مديني) على أنه: ((إذا ترتب على العقد حقوق أو التزامات شخصية تتصل بشيء وانقل الشيء بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق والالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، وإذا لم يعلم كان له الخيار)).

وبناء عليه لا يدخل في مجال انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص الأول صاف والملحقات التي يوصف بها الحق أو تلحق به عند انتقاله إلى الخلف. فالخلف الخاص يتلقى الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة السلف طبقاً لقاعدة أن الشخص لا يستطيع أن يبلي إلى غيره بأكثر مما يملك وقاعدة أن الملحقات تتبع الأصل^(١).

فإذا كان هذا الحق قد اقترن في ذمة السلف بوصف معين كان مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص بهذا الوصف. وإذا كان في ذمة السلف حق قابل لطعن ما كالبطلان والفسخ فإنه ينتقل إلى الخلف قابلاً للطعن. وإذا كان للحق ضمانات عينية أو شخصية رهن أو كفالة فإنه ينتقل إلى الخلف بهذه الضمانات. وإذا كانت هناك حقوق أو تكاليف عينية مقررة لمصلحة الشيء أو عليه كارتفاق أو رهن فإن الشيء ينتقل إلى الخلف الخاص بما له وبما عليه من هذه الحقوق والتكاليف.

١٥٧- شروط انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص:

يشترط حتى تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص الشروط الثلاثة الآتية:

الشرط الأول: أن يبرم السلف عقداً متعلقاً بالشيء الذي انتقل إلى الخلف^(٢):

(١) د. الصده، ف ٣٢٩، ص ٣٨.

(٢) د. الصده، ف ٣٣١، ص ٣٦، د. البيراوي، ف ٣٥٣، ص ٤٤.

ويعتبر عقد السلف متعلقاً بالشئ الذي انتقل إلى الخلف إذا كان قد أنشأ التزامات أو حقوقاً تعد من مستلزمات الشئ. وتعتبر الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشئ إذا كانت مكتملة له أو محددة.

وتعتبر الحقوق مكتملة للشئ إذا كان من شأنها حفظ الشئ أو تقويته أو درء الخطر عنه أو لا يمكن أن يستعملها إلا ممالك الشئ أو كان الشئ لا المالك هو محل الاعتبار في تقرير الحق. ومثل ذلك حق بائع المتجر في عدم المناقسة وحقه في التأمين على المتجر .

فإن لم تكن الحقوق مكتملة للشئ فإنها لا تنتقل إلى الخلف. كان يكون السلف قد تعاقد مع مقول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف، إذ أن حق السلف نحو المقول لا ينتقل إلى الخلف، وكأن يكون بائع السيارة قد استأجر جراحاً تأوى إليه السيارة إذ أن حقه في الإيجار لا ينتقل إلى المشتري.

وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشئ إذا كانت محددة للشئ. كان تكون مقيدة استعماله أو محددة لسلطات المالك عليه، أو كانت التزامات لا يمكن تنفيذها عينا إلا من المالك أو كان الشئ هو محل الاعتبار في تقريرها. ومثل ذلك التزام مالك العقار الأخذ بالشفعة إذا باع الشريك الآخر حصته فيه، والتزام صاحب المتجر بعدم المناقسة في سلعة معينة، والتزام مالك الأرض بمراجعة قيود معينة في البناء.

الشرط الثاني: أن يكون عقد السلف سابقاً على انتقال الشئ إلى الخلف^(١):

يشترط أن يكون عقد السلف سابقاً في تاريخه على العقد الذي أنتقل به الحق إلى الخلف فإن كان تألياً له لم يكن له أثر بالنسبة للخلف، لأن السلف حينئذ لا يحق له أن يتصرف في شأن مال خرج من ذمته.

(١) د. البيراوي، ف ٣٥٢، ص ٤٤.

الشرط الثالث: أن يعلم الخلف بما ترتب على عقد السلف من حقوق والتزامات^(١):

وتظهر أهمية هذا الشرط بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن عقد السلف. إن الهدف من هذا الشرط هو حماية مصلحة الخلف الخاص الذي يهيمه أن يقف على القيود التي تحد من انتفاعه بالشيء الذي تلقاه. وقد يترتب على علمه بهذه الالتزامات أن يحجم عن التعاقد، فالعدالة ظاهرة في ضرورة العلم بهذه الالتزامات حتى لا يفاجأ الخلف بقيود لم تكن في الحسبان.

أما الحقوق المترتبة من عقد السلف فتنتقل إلى الخلف ولو لم يكن عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه.

ويتفق الفقه القانوني على أن المقصود بعلم الخلف الخاص هنا هو العلم اليقيني فلا يكفي مجرد استطلاعة العلم أخذاً بنص المادتين (١٤٦ مدني مصري) و (٢٠٧ مدني يمني).

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٣٠.

المطلب الثالث

أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين^(١)

لا ينصرف أثر العقد الذي يبرمه المدين إلى دائنيه. لأن الدائن لا يخلف المدين في الحقوق والالتزامات التي يبرتها العقد. فالقوة متفق على أن الدائن ليس خافاً علماً للمدين.

ومع ذلك فإن الدائن يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين. فالقاعدة أن أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. فاللدين ضمان عام على جميع أموال المدين. ولا شك أن هذا الضمان يتأثر سلباً أو إيجاباً بتصرفات المدين التي قد تؤدي إلى الانتقاص من هذا الضمان أو زيادته.

فالتصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره على أن الدائن يستفيد بطريق غير مباشر من الحق الذي يكسبه المدين لأنه يزد في الضمان العام، ويضار بطريق غير مباشر من الالتزام الذي يتحمل به المدين لأنه ينقص من الضمان العام. وقد خول القانون الدائن وسائل قانونية تكفل حمايته من تصرفات المدين الضارة. فخوله حق المطالبة بحق له في ذمة الغير عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا أهمل المدين في المطالبة بهذا الحق وذلك حتى يحافظ على أموال المدين فيتيسر له بذلك أن يقتضى دينه من هذه الأموال (م/٢٦٦ مدني). وخوله رفع دعوى عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حقه إذا كان ضاراً به حتى يستطيع أن ينفذ بدينه على المال الذي ورد عليه التصرف (م/٢٦٧ مدني)، كما خوله الحق في الطعن في تصرف المدين الصوري بالدعوى الصورية إذا كان هذا التصرف ضاراً به، حتى يستطيع أن ينفذ بحقه على المال موضوع التصرف باعتباره مازال في ذمة المدين (م/٣٦٩ مدني).

(١) د. الصده، ٢٣٦، ص ٣٧٣، د. رمضان أبو السعود، ص ٢٥٦.

وخوله أخيراً أن يرفع دعوى إفلاس على المدين للحجر عليه حتى يأمن صدور تصرفات ضارة من المدين المفلس حيث تكون هذه التصرفات باطلة متى صدرت بعد الحكم بالحجر (م/٧٢مديني). وبذلك يتيسر للدائن أن يحصل على أكبر قدر ممكن من حقه.

وهذه الوسائل يتم دراستها بالتفصيل عند دراسة أثر الالتزام.

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة للغير

١٥٨- تمهيد ونقسيمة:

المقصود بالغير فيما يتعلق بانصراف أثر العقد هو أولاً الأجنبي عن العقد وهو من لا يرتبط بطرفي العقد بأي رابطة فهو ليس من المتعاقدين ولا خلفاً لهما. وهو ثانياً الخلف العام في الحالات التي يعتبره القانون من الغير فلا يسري التصرف في حقه. وهذه الحالات تشمل الوصية والتصرفات السلف التي لا تتوفر مرض الموت. وهو ثالثاً الخلف الخاص بالنسبة لتصرفات السلف التي لا تتوفر فيها شروط النفاذ في موجهته. والدائنون أيضاً يصحبون من الغير في خصوص تصرفات المدين الضارة فلا تكون نافذة في موجهتهم.

والقاعدة العامة هي أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير فلا يحمله بالتزام ولا يكسبه حقاً. ولذلك نصت المادة (٢١٥مديني) بأنه: ((لا يوجب العقد التزاماً على الغير الذي لم يشترك فيه ولم يرض به، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً جاءه تبرعاً إذا قبله)).

والنص السابق يشير في الواقع إلى التعهد عن الغير باعتباره تطبيقاً للجانب السلبي في القاعدة ويشير إلى الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء من

الجانب الإيجابي فيها، وفضلاً عن هذا فإن القانون يستثني حالات تخرج عن هذه القاعدة في جانبها الإيجابي والسلبى^(١).

وفي ضوء ذلك ندرس أثر العقد بالنسبة للغير في ثلاثة مطالب، ندرس في المطلب الأول التعهد عن الغير باعتباره تطبيقاً للقاعدة، ونتناول في المطلب الثاني الاستثناءات القانونية الواردة على القاعدة، وفي المطلب الثالث ندرس الاستثناء الاتفاقي على القاعدة والمتمثل في الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول

التعهد عن الغير

١٥٩- المقصود بالتعهد عن الغير وخصائصه:

التعهد عن الغير هو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بحمل شخص آخر على قبول التزام معين^(٢).

وتظهر أهمية التعهد عن الغير حيث يوجد مانع ملادي أو قانوني يحول دون الحصول على رضا شخص معين بالعقد، فيتعهد العقائد في التعهد عن الغير بالحصول على رضا هذا الشخص عندما يزول هذا المانع.

ومثال المانع الملادي عدم وجود صاحب الشأن وقت العقد، كما لو كان أحد الشركاء غائباً، واتفق بقية الشركاء على بيع جزء معين من المال الشائع، وتعهدوا للمشتري بالحصول على رضا الغائب بالعقد خشية ضياع الصفقة، ومثال المانع القانوني أن يكون أحد الشركاء قاصراً، ويقوم الشركاء الآخرون

(١) يلاحظ أنه إذا كان في سيطرة القانون أن يلزم الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الأفراد لا يعقدهم ذلك، ولذلك فإن الاستثناءات التي يقرها القانون يمكن أن تتضمن حقوقاً يكسبها الغير ويمكن أن تكون التزامات تترتب في ذمة الغير.

د. البدراري، ف ٣٥٦، ص ٤٥٠.

(٢) د. سمير شافو، ف ١٠٤، ص ١٢١، د. الصمد، ف ٣٢٩، ص ٣٧٧، د. أحمد شوقي، عبد الرحمن، ص ١٣٢.

بيع المال الشائع، والتعهد بالحصول على رضا القاصر بالعقد عند اكتمال أهليته.

و يتميز التعهد عن الغير بالخصائص الآتية^(١):

- ١- المتعهد عن الغير يتعهد باسمه هو لا باسم الغير، وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الوكالة، التي يتعاقد فيها الوكيل باسم الأصيل لا باسمه الشخصي.
 - ٢- المتعهد عن الغير يتعهد بالتزام شخصي على عاتقه بأن يحمل الغير على قبول التزام معين. فهو لا يتعهد بالتزام الغير بهذا الالتزام وإلا كان باطلاً لاستحالة محله. فالتعهد عن الغير هو في الحقيقة تطبيق لقاعدة نسبية أثر العقد التي لا تؤدي إلى إلزام الغير بالالتزام الوارد في التعهد.
 - ٣- المتعهد عن الغير يلتزم بأن يحصل الغير على قبول تعهد معين، فمحل التزامه دائماً هو التزام بعمل هو الحصول على قبول الغير للالتزام معين، وهو في الغالب التزام بتحقيق نتيجة. ويعتبر المتعهد مخلاً بالتزامه إذا لم تتحقق هذه النتيجة أي إذا رفض الغير أن يلتزم حتى لو كان قد بذل عناية الشخص العادي للحصول على رضا الغير.
- على أنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام المتعهد ببذل عناية فيكفي عندئذ مراعاة المتعهد في تنفيذ تعهده سلوك الشخص العادي حتى ولو لم ينجح في الحصول على رضا الغير.

١٦٠- أثر التعهد عن الغير:

يستطيع الغير أن يقبل التعهد أو يرفضه فهو حر لأنه أجنبي عن العقد، ولذا فالتعهد عن الغير لا يعد خروجاً عن القواعد العامة. وفي هذا المعنى تنص المادة (٢١٦ مدني) على أنه: ((إذا تعهد أحد المتعاقدين بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بمقتضى هذا التعهد إلا إذا قبل الالتزام، وإذا رفض الغير

(١) د. احمد شوقي، ص ١٣٢، د. سمير تناقش، ف ١٠٤، ص ١٢١، د. الصده، ف ٣٤٠، ص ٣٧٨.

الالتزام وجب على المتعهد عنه أن يعوض المتعاقد الآخر بقدر ما غرم، ويجوز للمتعهد عن الغير أن يتخلص من التعويض بأن يقوم بنفسه بما تعهد أن يقوم به الغير، وإذا قبل الغير الالتزام فلا ينتج قبوله أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد إرجاع أثر هذا القبول إلى وقت صدور التعهد)).
وندرس في ضوء هذا النص حالة القبول، وحالة الرفض.

أولاً: قبول الغير للتعهد^(١):

يتضمن التعهد عن الغير إيجاباً موجهاً إلى الغير. فإذا قبل التعهد قام عقد جديد بينه وبين من تعاقد مع المتعهد . وبصدور القبول من الغير يكون المتعهد قد وفى بالتزامه، ولا يكون مسئولاً عن إخلال الغير بالتزاماته التي ارتضاها قبل المتعاقد الآخر، إذ أن دوره ينحصر في الحصول على رضا الغير بالتزام.

ويختلف العقد الجديد الذي ينشأ بين الغير والمتعاقد مع المتعهد، وعقد التعهد عن الغير من حيث أطرافه، ومن حيث الالتزامات الناشئة عنه، ومن حيث الوقت الذي يتم فيه، وهو وقت صدور القبول وعلم المتعاقد مع المتعهد بهذا القبول، فالقبول وفقاً لنص المادة ٢١٦ ليس له أثر رجعي، ما لم يقصد الغير أن يكون له أثر رجعي إلى الوقت الذي تم فيه التعهد.

ثانياً: رفض الغير للتعهد^(٢):

يستطيع الغير أن يرفض فهو حر لأنه أجنبي عن التعهد لا يلزمه بشيء، وعندئذ يصبح المتعهد مسئولاً قبل من تعاقد معه لأن التزامه بتحقيق نتيجة، فلا يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولا يعد سبباً أجنبياً رفض الغير للتعهد.

(١) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، ص ١٣٤.
(٢) د. الصده، ف ٣٤٣، ص ٣٨٠.

و عليه يلتزم المتعهد بسبب رفض الغير بتعويض من تعاقب معه، ويجوز للمتعهد وفقاً للمادة (١٦ مديني) أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به إذا لم تكن شخصية الغير محل اعتبار، وفي هذه الحالة يكون التزام المتعهد التزماً بديلياً.

المطلب الثاني

الاستثناءات القانونية على مبدأ نسبية أثر العقد

وضع القانون المدني المصري نصوماً تتضمن استثناءات على مبدأ نسبية أثر العقد تتمثل في الدعوى المباشرة، وعقود الإدارة، ونظرية الأوسعاع الظاهرة، مراعاة منه لاعتبارات ترجع إلى العدالة أو استقرار التعامل^(١). أما القانون المدني اليمني فقد خلا من هذه النصوص. وتُورد فيما يأتي الاستثناءات التي وردت في القانون المدني المصري نظراً لأهميتها وهي:-

١- يمنح القانون الغير في حالات حقاً في الرجوع على أحد المتعاقدين مباشرة، وذلك عن طريق الدعوى المباشرة. فهو يخول الدائن الرجوع المباشر وباسمه الخاص على مدين مدينه ليؤدي إليه ما كان يجب أن يؤديه للمدين، وذلك في حدود ما على المدين للدائن. من ذلك دعوى المقول من الباطن وصاله بالرجوع على رب العمل بقدر ما هو مدين به للمقاول الأصلي (م/٦٢ مديني)، ودعوى الموكل ضد نائب الوكيل ودعوى هذا عليه (م/٨٠ مديني). والدعوى المباشرة في هذه الحالات تعد استثناء من مبدأ عدم انصراف أثر العقد إلى الغير من حيث أنها تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ من عقد لم يكن طرفاً فيه وذلك باسمه الخاص لا باسم مدينه الذي أبرم هذا العقد^(٢).

٢- في عقود الإدارة التي تصدر من المالك تحت شرط فاسخ تظل نافذة قبل من عادت إليه الملكية على الرغم من أن هذا الأخير لم يكن طرفاً فيها إذا تمت

(١) د. الصلح، ف٣٨، ص٣٦.

(٢) د. أحمد شوقي، ص١٣٦.

بدون غش (م/٢٩٦/٢ مدني)، ويقاس على هذه الحالة الحالات التي يزول فيها سند ملكية المودج بلثر رجعي لفسخ أو إبطال.

٣- وتطبيقاً لنظرية الأوضاع الظاهرة تقضي المادة (٣٢٣ مدني) بأن ذمة المدين تبرأ عند وفائه بحسن نية بالترام لشخص يحوز سند الدين، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام الذي كان يربط المدين بالدائن بالوفاء الذي لم يكن طرفاً فيه^(١). ومن التطبيقات على هذه النظرية أيضاً نفاذ تصرفات الوارث الظاهر في مواجهة الوارث الحقيقي إذا كان المتصرف إليه حسن النية، وكان هناك اعتقاد شائع بين الكافة بثبوت حق الميراث للمتصرف.

٤- ولاشك أن العقود الجماعية تنطوي على استثناء في هذا الخصوص، كما هي الحال في عقد العمل الجماعي، والصلح الوافي من النفيس، وعقود الإدارة التي تبرمها أغلبية الشركاء فيما يتعلق بالمال الشائع^(٢). وملكية الأسرة، وملكية الطبقات، فهذه العقود تبرمها الأغلبية وتسري في حق الأقلية التي لم تشترك ولم توافق عليها.

المطلب الثالث

الاشتراط لمصلحة الغير

١٦١- تقسيم: وندرس موضوع الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره استثناء على قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في فرعين، نتناول في الفرع الأول التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وشروطه، ونتناول في الفرع الثاني آثار الاشتراط لمصلحة الغير.

(١) د. أحمد شوقي، ص ١٣٦.

(٢) قانمادة (١٨٥ مدني يمني) تكتفي بالنسبة المقنونة المتعقبة بأعمال الإدارة المعتادة للمال الشائع بموجب الفقرة من يمتلكون أكثر من نصف الانصباغ على اجرائها مما تعد استثناء قانونياً على نسبية أثر العقد حيث تنص هذه المادة على أن: ((أعمال الإدارة هي ما تعلق بصيانة المال وحفظه واستغلاله ويؤخذ فيها برأي أغلبية الشركاء إذا كانت من الأعمال المعتادة وتحسب الأغلبية على أساس الانصباغ لأغلى أسس عدد الشركاء...)).

الفرع الأول

التعريف بالإشتراط لمصلحة الغير وشروطه

١٦٢ - أولاً: التعريف بالإشتراط لمصلحة الغير وتطور:

الإشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد الطرفين يسمى المشتراط على الطرف الآخر يسمى المتعهد التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد أو مثلاً فيه يسمى المنتفع، بحيث ينشأ لهذا الشخص الثالث حق مباشر من العقد^(١).

ومثاله في عقد التأمين أن يؤمن الأب على حياته لمصلحة زوجته. فالمستأمن هو المشتراط والمؤمن (شركة التأمين) هو المتعهد، والزوجة هي المستفيدة. وفي عقود المقاول أن يشترط رب العمل على المقاول حقوقاً معينة لمصلحة العمال الذين يستخدمهم هذا المقاول كالحق في حد أدنى للأجر وفي حد أقصى لساعات العمل. وفي عقد التزام المرافق العامة حيث تشترط جهة الإدارة على المحتكر للمرفق وهو المتعهد أن يبرم عقوده مع الأفراد وفقاً لأحكام خاصة بحيث لا تزيد القيمة التي يحصلها على قدر معين عن كل وحدة يقوم بتوريدها، والمنتفع في هذا الإشتراط هو كل فرد يبرم عقداً مع المحتكر، ومن الأمثلة التقليدية على الإشتراط لمصلحة الغير أن يبيع شخص لآخر شيئاً معيناً ويشترط عليه أن يدفع ثمنه لشخص ثالث أجنبي عن العقد.

وقد مرت نظرية الإشتراط لمصلحة الغير بمراحل تطور مختلفة^(٢). فقد احتفظ القانون الروماني في أول عهده بالقاعدة العامة التي تقتضي بأن العقد لا يكسب

(١) د. البراوي، ف ٣٦٣، ص ٤٥٨، د. الصدة ف ٤٤٤، ص ٣٨٠، د. سبيل تياغو، ص ١٢٧.

(٢) يراجع بالتفصيل، د. السهوري، القولات ٣٦٧-٣٧١، ص ٣٧١-٧٦٧، د. البراوي، ف ٣٦٤، ص ٥٩٤. د. الصدة، ف ٤٤٤، ص ٣٨٧، د. سبيل تياغو، ص ١٢٧.

الغير حقاً، ثم تطور الوضع بعد ذلك تحت ضغط الحاجات حتى انتهى الأمر في آخر عهده إلى الأخذ بالأشتراط لمصلحة الغير في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية. وفي عهد القانون الفرنسي القديم أخذ بهذه الاستثناءات مضميناً إليها استثناء جديداً هو إعطاء المنتفع من الاشتراط دعوى في مواجهة المتعهد حيث كان القانون الروماني يقتصر على منح المنتفع مجرد دفع. وفي عهد القضاء والفقه الفرنسيين استمر تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير يواجه الحاجات العملية المتجددة، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر في تطور هذه القاعدة، حتى وصل الأمر بالقضاء إلى أن أجاز الاشتراط لمصلحة الغير بالصورة التي استقر عليها الآن.

وقد أخذ القانونان المصري والبيني بقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها النهائية في المادتين (١٧٢ مدني يعني) و (١٥٤/١ مدني مصري).

١٦٣ - ثانياً: شروط وجود الاشتراط لمصلحة الغير:

يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير بتوفر ثلاثة شروط هي: ١- أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المستفيد. ٢- أن توجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع. ٣- أن تكون للمشتري مصلحة في الاشتراط.

ونتناول هذه الشروط الثلاثة بشيء من التفصيل:-
الشرط الأول: أن يتعاقد المشتري باسمه (١):

يجب أن يتعاقد المشتري باسمه مع المتعهد دون أن يدخل المستفيد طرفاً في العقد. وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة. فالنائب يتعاقد باسم الأصل لا باسمه فتتصرف آثار العقد إلى الأصل باعتبار أنه هو طرف العقد لا النائب. أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمستفيد أجنبي عن العقد ولهذا فالتعاقد لا يبرم باسمه.

(١) د. الصده، ف٢٨، ص٢٨، د. البدرلوي، ف٢٦، ص٢٤، د. سمير تناغوي، ف١١١، ص١٣.

ويختلف المشتراط عن الفرضولي. ففي حين أن المشتراط يجب أن تكون له مصلحة شخصية في الاشتراط فإنه يجب عدم وجود هذه المصلحة لدى الفرضولي في إدارة شئون الغير. ولا يشترط لقيام الاشتراط وجود ضرورة في حين يشترط وجودها في الفضالة.

الشرط الثاني: أن تنجبه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد^(١):

فحق المستفيد يجب أن ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط في ذمة المتعهد ولا يمر بنزعة المشتراط، وهذه أهم ميزة يحققها الاشتراط لمصلحة الغير. وقد نص القانون المدني على هذه الميزة في الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ بقوله: **((يكتسب المنتفع حقاً مباشراً قبل المشتراط عليه يستطيع بمقتضاه أن يطالبه بتنفيذ الاشتراط)).**

وعلى ذلك فإذا كان المشتراط قد اشترط الحق لنفسه فحسب، وكان الغير يفيد من هذا الحق فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير. فإذا أمن صاحب سيارة على مسئوليته عن الضرر الذي يصيب الغير، فإن هذا لا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير، لأن المؤمن له يشترط لمصلحته لا لمصلحة المضرور على الرغم من أن التعويض الذي يحصل عليه صاحب السيارة من شركة التأمين يفيد منه المضرور إذ يستطيع أن يستوفي منه حقه مع مزاحمة الدائنين له، ومن ثم لا يكون للمضرور حق مباشر من هذا العقد، ولا يحق له أن يرجع على الشركة إلا بدعوى مديته.

ولا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير إذا كان المشتراط قد اشترط الحق لنفسه ثم حوله إلى آخر كان يبيع شخص منزله ثم يحول الثمن إلى دائنه، لأن الدائن قد تلقى هذا الحق بمقتضى عقد الحوالة وليس بمقتضى عقد الاشتراط. وإذا كان المشتراط قد اشترط على المتعهد أن يبرم عقداً جديداً مع المستفيد يلزم فيه المتعهد نحو المستفيد فلا يعتبر هذا اشتراطاً لمصلحة الغير.

الشرط الثالث: أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في الاشتراط لمصلحة الغير^(٢):

(١) د. الصده، ف، ٣٤٩، ص ٣٨٨، د. عبد الفتاح عبد الباقي، ص ٥٩٣.
(٢) د. أنور سلطان، ف، ٢٦٨، ص ١٨٨، د. سمير تنافوخ، ف، ٩٩، ص ٣٢.

يستلزم القانون المدني المصري صراحة - حتى تتحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير - وجود مصلحة شخصية مادية كانت هذه المصلحة أو أدبية حيث ينص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ على أنه: ((يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية)). وقد خلا نص المادة (١٧٢ مدني يعني) من شرط المصلحة على اعتبار أن وجود هذا الشرط في أي اشتراط لمصلحة الغير مفروض وإن كان يحسن بالمشروع اليميني النص عليه صراحة منعاً لأي تأويل أو خلاف فقهي.

فيجب إذاً أن يكون للمشتراط مصلحة في الاشتراط لمصلحة الغير فإن انتفت هذه المصلحة بطل الاشتراط دون العقد الذي يتضمنه.

وتتحقق للمشتراط المصلحة المادية إذا كان الاشتراط يتضمن وفاء بدين في ذمة المشتراط قبل المسئفد حيث تبرأ ذمة المشتراط من هذا الدين بناء على الاشتراط، وبكفي نية التبرع لدى المشتراط حتى تتحقق مصالحة الأدبية من الاشتراط.

ويكفي وجود المصلحة حتى لو كان المشتراط لا يلزم نفسه بشيء، مثال ذلك أن تتعاقد أم مع والد ابنها على أن يلزم الأب بترتيب إيراد اللابن دون أن تلزم الأم بشيء نحو الأب. فالأم هنا لا تقوم بعمل الفضولي وإنما تشترط لصالح ابنها لأن لها مصلحة أدبية، ولا يهم بعد ذلك أن تلزم بشيء أو لا تلزم. ومثل ذلك أيضاً عندما تشترط جهة الإدارة لمصلحة المتفيعين برفق من المرافق في مواجهة المتلزم بهذا المرفق، فجهة الإدارة لا تحصل بذلك إلا على ما يفرض عليها واجبها الأدبي من حماية حقوق المواطنين.

١٦٤- لا يشترط في المستفد أن يكون موجوداً أو معيناً وقت العقد: تتاولنا شروط الاشتراط لمصلحة الغير، وليس من بينها أن يكون المستفد موجوداً أو معيناً وقت العقد، وهذا ما تؤكدته المادة (٢١٨ مدني)، حيث تنص على أنه: ((يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنفع إنساناً أو جهة

موجودين أو محتملي الوجود، كما يجوز أن لا يعين المنفع وقت العقد متى كان تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج الاشتراط أثره)).

فيغلب أن يعين المستفيد في عقد الاشتراط بشخصه أو بوصفه كتأمين لصالح فلان، أو تأمين لصالح الورثة دون ذكر أسمائهم، ولكن ليس هناك ما يمنع تعيين المستفيد بعد العقد متى كان المشترك قد احتفظ لنفسه بهذا التعيين في العقد نفسه،

كان يحتفظ المتأمن بحق تعيين المستفيد مستقبلاً.

ويجوز أيضاً أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية كتأمين لصالح من سيولد من أولاد المؤمن له.

الفصل الثاني

آثار الاشتراط لمصلحة الغير

١٦٥- تمهيد وتقسيم:

ينشأ من الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات حيث تظهر آثاره في هذه العلاقات وهي علاقة المشتراط بالمتعهد، وعلاقة المشتراط بالمنتفع وعلاقة المتعهد بالمنتفع.

وندرس فيما يأتي آثار الاشتراط لمصلحة الغير في هذه العلاقات الثلاث.

١٦٦- أولاً: علاقة المشتراط بالمتعهد^(١):

طرفا العقد هما المشتراط والمتعهد، ومن ثم فالعقد هو الذي يحكم العلاقة

بينهما فيحدد حقوق والتزامات كل منهما.

وعليه فإذا كان العقد عقد تأمين مثلاً اشترط فيه شخص لمصلحة نفسه وأولاده. فإن المشتراط يلتزم بدفع أقساط التأمين إلى شركة التأمين في مواعيدها. وتلتزم الشركة بدفع المبلغ المتفق عليه إن بقي حياً إلى الأجل المتفق عليه، وكل من الطرفين أن يتمسك نحو الآخر بالدفع الجائزة بالنسبة للعقد كالبطلان والاقتضاء.

وإذا قصر أحد الطرفين في الوفاء بالتزامه طبقت في حقه القواعد العامة حيث يجوز لكل منهما أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو التعويض، كما يجوز له أن يطلب الفسخ أو يدفع بعدم التنفيذ.

وللمشتراط بماله من مصلحة شخصية أن يراقب المتعهد في تنفيذ الاشتراط وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع للمطالبة بتنفيذ المتعهد بالتزامه. وهذا الحق في المطالبة مقصور على المشتراط وحده دون المنتفع. كما إذا اشترطت

(١) د. السنهوري، ف ٣٧٧، ص ٧٧، د. الصده، ف ٣٥٤، ص ٣٨٨، د. سمير تياغو، ف ١١٤، ص ١٧٤.

الحكومة في عقد الاحتكار شروطاً لمصلحة المتنفعين من الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها بالحق في المطالبة بتنفيذ هذه الشروط. وهذا ما نصت عليه المادة ٢١٧/٢ مدني) بقولها: ((يكون للمشتري نفسه مطالبة المشتري عليه بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة الغير)).

لكن قد يتبين من قصد المتعاقدين أن المنفع هو وحده صاحب الحق في المطالبة بتنفيذ الاشتراط، وذلك كما إذا اشترط رب العمل على مستشفى أن يستقبل من يشاء العلاج من عماله إذا رغب العامل في ذلك.

وللمشتري أن أخل المتعهد بالتزامه نحو المنفع أن يطلب الفسخ والتعويض، وأن يدفع بعدم التنفيذ وفقاً للقواعد العامة، وللمنفع في حالة فسخ العقد أن يرجع على المشتري إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه.

وإذا توفي المشتري دون تعيين المستفيد فإنه يجب اعتبار المشتري قد اشترط لنفسه. كما لو أمن على حياته ولكن توفي قبل تعيين المستفيد. فيكون مبلغ التأمين قد دخل في تركته ويوزع على ورثته باعتباره تركة لا باعتباره حقاً خاصاً.

٢٧- ثانياً: علاقة المشتري بالمنفع^(١):

وندرس هذه العلاقة من حيث طبيعتها، ومن حيث حق المشتري في نقض الاشتراط، ومن حيث إبداء المنفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط.

أ) فمن حيث طبيعة هذه العلاقة، فتتوقف على الغرض الذي من أجله عقد الاشتراط. فقد يكون تبرعاً وقد يكون معارضة.

فإذا كان المشتري متبرعاً للمستفيد كما هو الغالب في التأمين على الحياة لصالح الغير، كانت العلاقة بين الطرفين هبة غير مباشرة. والهبات غير المباشرة تعفى من الشروط الشكلية ولكنها تخضع للشروط الموضوعية للهبات. فيلزم توفر أهلية التبرع لدى المتبرع وهو المشتري، ويكفي أن يكون المستفيد أهلاً لمباشرة الأعمال النافعة نفياً محضاً حتى يقبل الاشتراط.

(١) د. البرلاوي، ف٢٧١، ص٤٧١، د. الصده، ف٣٥٥، ص٣٨٩.

وإذا كان الاشتراط معلومة، كما لو كان الاشتراط قد تم وفاء لدين على المشتري للمستفيد فإنه عندئذ يخضع للشروط الموضوعية لنوع المعاوضة محل الاشتراط، كأن يكون المشتري مديناً للمنتفع واشتراط لمصلحته وفاء للدين. ب) ومن حيث حق المشتري في نقض الاشتراط، فقد نصت على هذا الحق الفقرة الرابعة من المادة (٢١٧ مدني) حيث تقتضي على أنه: ((يكون للمشتري نقض اشتراطه قبل أن يطلب الغير المنتفع الاستفادة مما شرط لمصلحته ما لم يعارض ذلك مع مقتضى الاشتراط، ويسقط هذا الحق بوفاء المشتري)).

فيستطيع المشتري أن ينقض حق المنتفع إلى أن يظهر هذا رغبته في الاستفادة من الاشتراط. وحق نقض الاشتراط شخصي للمشتري نفسه، ولا يحق لغيره استعماله باسمه، ولا ينتقل إلى الورثة. فإذا مات المشتري أصبح حق المنتفع غير قابل للنقض، وهذا ما أكدته المادة (٢١٧ مدني) في فقرتها الرابعة.

وللمشتري - إذا نقض الاشتراط - تعيين منتفع آخر يحل محل المنتفع الأول، ويثبت الحق للمنتفع الجديد من وقت إبرام العقد لأنه لم يتلقه من المستفيد الأول، وإنما من عقد الاشتراط. وإذا لم يعين منتفعاً آخر ولم يبرئ المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو ويزول بالتالي حق المنتفع بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن. ويثبت للمشتري الحق من وقت العقد لأنه لم يتلقه من المنتفع وفي هذه الحالة يصبح الاشتراط لمصلحة الغير عقداً عادياً لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين. على أن طبيعة العقد قد تقتضي ألا يكون للمشتري حق النقص كما هو الحال في التأمين على الأشياء لصالح من تثبت له ملكيتها. وقد تقتضي طبيعة العقد أيضاً ألا يستعمل المشتري حق النقص بدون موافقة المتعهد إذا كان للمتعهد مصلحة في أن يتم الوفاء للغير المستفيد، كما إذا اشترى شخص عقراً موهوناً ثم تضمن عقد البيع اشتراطاً لصالح الدائن المرتهن بمقتضاه يلتزم المشتري أن يوفي الثمن إليه. فاللمشتري وهو المتعهد هنا مصلحة في أن يوفي بالثمن إلى الدائن المرتهن حتى يخلص العقار من الرهن.

ج) ومن حيث إبداء المنافع رغبته في الاستفادة من الاشتراط:
لا يستقر حق المنافع من الاشتراط نهائياً إلا إذا أبدى المنافع رغبته في الاستفادة منه. وإبداء الرغبة لا يعد قبولا لإيجاب موجه من المشتراط أو المتعهد. فعقد الاشتراط انعقد بآرائتي المتعهد والمشتراط، وحق المستفيد نشأ من العقد ومن تاريخ هذا العقد أصبح دائناً للمتعهد. وكل ما يترتب على إبداء الرغبة من أثر هو سلب المشتراط حقه في نقض الاشتراط.

وإبداء الرغبة إما أن يوجه إلى المشتراط أو إلى المتعهد، ولكن لابد من إعلانه إلى المتعهد حتى ينفذ في حقه ونجوز مطالبته.

وللمنفع أن يرفض الاشتراط، وفي هذه الحالة ينصرف حق المنفع إلى المشتراط أو ورثته من وقت العقد، والمشتراط حينئذ أن يعين منقعاً آخر يحل محل المنفع الذي رفض فثبت الحق للمنفع الجديد من وقت العقد أيضاً
(م/٢١٧/٥مذني).

ولدائني المنفع الذي رفض الاشتراط الطعن في الرفض بالدعوى البرلمانية إذا كان الاشتراط معاوضة. أما إن كان تبرعاً فلا يجوز لهم الطعن لأن تقدير المنفع للإقرار أو للرفض يقوم على اعتبارات شخصية وأدبية. وكما يجوز للدائنين الطعن في رفض المنفع الاشتراط يجوز لهم كذلك إبداء الرغبة نيابة عن المنفع إذا كان موضوع الاشتراط معاوضة.

١٦٨- ثالثاً: علاقة المتعهد بالمنفع^(١):

يتلقى المستفيد حقاً مباشراً من عقد الاشتراط يلتزم به المتعهد دون أن يمر هذا الحق بصفة المشتراط. فهو يصبح دائناً مباشراً بالحق للمتعهد.

ويترتب على أن المنفع يتلقى حقاً مباشراً ونشأً من العقد النتائج الآتية:-

(١) د. البراوي، ٣٧٤، ص ٤٧٥. د. أبو سلطان، ٢٧٦، ص ١٩٣.

(١) يستطيع المنتفع الرجوع على المتعهد بدعوى مباشرة يطالبه فيها بتنفيذ الاشتراط . على أن المنتفع لا يستطيع أن يطالب بالفسخ لأنه لم يكن طرفاً في عقد الاشتراط فهذا الحق مقصور على المشتروط وحده.

(٢) لا يدخل الحق المشتروط في تركة المشتراط عند وفاته. فمثلاً إذا أمن شخص على حياته لصالح الغير اكتسب هذا الغير الحق مباشرة دون أن يدخل هذا الحق في تركة المشتروط، وحتى لو كان المستفيد وارثاً للمشتراط، فإنه لا يتقلى الحق كتركة وباعتباره وارثاً ولكنه يتلقاه حقاً خاصاً خالصاً.

(٣) يوجد حق المستفيد من تاريخ عقد الاشتراط لا من وقت إعلان الرغبة لأن مصدر حقه هو العقد وليس إعلان الرغبة.

(٤) يجوز للمتعهد أن يدفع دعوى المستفيد بكل الدفوع التي تستند إلى عقد الاشتراط، فله أن يدفع بإعلان العقد، وله أن يدفع بعدم تنفيذ المشتراط بالتزاماته. ويكون له الحق في طلب الفسخ لعدم التنفيذ، وفي هذا تنص المادة (٢١٧/٣ مدني) على أنه: ((يكون للمشتراط عليه التمسك نحو المنتفع بالاشتراط بكل مدافعة تنشأ عن العقد)).

(٥) لا يكون لدائن المشتراط مزاحمة المستفيد في الحق الناشئ له من الاشتراط، فهو حق لم يدخل في ضمانهم العام، ولكن لدائن المتعهد أن يبرأحموا المنتفع - باعتباره دائناً للمتعهد - إذا تم التنفيذ على أموال المتعهد لاستيفاء ما عليه من الديون.

الباب الثالث

انحلال العقد

١٦٩- المقصود بانحلال العقد وتمييزه عن غيره^(١):

انحلال العقد هو زوال العقد بأثر رجعي. ويرد الانحلال على عقد صحيح، ويتحقق في حالة فسخ العقد، وانفساخه بحكم القانون، ويتحقق أيضاً في حالات أخرى سنذكرها في الفقرة التالية.

والانحلال بهذا المعنى يختلف عن انقضاء العقد وعن زواله. فانقضاء العقد يتحقق عادة بتنفيذ الالتزامات التي نشأت من العقد، أي بالوفاء، وهذا هو المصير المألوف للعقد، وهذا التنفيذ لا يؤدي إلى زوال العقد أي اختفائه حيث يظل العقد بعد التنفيذ سندهاً لما ترتب عليه من آثار. فعقد البيع مثلاً إذا تم تنفيذه لا يزول بهذا التنفيذ بل يبقى قائماً ويظل سنداً لملكية المشتري.

أما زوال العقد فمعناه انقضاء العقد، إذ يصبح العقد كأن لم يكن، ويتحقق هذا بإبطال العقد أو انحلاله. ومن هنا نفهم أن زوال العقد أعم من انحلاله. فإذا كان الانحلال لا يرد إلا على عقد صحيح فإن زوال العقد يرد على العقد الباطل ويرد كذلك على العقد الصحيح.

(١) د. الصده، ف، ٣٦٠، ص ٣٩٠، د. البيراري، ف، ٣٧٥، ص ٤٧٢.

١٧- تحديد أسباب انحلال العقد، وخطئة الدراسة فيها :

أولاً : تحديد أسباب انحلال العقد :

أهم أسباب انحلال العقد الفسخ و الانفساخ. وهناك حالات أخرى يتحقق فيها الانحلال بصورة كلية كما هي الحال في الرجوع، أو بصورة جزئية كما هي الحال في إنهاء العقد . وثمة حالة مقارنة لا تنطوي على انحلال وهي الإقالة. ونتناول فيما يأتي هذه الحالات بصورة موجزة، ثم نفصل الكلام بعد ذلك في الفسخ والانفساخ وفق الخطئة التي سببها إنشاء الله.

(أ) الرجوع:

الرجوع سبب لانحلال العقد نص عليه قانون الأحوال الشخصية اليمني في خصوص الهبة. فإذا لم يقبل الموهوب له رجوع الواهب جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م/١٩٦-٢٥٢أحوال)، وللرجوع أثر رجعي حيث تعتبر الهبة كأن لم يكن.

(ب) إنهاء العقد(١):

والإنهاء عبارة عن وضع حد للعقد، فيتحقق الانحلال بالنسبة إلى ما بقي من العقد بعد الإنهاء. أما ما تم تنفيذه من العقد قبل ذلك فلا أثر للإنهاء عليه، فلا يكون للإنهاء أثر رجعي، وقد يقع الإنهاء باتفاق الطرفين، كان يتفق الشركاء على حل الشركة.

وقد يتفق على أن يكون الإنهاء لأحد المتعاقدين أو لكليهما. وقد ينص القانون على أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادة مفردة، وهذا ينطبق على العقود غير اللازمة كالوكالة والعارية والوديعة.

(١) د. الصده، ف٢٣، ص٢٩، ص٣٩، د. البدرأوي، ف٣٧٧، ص٢٨١.

ج) الإقالة :

الإقالة أو التنازل أو التنازل بمعنى واحد اتفاق المتعاقدين على أن يقل كل منهما الآخر من العقد. فالإقالة عقد جديد يتفق فيه على رفع العقد الأول. ومثل ذلك أن يكون هناك بيع ثم يتفق البائع والمشتري على التنازل، فيتم عقد جديد يكون البائع فيه هو المشتري في العقد الأول ويكون المشتري فيه هو البائع في العقد الأول^(١).

وما دام أن التنازل عقد جديد فلا يكون له أثر رجعي ما لم يتفق المتعاقدان على أن يقع التنازل بأثر رجعي. وسواء كان له هذا الأثر أو لم يكن فإنه يعد عقداً جديداً بالنسبة إلى الغير وبالنسبة إلى الشهر العقاري.

فإذا كان من تلقى الشيء بمقتضى العقد قد رتب عليه حقاً للغير، فإن الحق يبقى، كما لو كان مشتري العقار في العقد الأول قد رتب عليه رهناً إن يعود المقار إلى البائع مثلاً بهذا الرهن، وإذا كان موضوع العقد عقاراً وجب تسجيل التنازل.

وقد نظم القانون المدني البني أحكام الإقالة بهذا المعنى في المواد (٥٨٢-٥٨٤). فقد عرف الإقالة في المادة (٥٨٢) بأنها: رفع عقد البيع بمثل الثمن الأول. ووضع شروطها في المادة (٥٨٣) حيث تقضي هذه المادة

بأنه: ((تصح الإقالة بشروط أربعة: ١- أن تكون بنفثها. ٢- بين المتعاقدين.

٣- في مبيع باق لم يزد زيادة غير متميزة. ٤- وتوقف على قبول العاقد الآخر في المجلس)).

وحدد طبيعتها في المادة (٥٨٤) حيث تنص على أنه: ((حكم الإقالة هي أن يعود المبيع لمالكه وهي بيع في حق الشفيع فسخ في حق غيره)).

فالإقالة وفقاً لنصوص القانون المدني اليمني هي نوع من الفسخ في حق المتعاقدين وفي حق الغير فيما عدا الشفيع فهي في حقه بيع، وذلك منعاً للتواطؤ على حرمان الشفيع من حقه في الأخذ بالشفعة لو كيفت الإقالة فسحاً في حقه.

(١) د. الصده، ف، ٣٦، ص ٣٩، د. أنور سلطان، ف، ١٦، ص ٢٥١.

واعتبار الإقالة فسخاً معناه إعادة كل من المتعاقدين إلى حالتها التي كانا عليها قبل التعاقد. فهي تؤدي إلى زوال العقد وبإثر رجعي. ولم يستترك المشرع الليبي بأن الأثر الرجعي يجب ألا يؤثر على حقوق الغير الذي يكون قد اكتسبها على الشيء محل العقد، وهذا عيب كان يجب تداركه بنص صريح.

ثانياً: خطة الدراسة في أسباب انحلال العقد:

تقتصر الدراسة على أهم الأسباب وهي الفسخ والانفساخ. والفسخ هو جزاء القوة الملزمة للعقد الملزم للجانبين. ويتحقق انحلال العقد أيضاً في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون. كما يتصل بموضوع الفسخ الدفع بعدم التنفيذ حيث يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ العقد حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. والدفع بعدم التنفيذ يمهّد إلى التنفيذ من قبل الطرف الممتنع أو إلى الفسخ إذا لم يتم الطرف الممتنع بالتنفيذ.

وعليه ندرس هذه الموضوعات في ثلاثة فصول على النحو الآتي:-

الفصل الأول: فسخ العقد.

الفصل الثاني: انفساخ العقد بقوة القانون.

الفصل الثالث: الدفع بعدم التنفيذ.

الفصل الأول فسخ العقد

١٧١- تمهيد وتقسيم:

فسخ العقد هو حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه في أن يطلب حل الرابطة العقدية حتى يتحلل من التزامه. ذلك الآخر إذا كان التنفيذ العيني للالتزام الناشئ من هذا العقد ممكناً وامتنع عنه المدين كان للدائن الخيار بين طلب التنفيذ العيني، وطلب الفسخ. وإذا كان التنفيذ العيني قد أصبح مستحيلاً بفعل المدين كان للدائن الخيار بين طلب التعويض وطلب الفسخ^(١).

وفي هذا تنص المادة (٢٢١مذني) على أن: ((عقود المعاوضة الملزمة للجانبين إذا لم يف أحدهما بالتزامه جاز للآخر بعد إعداره أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع تعويض بما لزم في الحاليتين...)).

ويختلف الفقه القانوني في تحديد الأساس الذي تقوم عليه نظرية الفسخ^(٢).

فالبعض من شراح القانون الفرنسي يذهب إلى أن الأساس هو الشرط الضمني الفاسخ الذي يفترض أن المتعاقدين ضمناً اتفاقها شرطاً يقضي بأن العقد يفسخ إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه. وهذا الأساس يأخذ به القانون الفرنسي.

وهذا الأساس منقذ لأنه يقتصر عن تفسير سلطة القاضي التقديرية إزاء طلب الفسخ. فالقاضي حر في الاستجابة لطلب الفسخ أو رفضه، ولو كان الفسخ قائماً

(١) د. الصده، ف٣٦٨، ص٣٩٦، د. البيرلوي، ف٣٨١، ص٨٥٤، د. الصده، ٣٦٧.

(٢) يراجع بالتفصيل، د. الشهوري، ف٤٦٣، ص٩٥، د. البيرلوي، ف٣٨٢، ص٨٥٤، د. أحمد شوقي، ص١٥٤. ص٢٩٧، د. سمير تياغر، ف١٤٣، ص١٨٨، د. رمضان أبو السعود، ص٢٧٨، د. أحمد شوقي، ص١٥٤.

على أساس الشرط الإرادي لما كانت للقاضي هذه السلطة وكان من المحتم عليه أن يقضي بالفسخ بمجرد عدم التنفيذ.

ويذهب بعض شراح القانون الفرنسي وجمهور شراح القانون المدني المصري إلى إقامة الفسخ على أساس نظرية السبب. فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه، فمعنى ذلك أن الالتزام المقابل يكون بدون سبب ويسقط بالتالي.

وهذا الرأي لم يسلم أيضاً من النقد، لأنه ليس من شأن تأسيس الفسخ على سبب الالتزام أن يفسر سلطة القاضي إزاء طلب الفسخ. فلو قام الفسخ على عدم وجود السبب لوجب على القاضي أن يقضي بإبطال العقد لا بفسخه وبمجرد تخلف السبب، أي مجرد عدم التنفيذ ودون أن تكون له سلطة التقدير في قبول الفسخ أو رفضه.

ويذهب البعض إلى أن هذا الأساس يرجع إلى فكرة الارتباط بين الالتزامات المتعاقبة في العقود الملزمة للجانبين^(١).

ويرى البعض أنه لا يمكن إيجاد أساس فني دقيق تقام عليه نظرية الفسخ ويمكن رد هذه النظرية إلى أساس من العدل وحسن النية. فالعدالة تقضي بعدم إلزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر. وحسن النية يجب أن يهيمن على العقد في تنفيذه وما يتخلف مع حسن النية الإبقاء على عقد لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ الالتزامات المتوجبة عليه^(٢).

وبعد هذا التمهيد ندرس موضوع الفسخ في ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول شروط الفسخ، ونتناول في المبحث الثاني طرقه، وفي المبحث الثالث نتناول آثاره.

(١) يرجع في توضيح هذا الأساس، د. السنهوري، ف ٤٦٣، ص ٩٥.

(٢) يرجع في توضيح هذه الفكرة، د. البيراوي، ف ٢٨٦، ص ٤٨٣.

المبحث الأول

مشروط الفسخ

١٧٢- تحديد هذه الشروط:

يشترط - حتى يمكن المطالبة بالفسخ - أن تتوفر شروط أربعة هي:

- ١- أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
 - ٢- أن يكون أحد المتعاقدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه.
 - ٣- أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه.
 - ٤- أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه.
- ونتناول هذه الشروط فيما يأتي بشيء من التفصيل.

١٧٣- الشرط الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين^(١).

وقد نصت على هذا الشرط المادة (٢٢١ مدني). فالفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين لأنها هي وحدها التي تنشئ التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، بحيث يعد كل التزام سبباً للالتزام الذي يقابله. فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان من العدل أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه.

وعليه فلا مجال للفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد. فإذا تخلف الطرف الملزم فيها عن تنفيذ التزامه فلا يكون هناك مصلحة للطرف الآخر في طلب الفسخ لأنه ليس عليه التزام يتحلل منه بالفسخ بل تقتضي مصلحته أن يطلب

(١) الصمد، ف، ٣٩ ص، ٣٨٩ د. البدرابي، ف، ٣٨٥ ص، ٤٩.

تنفيذ العقد إما تنفيذاً عينيّاً إذا كان مازال ممكناً وإما تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض.

٤٧١- الشرط الثاني: أن يكون أحد المتعاققين قد تخلف عن تنفيذ التزامه^(١):

يجب للحكم بالفسخ أن يتخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه. فلا يقوم الفسخ إلا حيث يكون التنفيذ العيني ممكناً وامتنع المدين عنه ولم يطلبه الدائن، أو حيث يصبح التنفيذ العيني غير ممكن بفعل المدين.

أما إذا استحال التنفيذ العيني لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كقوة قاهرة مثلاً، فإن هذه الاستحالة تؤدي إلى انتضاء التزام المدين، وعندئذ يسقط الالتزام المقابل، وينفسخ العقد بقوة القانون ودون حاجة إلى رفع دعوى قضائية، واستصدار حكم به كما هو الحال بالنسبة للفسخ الذي يكون بناء على حكم قضائي، وقد يحكم به القاضي وقد يقضي بالتنفيذ العيني إذا كان مازال ممكناً ويمنع المدين أجلاً. فللقاضي في الفسخ سلطة تقديرية وهذه السلطة التقديرية تخفي في حالة انفساخ العقد بقوة القانون.

ويستوي لإمكان طلب الفسخ أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو يكون التنفيذ معيباً.

ويجب لإمكان طلب الفسخ إعدار المدين، وهو ما تصرح به المادة (٢٢١ مدني)، وذلك لأن الإعدار هو الذي يضع المدين موضع التقصير إذ لا يعد المدين متخلفاً عن الوفاء إلا بعد الإعدار، على أن مجرد رفع دعوى الفسخ يعتبر إعداراً.

(١) د. الصده، ف، ٣٧٠، ص ٣٩، د. البيرلاوي، ف ٣٨٨، ص ٤٩.

١٧٥- الشرط الثالث: أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه^(١):-

يشترط - لكي يستجاب لطالب الفسخ - أن يكون طالبه قد قام بتنفيذ التزامه أو على الأقل مستعداً لتنفيذه. فإذا كان قد أخل بالتزامه فلا يحق له المطالبة بفسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

١٧٦- الشرط الرابع: أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه^(٢):-

يشترط - حتى يستجاب لطالب الفسخ - أن يكون المتعاقد الذي يطلب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، لأن الفسخ يستتبع هذه النتيجة لما له من أثر رجعي. ويقع ذلك إذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً وأصبح عاجزاً عن رده، كما لو تسلم المشتري بعض المبيع وتصرف فيه إلى آخر فلا يجوز له عندئذ أن يطلب الفسخ.

على أنه لا يمنع من طلب الفسخ والحكم به إذا كان المدعى عليه في دعوى الفسخ هو الذي استحال عليه أن يرد ما تسلم إذ يقضى عليه في هذه الحالة بالتعويض عما يعجز عن رده.

(١) د. البدرلوي، ق ٣٨٨، ص ٤٩٤.
(٢) د. أحمد شوقي، ص ١٥٦.

المبحث الثاني

طرق الفسخ

١٧٧- تقسيم:

الأصل أن يقع الفسخ بمقتضى حكم من القضاء. ويجوز أن يفتق المتعاقدان على الفسخ دون حاجة إلى استصدار حكم به من القضاء، وتتناول فيما يأتي هذين الطرفين في مطلبين.

المطلب الأول

الفسخ القضائي

١٧٨- أولاً: سلطة القاضي في دعوى الفسخ^(١):

إذا توفرت شروط الفسخ ورفعت الدعوى به، فإن الحكم بالفسخ ليس أمراً حتمياً، وإنما تظل مع ذلك فرصة من الخيار بين الفسخ والتفويض أمام القاضي.

فالقاضي ليس ملزماً بالاستجابة إلى طلب الفسخ فله في ذلك سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو بتنفيذ العقد. وفي هذا تنص المادة (٢٢١ مدني) على أنه: ((... ويجوز للقاضي أن يمنح الملزم أجلاً للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف به الملزم قليل الأهمية للالتزام في جملة)).

فالقاضي إذا أن يحكم بالفسخ إذا قدر أن الظروف تبرر إجابة طلب الفسخ، كان يتبين له أن المدين تعتمد عدم التنفيذ أو أهمل على الرغم من إغذاره. وله ألا

(١) د. البراروي، ف، ٣٩١، ص ٤٩٩، د. الصده، ف، ٣٠٣، ص ٤٠٢.

يحكم بالفسخ إذا وجد أن الجزء الهام من الالتزام قد تم تنفيذه، فيكتفي بالحكم بتنفيذ الجزء الباقي أو بالتعويض عنه. وله أن يمنح المدين أجلاً إذا أنسخ له أن ظروف المدين تستدعي ذلك. وفي هذه الحالة يجب على المدين أن ينفذ التزامه خلال المهلة الممنوحة له. ولا يستطيع القاضي أن يمنحه مهلة أخرى وبالتالي يقع الفسخ إذا لم يقم المدين بالتنفيذ خلال المهلة الممنوحة له.

وحكم القاضي بالفسخ هو حكم منشئ لا مجرد حكم كاشف. ولذلك كان طلب الفسخ من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة.

١٧٩- ثانياً: خيارات الدائن والمدين بعد رفع دعوى الفسخ:

لا يصبح الحكم بالفسخ حتماً بالنسبة للدائن والمدين بعد رفع دعوى الفسخ من الدائن، بل يظل الأمر بالنسبة لهما اختيارياً.

فيجوز للدائن رفع دعوى الفسخ أن يحل عن طلب الفسخ، ويطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل مدام الحكم لم يصدر. وله إذا كان قد رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ ويطلب الفسخ. والدائن في الحالتين يختار ما يحقق مصلحته. فمثلاً إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن كان للبائع طلب التنفيذ العيني واقتضاء الثمن جبراً، وكان له أيضاً طلب الفسخ. وهو يطلب التنفيذ إذا كانت قيمة المبيع قد هبطت وبوثر طلب الفسخ واسترداد المبيع إذا كانت قيمته قد ارتفعت.

ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ إذا كان الدائن قد رفع دعوى التنفيذ، لأن الحكم بالفسخ لا يصح إلا بناء على طلب الدائن وحده.

ويستطيع المدين أن يتوقى الحكم بالفسخ إذا هو عرض التنفيذ أو قام بالتنفيذ فعلاً قبل صدور الحكم بالفسخ. لكن لا يستطيع أن يطلب الفسخ عوضاً عن تنفيذ التزامه.

ومع ذلك فقد يحكم القاضي بالفسخ على الرغم من قيام المدين بالتنفيذ، إذا كان قد تكرر من المدين عدم التنفيذ، كالمستاجر الذي لا يدفع الأجرة، مما يضطر

• المؤجر إلى رفع دعوى الفسخ، فيقوم المستأجر بالدفع قبل النطق بالحكم، ولأنه قد تكرر منه عدم الدفع مما يسبب إرهاباً للدائن فإن القاضي مع ذلك لا يستجيب إلى طلب المدين عدم الحكم بالفسخ.

١٨٠- ثالثاً: أهمية الإحذار قبل طلب الفسخ^(١):

اشترطت المادة (٢٢١ مدني) الإحذار قبل رفع دعوى الفسخ، وبالتالي فإنه يمنع الحكم بالفسخ إذا قام المدين بتنفيذ التزامه بعد إعداره.

ومن مصلحة الدائن أن يعذر مدينه بالوفاء قبل رفع الدعوى إذ يحقق له ذلك فوائد متعددة. فقد يقوم المدين بالتنفيذ بعد الإحذار وبالتالي يكون المدين قد كفى الدائن مؤنة رفع الدعوى وما تكلفه من مصاريف. ذلك أن رفع دعوى الفسخ دون إحذار ثم قيام المدين بالوفاء يؤدي إلى أن يتحمل الدائن مصاريف هذه الدعوى لعدم ثبوت إخلال المدين بالتزامه. ولو أنه أعذر مدينه ثم رفع الدعوى بعد ذلك فإن المدين هو الذي يتحمل هذه المصاريف حتى لو قام بالتنفيذ بعد رفع الدعوى مباشرة. كما أن الإحذار السابق قبل رفع الدعوى يعطي القاضي انطباعاً بتغنت المدين في التنفيذ مما يجعله يستجيب إلى طلب الفسخ.

١٨١- رابعاً: حالات يفسخ فيها العقد دون حاجة إلى الحكم به^(٢):

وإذا كان الأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، إلا أن هناك حالات يقع فيها الفسخ بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم به وهذه الحالات هي:

١- إذا اتفق المتعاقدان على استبعاد الالتجاء إلى القضاء. وسياأتي شرح هذه الحالة بعد قليل.

٢- يجوز في بيع المنقولات أن يعتبر البائع العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يتم المشتري بدفع الثمن وقت تسليم المبيع وذلك دون الالتجاء إلى القضاء (م/٥٥٥ مدني).

(١) د. أحمد شوقي، ص ١٥٤.
(٢) د. البراروي، ق ٢٩٣، ص ٥٠.

٣- في العقود التي تنشئ علاقات شخصية بين المتعاقدين كعقد العمل، يجوز للمتعاقد اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم به بمجرد إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه. فلصاحب العمل مثلاً فسخ العقد إذا ارتكب العامل جنحة أو جناية في مكان العمل. ذلك أنه لا يعقل أن ينتظر رب العمل حكم القضاء بالفسخ في مثل هذه الحالات بل يستطيع طرد العامل بسبب إخلاله بالتزامه وهذا هو معنى الفسخ. ويجوز للعامل أيضاً فسخ العقد دون حاجة للحكم به إذا أخل رب العمل بأحد التزاماته الجوهرية أو اعتدى على العامل.

٤- ويجوز فسخ العقد دون حاجة إلى حكم به إذا كان من شأن الإخلال بالالتزام وقوع ضرر يصعب تعويضه أو تداركه. فقد قضى بأنه يجوز لمدير المسرح أن يطرد في الحال المتفرج الذي قام بالشغب إذا كان من شأنه تعطيل العرض أو مضايقة الجمهور (المشاهد)، فالطرد هنا هو الصورة العملية لفسخ العقد^(١).

١٨٢- خامساً: جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ:

قد لا يكون الفسخ تعويضاً كافياً عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء عدم التنفيذ ولذلك يجوز له أن يطلب - فضلاً عن الفسخ - التعويض. وقد نصت المادة (٢٢١ مدني) على جواز الجمع بين الفسخ والتعويض.

فإذا كان طالب الفسخ بائعاً مثلاً وحكم له بالفسخ استطاع أن يسترد الشيء المبيع من المشتري، وإذا كان قد فات على البائع من جراء الفسخ أي كسب كان سيحققه من العقد فإن له أن يطالب به عن طريق طلب التعويض الذي يقرنه بدعوى الفسخ.

(١) د. البدرابي، ف ٢٩٣، ص ٥٠٠.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي^(١)

- تنص المادة (٢٢٢ مدني) على أنه: ((يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه دون حاجة إلى حكم قضائي ولكن هذا الاتفاق لا يعفي من اختيار الفسخ من الإعدان للطرف الآخر إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه ويجب على القاضي إذا ترقعاً إليه أن يحكم بالفسخ إذا تحققت شروطه)).

إن القواعد المنظمة للفسخ - وكما يتبين من خلال نص المادة السابقة - لا تعتبر في مجملها من النظام العام، ولذلك أجاز القانون في هذه المادة الخروج على هذه القواعد بالاتفاق الصريح على فسخ العقد عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه. وهذا الاتفاق يأخذ صوراً متعددة يمكن توضيحها فيما يأتي:

١٨٣- أولاً: قد يتضمن العقد شرطاً يفيد أن العقد يكون مفسوخاً إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. ولا يعبر هذا الاتفاق عن نية المتعاقدين في تعديل القواعد العامة بشأن الفسخ، حيث يلزم صدور حكم بالفسخ، ويحفظ القاضي بسلطته التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه، هذا فضلاً عن وجوب الإعدان. ويجوز للمدين تقاضي الفسخ عند تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي به.

١٨٤- ثانياً: وقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ. وهذا الاتفاق يؤدي إلى انتزاع السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالفسخ من عدمه، حيث يتعين عليه الحكم به بناء على طلب الدائن إذا ثبت إخلال المدين بالتزامه.

ولكنه لا يعني عن الإعدان ولا من رفع دعوى الفسخ ويكون الحكم في هذه الحالة منشئاً للفسخ لا مقررأ.

(١) يراجع في هذا الموضوع، د. البدر أوي، ف ٣٩٣ ص ٥٠٠ ، د. الصده، ف ٣٧٤ ص ٤٠٥ ، د. سمير تافوق، ف ١٩٤ ص ١٩٤ ، د. أحمد شوقي، ص ١٢٠.

١٨٥- ثالثاً: وقد يتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم به، وهذا يعني أن يقع الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة إلى رفع دعوى به وإنما ترفع الدعوى فقط إذا نازع المدين وادعى التنفيذ حيث يقتصر دور القاضي على التحقق من تخلف المدين من التنفيذ. فإذا تأكد من ذلك حكم بالفسخ، ويكون الحكم حينئذ مقررًا للفسخ، لكن هذا الاتفاق على الفسخ لا يعني الدائن من الإعذار.

١٨٦- رابعاً: وقد يتفق في الأخير على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم به أو إعذار. وهذا هو أقصى ما يصل إليه الاتفاق من مدى بشأن الفسخ. وهذا يعني أن يقع فسخ العقد من تلقاء نفسه عند حلول ميعاد التنفيذ إذا لم يتم المدين به، فلا تكون هناك حاجة إلى الإعذار ولا رفع دعوى للحكم بالفسخ. وإذا استدعى الأمر أن ترفع الدعوى بسبب منازعة المدين في إعمال الاتفاق فإن الحكم الذي يصدر حينئذ يكون مقررًا.

ويلاحظ أنه في كل هذه الصور الخاصة بالاتفاق على الفسخ فإن الدائن يظل له دائماً الخيار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ. فمهما بلغ الاتفاق على الفسخ من قوة فإنه لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ.

المبحث الثالث

آثار الفسخ

١٨٧- تهديد وتقدير:

تتنص المادة (٢١٩ مدني) على أنه: ((...ويترتب على الفسخ إعادة العاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض من غرم)).

فإذا وقع الفسخ سواء بحكم القاضي أو بمقتضى الاتفاق أو بحكم القانون كما سيأتي، فإن العقد يزول أو ينحل بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن. وتتناول فيما يأتي هذا الأثر بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير.

١٨٨- أو لا: أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين^(١):

يترتب على الفسخ - وكما تنص المادة ٢١٩ مدني - أن تعود الحال فيما بين المتعاقدين إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وإذا كان العقد الذي تقرر فسخه لم ينفذ شيء منه فلا يلتزم أي من المتعاقدين بشيء نحو الآخر.

وإذا كان العقد قد نفذ جزء منه وجب أن يرد كل من المتعاقدين إلى الآخر الأداء الذي قبض. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً تعين على المشتري أن يرد المبيع إلى البائع، وتعين على البائع رد الثمن إلى المشتري.

وإذا أصبح الرد مستحيلًا حكم القاضي بالتعويض. فلو أن المبيع في المثال السابق هلك في يد المشتري بخطأ منه حكم عليه بالتعويض الذي يعادل قيمة المبيع وقت هلاكه.

(١) د. الصدوق، ٣٧٦، ص ٤٠٦.

وللدائن طالب الفسخ أن يطلب - فضلاً عن استرداد ما أداه - التعويض عن الضرر الذي أصابه من الفسخ، وفي هذه الحالة يكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

على أن الأثر الرجعي للفسخ لا يمكن سريانه بالنسبة لعقود المدة لأن طبيعتها تأتي مثل هذا الأثر. فالزمن عنصر جوهري فيها وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه. وعليه فإن ما تم من العقد قبل الفسخ يظل قائماً محتفظاً بآثاره فلا يفسخ العقد إلا بالنسبة إلى ما بقي منه بعد الفسخ.

ومن ثم فإنه إذا كان العقد إيجاراً مثلاً كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض، ولهذا يقال إن الفسخ في هذه العقود هو في حقيقته إنهاء للعقد.

١٨٩- ثانياً: أثر الفسخ بالنسبة للغير^(١):

القاعدة أن أثر الفسخ يسري في حق الغير كذلك، فتسقط جميع الحقوق التي تلقاها الغير من أحد المتعاقدين، فإذا كنا بصدد بيع وكان المشتري قد أقل المبيع ببعض الحقوق فإن هذه الحقوق تسقط ولا تنفذ بالتالي في حق البائع إذا فسخ البيع واسترد المبيع.

لكن ترد على هذه القاعدة استثناءات الهدف منها حماية الغير حسن النية. من أبرز هذه الاستثناءات ما يتعلق بعقود الإدارة. فإذا كان الغير قد كسب حقاً يتعلق بالشيء الذي ورد عليه العقد المفسوخ بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ^(٢).

(١) د. البدر اوي، ف ٣٩٩، ص ٥٠٩.
(٢) راجع فيما يتعلق بهذه الاستثناءات فيما سبق دراسته في البطلان، ف ١٢١.

الفصل الثاني

انفساخ العقد ببقوة القانون

١٩٠ - المقصود بالفساخ العقد وشروطه:

ورد في انقضاء العقد بقوة القانون وأسبابه خمسة نصوح هي المواد (٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨) وقد وردت المادتان (٢٢٣ مدني و ٢٢٤ مدني) ضمن أحكام انحلال العقد. حيث تنص المادة (٢٢٣) على أن: ((عقود المعاوضة الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين انقضت معه التزامات المتعاقد الآخر المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)). وتنص المادة (٢٢٤) على أنه: ((إذا تُلف المعقود عليه في المعاوضات المالية وهو في يد صاحبه ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه انفسخ العقد تبعاً لذلك ووجب أن يرد العوض الذي قبضه للمعاقد الآخر)) ووردت المادة (٢٤٧ مدني) في التنفيذ بمقابل أي التعويض حيث تنص على أنه: ((إذا استحال على الملتزم تنفيذ الحق عيناً بعد أن كان ممكناً حكم عليه القاضي بالتعويض ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ويحكم أيضاً بالتعويض...))، ووردت المادة (٤٤١) في أحكام استحالة التنفيذ حيث تنص على أنه:

((ينقضى الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجبنى لا يد له فيه إلا ما استثنى بنص، كرجاع البائع ما استلمه من ثمن المبيع الذي تلف فأصبح تسليمه مستحيلًا))، وردت المادة (٥٣٤ مدني) في آثار عقد البيع وتنص على أنه: ((إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إغفار المشتري لتسلم المبيع المعين بذاته وتقاصس المشتري عن ذلك بلا عذر فيكون الهلاك على المشتري)) .

ويتبين من هذه النصوص أن انفساخ العقد بقوة القانون يتحقق إذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي لا يد له فيه، دون حاجة إلى إعدار، أو استصدار حكم قضائي به، سواء أكان العقد ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد.

فالقاعدة التي تقررها المادتان (٢٢٣، ٢٢٤) هي انقضاء التزام المدين إذا أصبح وفاءه به مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

ويشترط لتحقيق الانفساخ بقوة القانون أن تكون استحالة التنفيذ طارئة بعد قيام العقد. أما إذا كانت هذه الاستحالة معاصرة لإبرام العقد، فإن العقد لا ينشأ أصلاً لانقضاء ركن المحل، وبالتالي فإن العقد إن تم إبرامه بدون محل فهو باطل. بينما الانفساخ يتحقق بالنسبة لعقد نشأ في الأصل صحيحاً توفرت فيه جميع أركانه وشروطه.

ويشترط أيضاً أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة لا نسبية خاصة بالمدين.

ويشترط أخيراً أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي. أما إذا كان سبب الاستحالة راجعاً إلى فعل المدين أو خطئه فهي لا تقضي على الالتزام، بل يظل الالتزام قائماً، ويطالب الدائن بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزام. وهذه هي المسؤولية العقدية. ثم هي تحيز الدائن في العقود الملزمة للعقدين المطالبة بالفسخ ليتحلل من التزامه هو أيضاً، ففضلاً عن حقه في التعويض (م/٢٤٧ مدني).

١٩١- آثار انفساخ العقد بقوة القانون^(١):

يترتب انفساخ العقد - كما ذكرت - نتيجة استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين، الأمر الذي يترتب عليه انقضاء الالتزام المقابل.

(١) د. البراوي، ف، ٤٠١، ص ٥١، د. مسير تناخو، ف، ١٤٧، ص ٩٦.

ويترتب على انفساخ العقد بقوة القانون تحمل أحد المتعاقدين التبعة، أي الخسارة الناشئة عن عدم تنفيذ العقد وانفساخه.

ويتحدد المتعاقد الذي يتحمل التبعة بحسب ما إذا كان العقد ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد. ففي العقد الملزم للجانبين يتحمل المدين بالالتزام الذي استحال عليه تنفيذه التبعة.

ففي عقد البيع مثلاً وهو من أهم العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح التزام البائع بنقل ملكية المبيع مستحيلًا بسبب هلاكه كلياً لسبب أجنبي، فإنه يقتضي التزام البائع وهو المدين في الالتزام بنقل الملكية، ولكن في الوقت نفسه يقتضي التزام المشتري بدفع الثمن فالبايع يفقد المبيع وفي الوقت نفسه لا يحصل على ثمنه. ومعنى ذلك أنه هو الذي تحمل تبعة الهلاك واستحالة التنفيذ، أما الطرف الآخر فإنه لا يتحمل أية خسارة أو تبعة لأنه لن يدفع أي ثمن طالما أنه لم يتلق ملكية المبيع.

أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذي يتحمل تبعة الهلاك هو الدائن. ففي عقد الرديعة مثلاً إذا هلك الشيء المودع لسبب أجنبي فإنه يهلك على المودع صاحب الشيء وهو الدائن في هذا العقد ولا يوجد في ذمة الدائن أي التزام يتحلل منه مقابل الالتزام الذي تحل منه المودع لديه وهو الالتزام بالرد.

وتحمل التبعة بهذا المعنى نتيجة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي وانفساخ العقد بقوة القانون هو الأثر الخاص الذي يتميز به الانفساخ بالإضافة إلى أنه لا يحكم بالتعويض إن لا مسئولية على المدين في هذه الحالة.

أما فيما عدا ذلك فإن آثار انفساخ العقد الأخرى هي بذاتها آثار فسخ العقد بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين من حيث إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

٢٩٢- تبعة العقد وتبعة الشيء^(١):

تبعة العقد هي الخسارة التي تتمثل في انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذ. ويتحمل تبعة العقد - كما رأينا - الدائن في العقد الملزم لجانب واحد، والمدين في العقد الملزم لجانبين.

أما تبعة الشيء فهي الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بسبب هلاكه. والأصل أن الشيء يهلك على ماله فعليه تقع تبعة هلاكه. ومبدأ تحمل التبعة ينو عيها لا تثير مشكلة بالنسبة لبعض العقود. ذلك أنه ليس من الضروري أن من يتحمل إحدى التبعتين يتحمل الأخرى. فقد يتحمل أحد المتعاقدين تبعة العقد ويتحمل الآخر تبعة الشيء. ففي عقد الوديعة المأجورة مثلاً إذا هلكت الوديعة بسبب أجنبي انقضى التزام المودع لديه بالرد، وسقط أيضاً عن المودع التزامه بدفع المقابل، فتبعة الهلاك هنا على المدين بالرد وهو المودع لديه الذي يفقد حقه في الأجر وهذه هي تبعة العقد. أما تبعة الشيء فيتحمّلها المودع بصفته مالكاً.

بينما لا تثار في بعض العقود هوى تبعة العقد عند ما لا يتعلق العقد بشيء وذلك كالتزام عامل في عقد العمل القيام بعمل لم يستطع القيام به بسبب قوة قاهرة، ففي هذه الحالة لا تعرض لنا إلا تبعة العقد ويتحملها هنا المدين الذي استحال عليه تنفيذ التزامه وهو العامل فلا يستحق أجرأ.

وقد يتحمل أحد المتعاقدين تبعة العقد وتبعة الشيء معاً وهذا ما يحدث في العقود الواردة على منفعة الشيء لوجود التزام بين التبعتين في هذه العقود. ففي عقد الإيجار مثلاً إذا هلك الشيء المأجر هلك على ماله المأجر وهذه هي تبعة الشيء، ويترتب على هلاك الشيء انقضاء التزام المأجر بالتسليم وسقوط حقه في اقتضاء الأجرة فيكون الهلاك عليه بصفته مديناً بالتسليم وهذه هي تبعة العقد، (م/٢٦ مدني).

(١) د. البردوي، ف ٤٠٣، ص ١١٢.

على أن الأمر يختلف بالنسبة للعقود الناقلة للملكية ، حيث لا يوجد تلازم بين التبعيتين ، وينبغي المفاضلة بينهما وتغليب أحدهما على الأخرى . ففي بيع منقول معين بالذات مثلاً الذي تنتقل فيه الملكية بالعقد وقبل تسليم المبيع . فإذا هلك المبيع وهو في يد البائع فعلى من تقع تبعة الهلاك؟ إذا أخذنا بتبعة العقد تحمل البائع تبعة الهلاك، وإذا أخذنا بتبعة الشيء كانت تبعة الهلاك على المشتري.

اختلفت التشريعات حول هذا الموضوع، فالبعض منها أخذ بمبدأ تبعة الشيء، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي حيث غلب تبعة الشيء في العقود الملزمة للجانبين^(١)، وتخلّى عن تبعة العقد وعلى العكس من ذلك فقد غلب القانون المصري في المادة (٣٧٤ مدني) ومعه القانون اليمني في المادة (٥٣٤) قاعدة تبعة العقد فجعل الهلاك دائماً على المدين.

(١) د. البدرلوي، قف، ٤٠، ص ٥١٥.

الفصل الثالث

الدفع بعدم التنفيذ

١٩٣ - المقصود بالدفع بعدم التنفيذ ومجاليه^(١):

الدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المشروع عن الوفاء هو حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين في أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به.

فهو وقف تنفيذ العقد من أحد المتعاقدين حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذه، وهو بذلك يمهّد إلى التنفيذ أو إلى الفسخ (م/٢٥ مدني).

ومجال الدفع بعدم التنفيذ هو العقود الملزمة للجانبين. وهو تطبيق خاص لمبدأ أعم منه وهو مبدأ الحق في الحبس. ومقتضى الحق في الحبس أن كل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه هذا (م/٣٧٠ مدني).

فالارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة يمنح الحق في الحبس حتى ولو لم يكن هذا الارتباط ناشئاً عن عقد من العقود الملزمة للجانبين. فالمودع لديه بدون أجر والمستعير والحائز بحسن نية بل والغاصب إذا أنفق أي منهم مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء الذي في حيازته فمن حقه أن يحبسه ويتمتع عن رده إذا لم يرد له مالهك الشيء المصروفات التي أنفقها. ويمكن التمسك أيضاً بالحق في الحبس في حالة زوال العقد بالإبطال أو الفسخ حيث يجب على كل من المتعاقدين أن يرد ما أخذه، ويجوز لكل منهما أن يحبس ما أخذه حتى يرد الآخر ما تسلمه.

(١) د. الشهوري، ف ٤٩٢، ص ١٠٠٥. د. البدراني، ف ٤٠٦، ص ٨٥.

١٩٤- شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:

يلزم لإمكان التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ثلاثة شروط هي:

- ١- أن يكون العقد ملزماً للجانبين.
- ٢- أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء.
- ٣- ألا يتعسف التمسك بالدفع في استعماله.

الشرط الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين^(١):

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وذلك لوجود الارتباط بين الالتزامات المتقابلة المستمدة من هذا العقد.

فمجال الدفع بعدم التنفيذ يقتصر - كما عرفنا - على العقود الملزمة للجانبين فحسب.

الشرط الثاني: أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء^(٢):

يجب أن يكون الالتزام الذي يدفع المتعاقد بعدم تنفيذه مستحق الأداء، وهذا ما تصرح به المادة (٢٥ مدني)، فإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد أصبح التزاماً طبيعياً أو غير مستحق الأداء لاقرانه بأجل فلا يجوز الدفع بعدم التنفيذ. فالبايع لا يحق له أن يحبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً بالاتفاق، أما إذا كان الأجل هو عبارة عن نظرة الميسرة فإنه لا يحول دون إمكان الدفع.

ولا يجوز التمسك بالدفع كذلك إذا كان أحد المتعاقدين ملزماً بالتنفيذ أو لا حيث يجب عليه أن ينفذ دون أن ينتظر التنفيذ من الآخر.

الشرط الثالث: عدم التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ^(٣):

يعني هذا الشرط أنه يجب أن يكون عدم التنفيذ على درجة من الأهمية بحيث يبرر امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه. فإذا كان ما بقي من الالتزام

(١) د. الصده، ف، ٣٨٩، ص ٤١٠، د. سمير تاقو، ف، ١٥٠، ص ٢٠٠.

(٢) د. الصده، ف، ٣٨٥، ص ٤١٠، د. البراوي، ف، ٤٠٧، ص ٢١٥.

(٣) د. الصده، نفس الإشارة، د. البراوي، ٣٨٩، ص ٢٢٥.

المقابل دون تنفيذ جزء يسير بالمقارنة إلى ما تم تنفيذه فلا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأن في هذا التمسك تعسفاً في استعمال الحق.

ولذلك يستطيع المتعاقد المتمسك بالدفع في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه يقابل الجزء الذي لم ينفذ، إذا كان من الممكن تجزئة الالتزام، وتطبيقاً لهذا لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام أساسي في العقد حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام ثانوي يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام الأول. فلا يحق للمستأجر مثلاً أن يمتنع عن دفع الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات في العين المؤجرة، ولا تستطيع شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن مشترك بحجة أنه لم يدفع مبلغاً تأفقاً.

١٩٥ - الدفع بعدم التنفيذ والفسخ^(١):

هذه هي شروط الدفع بعدم التنفيذ. ومن خلالها يتبين أن الدفع بعدم التنفيذ يتفق مع الفسخ في مجال كل منهما وهو العقود الملزمة للجانبين وفيما عدا ذلك فهما يختلفان.

فلا يحتاج الدفع بعدم التنفيذ إلى الإحذار لاستعماله. ولا حاجة أيضاً إلى الاتجاه إلى القضاء لاستئنائه في التمسك بالدفع.

ومع ذلك فقد يستلزم الأمر اللجوء إلى القضاء وذلك عندما ينكر الطرف الآخر موقف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. كأن يدعي أنه قد نفذ التزامه كاملاً أو نفذ معظمه، وعندئذ يقرر القاضي موقف المتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره. وكما سنعرف بعد قليل فالدفع بعدم التنفيذ يؤدي إلى وقف تنفيذ الالتزام دون أن يزول كما هو الحال في الفسخ الذي يؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية.

وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ وعندئذ يمكن الاتجاه إلى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع وبهذا يتم تنفيذ الالتزامين في وقت واحد.

(١) د. البرلاوي، ف ٤٠٨، ص ٥٢١.

١٩٦- آثار الدفع بعدم التنفيذ:

يؤدي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى وقف الالتزام فقط على خلاف الفسخ الذي يؤدي إلى انحلال العقد، لأن القصد من الدفع بعدم التنفيذ هو الضغط على إرادة طالب التنفيذ حتى يقوم بتنفيذ التزامه.

فإن استمر المتعاقد مصراً على عدم تنفيذ التزامه كان لابد عندئذ من الخروج من هذا الموقف عن طريق حل الرابطة التعاقدية بالاتفاق أو قضاة.

ويظل الالتزام الموقوف كما هو في مقداره دون نقص إذا كان من الالتزامات الفورية، أما إذا كان من الالتزامات المستمرة للتنفيذ فإنه يترتب على الوقف نقص جزئي في تنفيذ الالتزام بقدر المدة التي يقف فيها هذا التنفيذ، ولا يمتد العقد بعد ذلك مدة تعادل المدة التي وقف فيها.

على أن هناك حالات لا يتصور فيها وقف تنفيذ الالتزام لأن طبيعته لا تقبل الوقف. ويتحقق ذلك في بعض صور الالتزام بالامتناع عن عمل، فإذا التزم شخص بعدم البناء في مساحة معينة يملكها مقابل مبلغ من المال، وتأخر الطرف الآخر في دفع هذا المبلغ فليس أمام الملزم بعدم البناء إلا أن يبني في هذه المساحة ويكون هذا عندئذ بمثابة فسخ للعقد.

ويستطيع من يتمسك بالدفع أن يحتج به في مواجهة الغير الذي كسب حقاً على الشيء المحبوس بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فلو أن هناك بيعاً وتأخر المشتري في دفع الثمن، ثم باع المبيع الذي اشتراه لمشتري ثان أو رهنه لدائن مرتين، فإنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع ويتمسك بالدفع ضد المشتري الثاني أو الدائن المرتين.

تم بحمد الله الانتهاء من كتابة نظرية العقد

القسم الثاني

الإدارة المنفردة

القسم الثاني

الإرادة المنفردة

١٩٧- تهليل وتقسيم:

الإرادة المنفردة تصرف قانوني من جانب واحد، وقد عرفها نص المادة (١٠٣مديني) بقوله: ((الالتزام بالإرادة المنفردة هو صدور إيجاب من شخص لا

يتوقف على قبول من آخر...)).

وتستطيع الإرادة المنفردة أن ترتب آثاراً قانونياً متعددة في حالات معينة. فهي قادرة على أن تنشئ حقاً عينياً كما في الرصية أو تنهى هذا الحق كما في النزول عن حق ارتفاق أو رهن، وأن تصحح عقداً قابلاً للإبطال كما في الإجازة، وأن تجعل العقد يسري في حق الغير كما في الإقرار وأن تنهى العقد في حالات معينة ينص عليها القانون كما في الوكالة مثلاً.

وهي قادرة أيضاً على النزول عن الحق الشخصي بالإبراء

على أن الذي يعيننا في هذا الموضوع هو دراسة التصرف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام. بمعنى هل يمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام بحيث تكون مصدراً للالتزام مثلها مثل العقد؟

إن إنشاء الالتزام بإرادة منفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام كالعقد قد اختلف الرأي فيه، لذلك نستعرض فيما يأتي موقف الفقه والقانون من هذه المسألة، ثم نتناول تطبيقاً بارزاً للنشوء الالتزام بالإرادة المنفردة عني به المشرع اليميني هو الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور كل ذلك في بابين.

نتناول في الباب الأول مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام، ونتناول في الباب الثاني الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور.

الباب الأول

مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام

١٩٨- الجدل حول مدى اعتبار الإرادة مصدراً للالتزام^(١):

أثير الجدل الفقهي بين مدرستين حول صلاحية الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام. المدرسة الفرنسية والتي تنكر على الإرادة المنفردة أن تكون مصدراً للالتزام، والمدرسة الألمانية والتي تعترف للإرادة المنفردة بالقررة على إنشاء الالتزامات. وقد مسكت التشريعات الحديثة مسلكاً معتدلاً فلم تأخذ بأي من النظريتين فالقانون الألماني مثلاً والذي نشأت في فقهه الإرادة المنفردة لم يأخذ بها كمصدر عام للالتزام بل كمصدر خاص في حالات معينة وعلى سبيل الحصر. وهذا هو مسلك المشرع المصري أيضاً. ويبدو أن للإرادة المنفردة في ظل القانون المدني اليمني ميداناً أوسع منه في القانون المصري متأثراً في ذلك بنظرة الفقه الإسلامي الذي وسع من دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات^(٢).

ونبين في الفقرات الآتية حجج كل من المدرستين موضحين موقف القانون المدني اليمني من موضوع الخلاف.

١٩٩- حجج المعارضين لاعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام:

تستند النظرية الفرنسية في رفضها لاعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلى الحجج الآتية:

١- إذا كان مفهوماً أن الإنسان يستطيع أن يلتزم بإرادته المنفردة فينبغي أن يسمح له أيضاً بالتحلل من التزامه هذا بنفس الإرادة التي أنشأته وهي الإرادة

(١) تفصيل أكثر، د. إسماعيل غانم، ف ٢٠٧، ص ٣٩، د. الصده د. سبر تناغز، ف ١٥٣، ص ٢٠٤.
(٢) يراجع في هذا الموضوع، د. السنهوري، مسائل الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٤١، د. عبد المجيد مطلوب، الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، ص ٣٣.

المنفردة. وهكذا يصبح الالتزام معلقاً على محض إرادة المدين وهو غير جائز في التواعد العامة.

٢- وإذا كان مقبولاً أن يلتزم الشخص بآرائه المنفردة، فإنه ليس مقبولاً أن يصبح الشخص دائماً بغير إرادته. فإذا اشترط قبول هذا الدائن الالتزام فإن الأمر يكون قد تخطى مرحلة الإرادة المنفردة إلى مرحلة التعاقد.

٢٠٠- ثانياً: حجج المؤيدين لاعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام^(١):

ويستند أنصار المدرسة الألمانية القائلة بأن الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام إلى الحجج الآتية، مع ملاحظة أن أصحاب هذه المدرسة يختلفون في مدى الاعتراف للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشاء الالتزام. فالبعض يبلغ فيعتبرها المصدر الوحيد للالتزام الإرادي وليس العقد سوى اجتماع إرادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن الأخرى وكل منهما تنشئ في زمة صاجبها التزاماً غير الذي تنشئه الأخرى. ومنهم من يجعلها مصدراً يقف مع العقد على قدم المساواة. ومنهم من يرى فيها مصدراً استثنائياً لا يصل إلى مستوى العقد، وإنما يؤخذ به في الحالات التي يقتضي استقرار التعامل أن تعتبر الإرادة المنفردة فيها مصدر الالتزام وهذا الرأي هو الذي يسود الآن في الفقه والتشريع الحديثين.

١- بالنسبة لحجج المعارضين، فقد حاول أنصار هذه المدرسة الرد عليها، فبالنسبة للاعتراض الأول، فإنه ليس ما يمنع من ناحية المنطق أن يقرر القانون مراعاة لاعتبارات الثقة في المعاملات، أن من التزم بآرائه المنفردة لا يجوز له أن يرجع في التزامه، فالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام تستند في نهاية الأمر إلى حكم القانون شأنها في ذلك شأن العقد، والقانون يستطيع أن ينظم كيفية انقضاء الالتزامات بمصالحها المختلفة، وهو بُراعي في ذلك الكثير من الاعتبارات الاجتماعية. وبالنسبة للاعتراض الثاني فإنه لا يشترط طبقاً للتصوير

(١) د. الصده، ف ٣٨٩، ص ٤١٧، د. سمير تافوق، ف ١٥٣، ص ٢٠٠.

الموضوعي للالتزام أن يرضى الدائن باكتساب الحق الناشئ عن الالتزام، بل ولا يشترط أن يكون الدائن موجوداً أو معروفاً وقت نشوء الحق، ففي الاشتراط لمصلحة الغير مثلاً يجوز أن يكون المنتفع غير معروف أو غير موجود وقت الاشتراط، وطبقاً لهذا التصوير يكفي أن يكون المدين موجوداً وقت نشأة الالتزام ولا أهمية كبيرة لشخص الدائن.

٢- أن من يتعاقد يلتزم - في الواقع - بالإرادة المنفردة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر. وتوافق الإرادتين الذي تستند إليه القوة الملزمة للعقد لا يتصور أن يكون تماً في جميع الحالات. فلكي يتحقق هذا التوافق يجب أن يكون هناك تعاصر بين الإرادتين أي يجب أن تصدران في وقت واحد وهذا غير ممكن سواء في التعاقد بين غائبين أو بين حاضرين، حيث تصدر أو لا إرادة الموجب ثم تتلوها إرادة القابل. ولهذا فالأولى القول إن الشخص يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة أخرى.

٢٠١- أهمية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون اليمني^(١):

وضح لنا مما سبق وجود مذهبين في مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام. والحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً أو عدالة من اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ينشأ في ذمة الشخص. غير أنه يجب الاعتراف للإرادة المنفردة بهذه القدرة في حدود معقولة وفي حالات لا تصل إلى الحد الذي تبرر اعتبارها مصدراً عاماً للالتزام. وهذا النظر هو الذي يعتنقه الفقه الحديث في ألمانيا وإيطاليا وهو الذي يأخذ به الرأي الغالب في الفقه المصري، وقد أخذ به التشريع الألماني الذي جعل الإرادة المنفردة مصدراً استثنائياً، وسار على نهجه التشريع المصري وبعض التشريعات العربية كاللشريع السوري والعراقي^(٢).

(١) د. محمد الشامي، ف ٣٢٦، د. سيد محمد سيد، ص ٢٠٦.

(٢) د. الصده، ف ٣٩٠، ص ٤١٨، على أن المرحوم السنيوري يذهب إلى عدم اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام حتى في الحالات التي يعرف لها المشرع المصري بذلك، معتبراً أن المصدر المباشر للالتزام في تلك الحالات هو القانون وليست الإرادة المنفردة، ولذلك قال هذا الأستاذ الجليل لم يورد للإرادة المنفردة عنواناً خاصاً بها بين مصادر الالتزام، د. الصده، ف ٣٩١، ص ٤١٨.

أما المشرع اليمني فقد أورد نصاً يعرف فيه الالتزام بالإرادة المنفردة ويسوق مثالين عليها هما الوعد بجائزة والنذر.

قتض المادة (١٠١مذني) على أن: ((الالتزام بالإرادة المنفردة هو صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبول من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعين فيترتب على الالتزام أثره من تولد الحق لصاحبه وإجبار الملتزم به على أدائه عند الامتناع، ومن ذلك النذر، والوعد بالجائزة، ويرجع في الأحكام الخاصة بالنذر إلى قانون الهبة)).

وعلى الرغم من أن النص لا يصرح باعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد وغيره من مصادر الالتزام، إلا أنه يفهم من نص هذه المادة أن المشرع اليمني أفسح للإرادة المنفردة مجالاً واسعاً تصبح معه مصدراً هاماً من مصادر الالتزام.

على أنه يجب ألا يفسر هذا الاتجاه من المشرع اليمني بأنه قد تأثر بالنظرية الألمانية التي رأينا أن المشرع الألماني نفسه لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما يمكن القول بأن المشرع اليمني يتبنى نظرة الفقه الإسلامي الذي يعترف للإرادة المنفردة بدور كبير في إنشاء الالتزام، وهي نظرة بعيدة عن التشدد الذي ذهبت إليه المدرسة الألمانية في أقصى تطرفها وبالتالي يمكن القول إنها نظرة وسط بين المدرستين الألمانية والفرنسية.

الباب الثاني

الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور

٢٠٢- التعريف بالوعد بجائزة الموجه للجمهور:

الوعد بجائزة تصرف قانوني انفرادي يلتزم بمقتضاه الواعد بان يقدم جائزة معينة لمن يقوم من الجمهور بعمل معين.

وقد عرفت المادة (٣٠١ مدني) التصرف القانوني الانفرادي أو الالتزام بالإرادة المنفردة بأنه: ((...صدور إيجاب من شخص لا يتوقف على قبوله من آخر يلتزم به الموجب لشخص معين أو قابل للتعين فيترتب على الالتزام أثره...))، وبينت المادتان (٣٠٢، ٣٠٣ مدني) الأحكام المتعلقة بالوعد بالجائزة الموجه للجمهور باعتباره أبرز وأهم التطبيقات على نشوء الالتزام بالإرادة المنفردة.

وللوعد بجائزة بهذا المعنى تطبيقات عدة، منها الوعد بجائزة لمن يعثر على شيء معين ضائع، أو لمن يبلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن غوامض جريمة، أو لمن يقوم باختراع معين، أو لمن يفوز في مسابقة لتقديم بحث علمي أو تأليف كتاب أو مقالة أو وضع تصميم هندسي أو رسم لوحة معينة.

٢٠٣- شروط الوعد بجائزة الموجه للجمهور:

يلزم أن تتوفر في الوعد بجائزة شروط ثلاثة هي:-

- ١- أن تصدر من الواعد إرادة جدية.
- ٢- أن يحدد الواعد العمل الذي رصدت لأجله الجائزة.
- ٣- أن يلتزم الواعد بإعطاء جائزة معينة.

الشرط الأول: أن تصدر من الواعد إرادة جديّة:

فالوعد بجائزة تصرف قانوني يجب أن توجه فيه إرادة الواعد إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام في ذمته. لذلك يجب أن تكون الإرادة جديّة.

وعليه فالشخص الذي يعلن مثلاً عن جائزة لمن يكشف عيباً في سلعة ينتجها لا تكون إرادته جادة في أن ينشأ في ذمته التزام، لأنه لم يقصد أن يلتزم ولا يريد أن يتحقق العمل الذي من أجله يمكن أن تستحق الجائزة، وإنما هدفه هو الترويج لسلعته.

ويجب أن يعبر الواعد عن إرادته وأن يوجه هذا التعبير إلى الجمهور. فإذا وجه الواعد تعبيره المتضمن الوعد بجائزة إلى شخص أو أشخاص معينين فإنه يكون إيجاباً يجب أن يقترن به قبول، وإذا تم القبول عندئذ يكون مصدر الالتزام هو العقد لا الإرادة المفردة، ولا تنطبق عليه أحكام الوعد بجائزة التي نصت عليها المادة (٣٠٢) مدني).

ويجب أن يتم التعبير عن الإرادة على نحو علني أي بطريق من طرق النشر لكي يتحقق إمكان علم الجمهور به. وعليه فلا يتحقق الوعد بالجائزة إذا اقتصر الواعد على التعبير عن إرادته في إعطاء جائزة لمن يقوم بعمل معين في خطاب أرسله إلى آخر أو في حضرة عدد من الناس.

ويجب - حتى تكون الإرادة صحيحة - أن تتوفر في الواعد الأهلية، وأن تكون إرادته سليمة من العيوب فيما عدا شرط اتصال العيب بالمتعاقد الآخر.

الشرط الثاني: أن يحدد الواعد العمل المرصود له الجائزة(١):

يجب أن يكون لالتزام الواعد سبب. ويتمثل هذا السبب في العمل الذي رصدت الجائزة للقيام به. وعلى ذلك فلا يقوم الالتزام إذا لم يتم العمل بالشروط المحددة في الوعد.

(١) د. إسماعيل غانم، ف، ٢٠١٠، ص ٣٩٦، د. أحمد شوقي، ص ١٧٢.

وعليه إذا كان الوعد بإعطاء جائزة لمن يوجد في مركز معين دون أداء أي عمل، كالرعد بجائزة لمن يولد في يوم معين مثلاً فلا تتحقق فيه شروط الوعد بجائزة الملزم بالإرادة المنفردة كما نصست عليه المادة (٢٠٣ مديني) بل هو إيجاب يجب أن يقترن به قبول حتى ينشأ الالتزام بالجائزة عن عقد هبة.

والأصل أنه يستتري أن يتم العمل المحدد قبل الإعلان عن الجائزة أو بعده، فتستحق الجائزة لمن يقوم بالعمل كالعثور على شيء مفقود مثلاً ولا يهم إن كان العثور سابقاً أو لاحقاً على الرعد بالجائزة.

على أن للواعد أن يضع ما يشاء من شروط لاستحقاق الجائزة فله أن يقصر الجائزة على عمل يتم في المستقبل أو على عمل يكون قد تم في الماضي مثل ذلك الوعد بجائزة عن أفضل بحث علمي في موضوع معين بشرط أن يتم نشر البحث خلال مدة معينة بعد الإعلان عن الجائزة أو على العكس بشرط أن يكون قد تم نشره خلال مدة معينة قبل الإعلان.

الشرط الثالث: أن يلتزم الواعد بإعطاء جائزة معينة (١):

يجب أن يكون للوعد بجائزة محل. وهذا المحل يتمثل في الجائزة التي رصدتها الواعد. وتطبق على الجائزة الشروط التي يتطلبها القانون في محل الالتزام العقدي والتي تقضي بها القواعد العامة.

ويلاحظ أن الجائزة قد تكون قيمة مالية خالصة ك مبلغ نقدي أو سيارة أو جهاز كهربائي أو دفع نفقات رحلة وقد تكون قيمة أدبية كرسام أو كأس.

٢٠٤- آثار الوعد بجائزة:

(١) د. إسماعيل غنم، ف ٢٠١٠، ص ١٩٦، د. الصده، ف ٣٩٥، ج ٣.

إذا توفرت شروط الوعد بجائزة قام التزام الواعد. ويختلف حكم الوعد بحسب ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب أن يتم فيها العمل المطلوب أو لم تحدد له مدة.

٢٠٥ - أولاً: إذا حددت مدة للوعد^(١):

إذا حددت مدة للوعد فلا يجوز للواعد الرجوع عن وعده خلالها، ولا يعتد برجوعه إن رجع. فإذا انتهت المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد، وإذا قام بعد ذلك شخص بهذا العمل فلا يلتزم الواعد بشيء ولو كان قد بدأ في العمل الذي لم يكن قد أتمه مدفوعاً برغبته في الحصول على الجائزة. ولا يكون الواعد في هذه الحالة مسؤولاً إلا على أساس الإثراء بلا

سبب.

أما إذا تم إنجاز العمل المطلوب خلال المدة المحددة، أو كان العمل قد تم قبل إعلان الوعد، فإن الجائزة تصبح من حق من قام بالعمل من وقت تمام العمل في الحالة الأولى، ولو كان من أتم العمل قد قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة أو دون علمه، لأن الحق في الجائزة ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الواعد. أما في الحالة الثانية فتصبح الجائزة من حق من قام بالعمل من وقت الإعلان عنها.

على أن الواعد قد يشترط فضلاً عن إتمام العمل في المدة المحددة أن يتقدم من قام بالعمل إليه قبل انقضائها، فلا تستحق الجائزة إلا باستيفاء هذا الشرط. وإذا كان الوعد يمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة فإن الجائزة لا تصبح من حق الفائز إلا عند إعلان فوزه وفقاً للطريقة التي حددها الواعد للحكم في المسابقة.

٢٠٦ - ثانياً: إذا لم يحدد الواعد مدة:

(١) د. إسماعيل غانم، ف ٢١٩، ص ٢٩٨، د. الصده، ف ٣٩٦، ص ٤٢٤، د. البيرلوي، ف ٤١٤، ص ٢٩٥.

إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل خلالها، فإن للوراعد الرجوع في وعده ويجب أن يتم الرجوع بذات العلانية التي تم بها الوعد وهو ما نصت عليه المادة (٣٠٣ مدني). وفي هذه الحالة تجب التفرقة في بيان آثار الوعد بين حالة استعمال الواعد لحقه في الرجوع وحالة عدم استعماله له.

أ) فإذا كان الواعد لم يستعمل حقه في الرجوع، ظل ملتزماً بالبقاء على وعده المدة المعقولة التي يمكن أن يتم خلالها العمل. فإذا تم العمل خلالها، كانت الجائزة من حق من قام به. وإذا انقضت دون أن يتم أحد العمل فإن التزام الواعد ينقضي.

ب) أما إذا استعمل الواعد حقه في الرجوع وكان هناك من أتم العمل قبل رجوع الواعد فإنه لا أثر للرجوع على الحق في الجائزة، ولو كان قد أتم العمل دون نظر إلى الجائزة أو دون علم بها، أو حتى قبل الإعلان عنها.

على أنه يجب أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع للجمهور، وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع.

أما إذا استعمل الواعد حقه في الرجوع ولم يكن أحد قد قام بالعمل وأتمه قبل إعلان الرجوع، فإن الواعد يتحمل من وعده. وإذا كان هناك من بدأ في العمل ولم يكن قد أتمه معتمداً على الوعد يجوز له فقط مطالبة الواعد بتعويض عادل على أساس المسؤولية التقديرية، وبشرط ألا يجاوز قيمة الجائزة.

القسم الثالث

الفعل المضارع

القسم الثالث

الفعل الضار

(المسئولية التقديرية)

٢٠٧ - خطة الدراسة:

سيتم تقسيم الدراسة في موضوع القسم إلى ثلاثة أبواب. ندرس في الباب الأول مفهوم المسؤولية التقديرية^(١) وتطورها. وندرس في الباب الثاني المسؤولية عن العمل الشخصي والتي تعتبر الأصل العام في المسؤولية. وفي الباب الثالث ندرس المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء.

^(١) تنشأ المسؤولية التقديرية عن الفعل الضار في القانون المدني يعني. وفي القانون المدني المصري وغيره من قوانين الدول تنشأ عن الفعل غير المشروع والمعنى واحد في المصطلحين.

الباب الأول

مفهوم المسؤولية التقصيرية وتطورها

٢٠٨- تمهيد وتقسيم:

المسؤولية المدنية هي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه. فإذا كان الالتزام الذي حصل الإخلال به مصدره العقد كانت المسؤولية عقبية، وإذا كان هذا الالتزام مصدره العمل غير المشروع أي الفعل الضار كانت المسؤولية تقصيرية.

ويقتضي التعرف على مفهوم المسؤولية التقصيرية أن نحدد نطاقها من خلال التمييز بينها وبين غيرها من أنواع المسؤوليةات، ثم نبين بعد ذلك تطور هذه المسؤولية كل ذلك في فصلين.

الفصل الأول

نطاق المسؤولية التقصيرية

٢٠٩- تمهيد وتقسيم:

لتحديد نطاق المسؤولية التقصيرية نميز أولاً بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية. ونميز بعد ذلك في نطاق المسؤولية القانونية بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية. وفي مجال المسؤولية المدنية نميز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية حيث نخصص لكل نوع من أنواع المسؤولية في مقارنتها بغيرها مبحثاً.

المبحث الأول

المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

٢١٠ - تحديد المسؤولية بوجه عام^(١):

المسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخظة. فإذا كان هذا الأمر مخالفاً لقواعد الأخلاق فحسب، وصفت مسؤولية مرتكبه بأنها مسؤولية أدبية واقتصرت على إيجاب مؤاخذته مؤاخظة أدبية لا تعدو استهجان المجتمع ذلك المسلك المخالف للأخلاق. وأما إذا كان القانون أيضاً يوجب المؤاخظة على ذلك الأمر، فإن مسؤولية مرتكبه لا تقف عند حد المسؤولية الأدبية، بل تكون أيضاً مسؤولية قانونية تستوجب جزاء قانونياً.

٢١١ - التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية:

تبين مما سبق أن المسؤولية بوجه عام نوعان: أدبية وقانونية. وأن الأولى هي الحالة التي يوجد فيها الشخص الذي يخالف قاعدة أخلاقية. أما الثانية فهي الحالة التي يوجد فيها الشخص الذي يخالف قاعدة قانونية.

ومن المعلوم أن الأخلاق أوسع دائرة من القانون لأنها تشمل سلوك الإنسان نحو خالقه ونحو نفسه ونحو غيره، ولأنها تأمر بالخير وتؤاخذ على ما يحيد منها عن هذا السبيل، أما القانون فيقتصر على تنظيم سلوك الإنسان نحو غيره. وفي هذه الدائرة الضيقة يكفي القانون بتنظيم نشاط الإنسان الخارجي ولا يحفل بالنوايا الباطنة مادامت لم تتخذ لها مظهرأً خارجياً.

(١) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج٣، ص١٠٠، ط٥. دار الكتب القانونية - شتات - مصر ١٩٨٨م، صالتر - بيروت ١٩٨٨م، د. الصده، ف٤٠١، ص٢٨٤.

ولذلك فإن المسؤولية الأدبية تتحقق حتى ولو لم يلحق الغير ضرر، بينما لا تقوم المسؤولية القانونية إلا حين يصيب الغير ضرر. وأن المسؤولية الأدبية تقوم أمام الله والضمير أما المسؤولية القانونية فتقوم أمام شخص آخر هو المضرور. ولذلك فالمسؤولية القانونية هي وحدها التي يترتب عليها جزاء قانوني يمثل في العقوبة والتعويض.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

٢١٢- أولاً: أساس التفرقة بين المسؤوليةين ونتائجها^(١):

ترجع الفروق بين المسؤوليةين إلى أساسين أولهما أن المسؤولية الجنائية تنشأ من فعل ترتب عليه ضرر بالمجتمع، بينما تنشأ المسؤولية المدنية من فعل ترتب عليه ضرر بأحد أفراد المجتمع. وثانيهما أن النية شرط في المسؤولية الجنائية في كثير من الحالات كالسرقة والقتل العمد، وهي ليست كذلك في المسؤولية المدنية، فسواء أكان الخطأ الذي ارتكبه الشخص عمدياً أو بإهمال فإنه يكون مع ذلك مسئولاً مدنياً ويكون التعويض عن الضرر كاملاً.

وقد ترتب على الأساس الأول النتائج الآتية:

- ١- جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة تطالب به النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض يطالب به المضرور نفسه.
- ٢- لأن الجزاء في المسؤولية الجنائية يتضمن فكرة العقوبة فمن الضروري تحديد الأحوال التي يتعرض فيها الشخص للمسؤولية الجنائية، وذلك تقرر التشريعات مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(١) د. الشهودي، ف ٥٠٩، ص ١٠٣، د. الصده، ف ٤٠١، ص ٤٧٨، د. أحمد شوقي، ص ١٨٢.

أما المسؤولية المدنية فلا يوجب حصر للحالات التي ترتب المسؤولية المدنية. ولذلك تكفي التشريعات هنا بوضع قاعدة بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (م/١٦٣ مدني مصري)، وقد وردت هذه القاعدة بصيغة أخرى في نص المادة (٣٠٤ مدني يعني) حيث تنص على أن: ((كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه)).

٣- لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ويجوز ذلك في المسؤولية المدنية لأن الحق فيها خاص بال فرد المضرور.

٣١٣- ثانياً: أثر قيام المسئولين من فعل واحد(١):

قد تترتب على العمل الواحد المسئولين الجنائية والمدنية وهذا هو الغالب كالقتل والسرقة والضرب والقتف. فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وال فرد في وقت واحد فتنشأ منه في حق مرتكبه المسئولتان معاً.

وقد تترتب على العمل الواحد إحدى المسئولتين دون الأخرى. فقد تترتب المسئولية الجنائية وحدها كما هو الحال في جرائم الشروع ومخالفات المرور وحمل السلاح وذلك إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد. وقد تترتب المسئولية المدنية فحسب كإتلاف مال الغير عن غير عمد وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة.

فإذا ترتب على الفعل الواحد المسئولتان معاً، فإن المسئولية الجنائية تؤثر في المسئولية المدنية، ويظهر ذلك في الأحوال الآتية:

١- من حيث التقادم:

فعدم تقادم الدعوى الجنائية يوقف تقادم الدعوى المدنية في القانون المدني المصري وغيره من القوانين (م/١٧٢ مدني مصري).

(١) د. الشهوري، ف، ٥٠٨، ص ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩، ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٧٤، ١٦٧٥، ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩، ١٦٨٠، ١٦٨١، ١٦٨٢، ١٦٨٣، ١٦٨٤، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، ١٦٩٠، ١٦٩١، ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤، ١٦٩٥، ١٦٩٦

أما القانون المدني الليبي فلم يرد فيه حكم مشابه. وقد ورد في نص المادة (٥٥) إجراءات جزائية يعني أنه لا تأثير لانقضا الدعوى الجزائية على سير الدعوى المدنية المرفوعة.

٢ - من حيث الاختصاص:

يمكن للمضرور أن يرفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية لأن الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجنائية (م/٤٣) إجراءات جزائية.

٣ - من حيث وقف الدعوى:

إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية قبل رفع الدعوى الجنائية، ثم رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل في الدعوى المدنية وجب على القاضي المدني وقف السير في الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية. فالدعوى الجنائية توقف الدعوى المدنية، (م/٤٤) إجراءات.

٤ - من حيث قوة الأمر المقضى فيه:

تتقيد المحكمة المدنية بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع دون أن تتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع.

فإذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه، تقيد القاضي المدني بما أثبتته المحكمة الجنائي. أما إذا كان الحكم الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانوني كأن كان الإهمال الثابت صدور ه من المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المتهم أو كان هناك مناع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنني عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسؤولية المدنية.

المبحث الثالث

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

٢١٤- أولاً: التمييز بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية^(١):

المسئولية العقدية هي الجزاء على الإخلال بالتزام عقدي. أما المسئولية التقصيرية فهي الجزاء على الإخلال بالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير.

وتوجد نظريتان في موضوع التمييز بين المسئولتين. إحداهما تذهب إلى وجوب التمييز بين المسئوليتين، وهي ما تسمى بنظرية ازدواج المسئولية. والأخرى تذهب إلى عدم وجوب التمييز بينهما وهي نظرية وحدة المسئولية.

والصحيح وفقاً للرأي الراجح أن المسئوليتين تتفقان في الأساس، والمتماثل في الإخلال بالتزام سابق، وتختلفان فيما وراء ذلك من أحكام تفصيلية كما سنعرف. وسبب هذا الاختلاف هو أن المسئولية العقدية وليدة الإرادة، ولذلك فهي تخضع للإرادة التي أنشأت العقد. أما المسئولية التقصيرية فوليدة القانون ولذلك فالقانون هو الذي يحدد أحكام المسئولية. وهي أحكام لا تتفق بالضرورة مع أحكام المسئولية العقدية بل تختلف عنها في نواح متعددة منها:

١- لما كانت المسئولية العقدية مصدرها العقد أي الإرادة فإنه يجوز الإغفاء منها أو تعديل أحكامها. أما المسئولية التقصيرية فلأنها تنشأ عن القانون فلا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها أو الإغفاء منها.

٢- يقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع الذي لم يدخل في حساب المتعاقدين عند إبرام العقد. أما في

(١) د. الصده، ف٤٠٤، ص٤١٤، د. سمير تناقش، ف١٦٠، ص١٨٥.

المسئولية التقصيرية فقد جعل القانون التعويض شاملاً للضرر المتوقع والضرر غير المتوقع.

٣- إذا تعدد المدنيون في المسؤولية العقدية فلا يقوم تضامن بينهم إلا إذا اتفقوا عليه. أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن مفروض بحكم القانون إذا تعدد المسئولون عن الضرر.

٢١٥- ثانياً: تحديد نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية^(١):

من الواضح أن الدائن والمدين في المسؤولية التقصيرية لا يربط بينهما عقد، فيكون كل منهما اجنبياً عن الآخر، ومن ثم فهذه المسؤولية تتحقق عندما يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر.

غير أن هذا الوضوح ليس معناه أن تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية أمر سهل. فهذا النطاق لا يتحدد إلا في ضوء تحديد نطاق المسؤولية العقدية. فإذا تحدد نطاق هذه المسؤولية فإن ما يخرج عنه يدخل في مجال المسؤولية التقصيرية. ويحدد نطاق المسؤولية العقدية أمر أن الأول وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب الإخلال بالتزام ناشئ من هذا العقد. ونشرح هذين الأمرين فيما يأتي:

• الأمر الأول: أن يوجد عقد صحيح بين الدائن والمدين:

فيجب أن يقوم عقد بين الدائن والمدين. فإذا لم يوجد عقد فلا تكون المسؤولية عقدية. فإذا جامل صديق صديقه فدعاه لتناول طعام الغداء أو دعاه للركوب معه على سيارته فإن الضرر الذي يصيب الصديق نتيجة خطأ من الصديق في هاتين الحالتين يسأل عنه مسؤولية تقصيرية. وفي المرحلة التي تسبق الإيجاب البات تكون المسؤولية تقصيرية مالم يكن الإيجاب ملزماً فيكون الموجب عندئذ ملزماً

(١) د. الصده، ف، ٤٠٨، ص ٤٣٧.

بالبقاء على إيجابه إلى أن يتقضي الميعاد المحدد، فإذا عدل عن إيجابه قبل انقضاء الميعاد كان مسؤولاً مسئولية عقدية.

كذلك الفترة التي تأتي بعد انقضاء العقد تكون المسئولية تفسيرية فإذا انتهت عقد العامل في مصنع ما ودخل في خدمة مصنع آخر منافس بعقد جديد وأقضى إلى مدير المصنع بأسرار المصنع الأول، فإن مسئولية باقشاه الأسرار تكون مسئولية تفسيرية.

ويجب كذلك أن يكون العقد صحيحاً. ولذلك فالعقد الباطل والقابل للإبطال الذي تقرر إبطاله تكون المسئولية تفسيرية.

ويجب في الأخير أن يحصل الإخلال بالتزام العقدي من أحد طرفي العقد. ولذلك فلو أن أجنبياً جعل أحد طرفي العقد يخل بالتزامه كانت المسئولية عقدية بين الطرفين وتفسيرية بين الأجنبي والطرف المضرور.

ويعد طرفاً في العقد في هذه الحالة الخلف العام والخلف الخاص والمنفع في الاشتراط لمصلحة الغير، فإذا أمن شخص على مسئوليته وتحققت المسئولية كانت مسئولية الشركة نحو المؤمن له مسئولية عقدية لا تباطها بعقد التأمين، ولكن مسئولية المؤمن له نحو المضرور تفسيرية لعدم وجود عقد بينهما. وإذا كان المؤمن له قد اشترط في العقد لمصلحة المضرور كانت مسئولية الشركة نحو المضرور مسئولية عقدية طبقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير.

الأمر الثاني: أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن ناتجاً عن الإخلال بالتزام عقدي:

فإذا كان الضرر لم يكن ناشئاً من الإخلال بالتزام عقدي فلا تكون المسئولية عقدية، وإنما تكون مسئولية تفسيرية. مثال ذلك أن الواهب لا يضمن خلل الموهوب من العيب إلا إذا تعد إخفاء العيب أو ضمنه. فإذا ظهر في غير هاتين الحالتين عيب ترتب عليه ضرر للموهوب له فإن مسئولية الواهب تكون تفسيرية.

ويلاحظ أن الالتزامات التي تترتب على العقد لا تفرقة فيها في هذا الخصوص بين التزام نظمته الإدارة والالتزام نص عليه القانون في تنظيمه لهذا العقد. وما ينص عليه القانون من هذه الالتزامات لا تفرقة فيه بين ما هو مقرر بنص أمر أو بنص مكمل لأن إقدام الشخص على إبرام عقد معين معناه أنه قد ارتضى الحكم الأمر للقانون في خصوص هذا العقد. وعليه فالإخلال بأي التزام عقدي سواء كان العقد منظمًا تنظيمًا أمراً أو تنظيمًا تكميليًا يترتب على هذا الإخلال المسؤولية العقدية.

٢١٦- ثالثاً: الجمع أو الخبرة بين المسؤوليةين^(١):

(أ) من المتفق عليه أنه لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليةين في الصور

الثلاث لمعاني الجمع الآتية:

- فلا يجوز للدائن أو لا أن يجمع بين المسؤوليةين ليجاسب المدين بكتيبتها ويحصل منه على تعويض عن الضرر الواحد مرتين لأن حكمه تشريع المسؤولية هي جبر الضرر فحسب. فخطأ المستاجر مثلاً الذي يؤدي إلى تلف العين المؤجرة تتحقق به شروط المسؤوليةين معاً، ومع ذلك لا يجوز للمؤجر في هذه الحالة أن يجمع بين المسؤوليةين وأن يحاسب المستاجر بكتيبتها فيحصل منه على تعويض عن تلف العين مرتين.

- ولا يجوز للدائن ثانياً أن يجمع بين المسؤوليةين بمعنى أن يأخذ من أحكام كل منهما ما هو أصح له لأن المشرع قد وضع لكل من المسؤوليةين تنظيمًا قائماً بذاته يخالف التنظيم الخاص بالمسؤولية الأخرى. ولذلك فلا يجوز للمؤجر - تسهلاً لعب الإثبات على نفسه - أن يتمسك بالمسؤولية العقدية ثم يتمسك في الوقت نفسه بالمسؤولية التقديرية ليحصل على تعويض كامل عن جميع

(١) د. سليمان مرقس، ف ٣٧، ص ٧١، د. الصده، ف ٤٠٩، ص ٤٤١.
د. سمير تياغو، ف ١٢٢، ص ٢٢٠، د. أحمد شوقي، ص ١٨٩.

الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة دون حاجة إلى إثبات غش المستأجر، وليصل إلى الزام المسؤولين إذا تعدوا بالتضامن فيما بينهم.

ولا يجوز ثالثاً أن يجمع الدائن بين المسئوليتين حتى بمعنى أن يتمسك بإحدهما أولاً ، فإذا فشل في دعواه الأولى كان له أن يسلك السبيل الآخر دون أن يجوز دفع دعواه الثانية لسبق الفصل فيها. لا يجوز له ذلك لأن الدعوى الثانية متحدة مع الأولى في موضوعها وسببها وخصومها فإرد عليها الدفع بسبق الفصل فيها إذ أن موضوعها هو التعويض عن الضرر وسببها هو الواقعة الضارة سواء وصفت هذه الواقعة بأنها إخلال بالتزام عقدي أو بأنها إخلال بالتزام قانوني. وصفت هذه الواقعة بأنها إخلال بالتزام بالتزام قانوني.

ب) على أن الفقه اختلف حول مدى جواز الخيرة بين المسئولية العقد والمسئولية التقصيرية إذا توفرت في الفعل الواحد شروط المسئوليتين معاً، هل يستطيع المتعاقد اختيار رفع الدعوى على أساس المسئولية العقدية أو على أساس المسئولية التقصيرية.

الرأي الراجح يذهب إلى عدم جواز الخيرة بينهما إذ أن وجود رابطة عقدية بين المتعاقدين يحقق توازناً ارتضاه الطرفان، لا يجوز الإخلال به بالاتجاه إلى المسئولية التقصيرية بدلاً من المسئولية العقدية.

الفصل الثاني

تطور المسؤولية التقصيرية^(١)

١- لم يعترف القانون الروماني بقاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية تقضي بأن كل فعل خاطئ، ينشأ عنه ضرر، يوجب التعويض، وكلما وصل إليه من تطور في هذا الشأن هو تحديده لأفعال محددة هي التي ترتب المسؤولية التي تقوم في الأساس على الضرر لا الخطأ.

٢- وقد تقرر ت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية على يد الفقيه دوما أكبر فقها القانون الفرنسي القديم في القرن ١٧ في مؤلفه عن القوانين المدنية، وظهرت في ظل هذا القانون فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية. ثم انتقلت قواعد المسؤولية التي استقرت في هذا القانون إلى القانون المدني الفرنسي الجديد وأقام المسؤولية على أساس الخطأ سواء كانت عن العمل الشخصي أو كانت عن فعل الغير وعن الأشياء.

٤- وفي أواخر القرن التاسع عشر الميلادي كثرت الاختراعات فقامت الصناعات الكبرى وتعددت وسائل النقل وترتب على ذلك كله أن كثرت القضايا وتضخمتم المشكلات القانونية وأصبحت النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية عاجزة وقاصرة عن مواجهة تلك المشكلات، فتصدى الفقه والقضاء لمواجهتها عن طريق الحيلة على الضموم وتحملها أكثر مما تحمل ووجبت في الفقه نظريتان في تأسيس المسؤولية التقصيرية، هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية.

(١) في هذا الموضوع: د. سليمان مرقس، ف٣٩، ٤٠، ٤٦، ٥٧، ص٨٨.
د. الصدده، ٤١٠-٤١٢، ص٤٣٤-٤٤٦، د. سمير تناخ، ف١٦٣، ص١٢٢، د. أحمد شوقي، ص١٨٩ -
د. محمد الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، ف٨-٢٢، ص١-٣٨، رسائله القيمة - عين شمس -
مصر ١٩٩٠ م.

تقيم النظرية الشخصية المسؤولية التقديرية على الخطأ، ويستوي أن يكون هذا الخطأ واجب الإثبات كما في حالة المسؤولية عن العمل الشخصي أو يكون خطأ مفروضاً في حالة المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء، إذ أن أساس المسؤولية في جميع هذه الحالات هو الخطأ.

أما النظرية الموضوعية فتقيم المسؤولية على الضرر. فمن يقيم مشروعا فإنه يتحمل تبعه أخطاره فيلزم بتعويض الشخص الذي يضر من هذا المشروع وذلك بصرف النظر عما إذا كان قد صدر خطأ من جانبه أو لم يصدر خطأ إذ المهم أن ضرراً أصابه فيجب التعويض عنه.

ويتضح أن الفارق الجوهرى بين النظريتين هو أن المسؤولية في النظرية الشخصية تقوم على الخطأ سواء كان هذا الخطأ واجب الإثبات أو مفروضاً وسواء كان هذا الفرض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل، والمسئول فيها هو الحارس. أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر، والمسئول فيها هو المنتفع.

وعلى الرغم من قوة حجج النظرية الموضوعية إلا أن الكثير من الفقهاء الذين ناصروا هذه النظرية في أول نشأتها تحولوا عنها بعد فترة من الزمن نظراً لأن ما تقرره من مبدأ كأساس للمسؤولية له خطره لما ينطوي من مناهضة للمشروعات النافعة. والأهم من هذا فالمشروع الفرنسي ومن بعده المصري يقيمان المسؤولية على أساس الخطأ، ولم يأخذا بالنظرية الموضوعية إلا في حالات معينة.

وقد سلك المشرع اليمني مسلك المشرع المصري فجعل أساس المسؤولية التقديرية هو الخطأ وأخذ بالنظرية الموضوعية التي تقوم على مبدأ تحمل التبعة في حالات خاصة نص عليها وأبرزها تشريعات إصابات العمل.

وقد أقر المشرع اليمني للمسؤولية التقديرية الباب الثالث من القسم الخاص بمسائل الالتزام وتناولها في أربع عشرة مادة (٣٠٤-٣١٧) موزعة على

فصول ثلاثة.خصص المواد (٣٠٤-٣١٠) للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية بمناسبة مسؤولية المرمه عن فعله الشخصي وذلك في الفصل الأول. وفي الفصل الثاني نظم في المواد (٣١١-٣١٤) المسؤولية عن عمل الغير أي مسؤولية المرمه عن يخضعون لرقابته، ومسؤولية المتبوع عن فعل تابعه. وفي الفصل الثالث نظم في المواد (٣١٥-٣١٧) المسؤولية الناشئة عن الحيوان والجماد.

والمشرع بهذا العدد من المواد (أربع عشرة مادة) يكون قد أولى المسؤولية التقصيرية عناية تتناسب مع ما بلغتة من أهمية في الوقت الحاضر.

الباب الثاني

المسئولية عن العمل الشخصي

٢١٧- تمهيد وتقسيم:

يراد بالمسئولية عن العمل الشخصي مسؤولية الشخص عن العمل الذي يصدر منه نفسه. وهي الأصل العام في المسؤولية. ويقضي هذا الأصل بأن المسؤولية عن العمل الشخصي يقوم على خطأ واجب الإثبات أي الخطأ الذي يجب على الدائن وهو المضرور أن يثبته في جانب المسئول وهو المدين.

أما قيام المسؤولية على خطأ مفروض فأمر لا يتقرر إلا في حالات معينة هي حالة المسئول عن عمل الغير، وحالة المسئول عن الأشياء. وستتكمّل في أركان المسؤولية عن العمل الشخصي، ثم في آثار هذه المسؤولية وذلك في فصلين.

الفصل الأول

أركان المسؤولية عن العمل الشخصي

٢١٨- تقسيم:

أركان المسؤولية التقديرية وفقاً لنص المادة (٣٠٤مذني) هي كالمسئولية العقيدية ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وستتكمّل في هذه الأركان الثلاثة.

المبحث الأول الخطأ

٢١٩ - تقسيم:

وندرس موضوع الخطأ في ثلاثة مطالب، ندرس في المطلب الأول التعريف بالخطأ وبيان عناصره، وندرس في المطلب الثاني تطبيقات على فكرة الخطأ وفي المطلب الثالث ندرس الحالات التي لا يكون التعدي فيها خطأ.

المطلب الأول

تعريف الخطأ وعناصره

٢٢٠ - أولاً: تعريف الخطأ^(١):

كثرت تعريفات الخطأ في المسؤولية التفصيلية وتضاربت، ولم يخل واحد منها من نقد محتى أصبح الاختيار ليس سهلاً^(٢). ولعل أبسط هذه التعريفات وأقربها

(١) يراجع في تعريف الخطأ في المسؤولية التفصيلية بتوسع، د. سليمان مرقس، ص ٧٥، وما بعدها، د. السنهوري، ف ٥٢٦، ص ١٠٨، وما بعدها، د. محمد الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية واسبابه مقارنة، ف ٢٦، ص ٩١، وما بعدها رسائله القيمة للكتّوراء من جامعة عين شمس - كلية الحقوق - ١٩٩٠ م. (٢) إن أكثر الأراء شيوعاً في تعريف الخطأ أربعة. الأول يعرفه بأنه العمل الضار غير المشروع، أي العمل الضار المخالف للقانون، وهذا التعريف لا يقدم شيئاً في تحديد الخطأ إذ المطلوب هو التعرف على الأفعال التي تلحق ضرراً بالغير. وينتهي عنها القانون، الثاني يعرفه بأنه الإخلال بالتزام سابق، فيبقى التعرف على الالتزامات التي يعد الإخلال بها خطأ. وقد حاول أصحاب هذا التعريف حصرها في أربعة: الامتناع عن العقف، والغف عن النفس، والأجرام عن عمل لم تنهها له الأسباب من قوة ومهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء. وهذا ليس تعريفاً للخطأ بل تقسيم لأنواعه، والثالث يعرفه، بأنه الإخلال بالثقة

لفكرة الخطأ تعريف الخطأ بأنه الإخلال بواجب سابق، وهو التعريف الذي انطلقت منه حديثاً جميع محاولات التوسع في فكرة الخطأ.

والرأي الذي استقر فقهاً وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية. فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام مقترن بإدراك المخل إياه. كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي. وقد رأينا أن الالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وإما أن يكون التزاماً ببذل غاية. أما الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دافعاً للالتزام ببذل غاية.

وقد اشترط المشروح اليمني في المادة ٣٠٥ مدني المقابلة للمادة ١٦٤ مدني مصري) عنصر الإدراك لقيام الخطأ في المسؤولية التقصيرية حيث لا يكفي لتعريف الخطأ في ظله وفي ظل القانون المدني المصري بأنه إخلال بالتزام سابق .

فهذه المادة تنص على أنه ((يكون الشخص مسئولاً في ماله عن أعماله غير المشروعة إذا ارتكبها في حق غيره وهو مميز...)) ومن ثم فإن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين العنصر الأول ملادي وهو التعدّي، والعنصر الثاني معنوي وهو الإدراك .

٢٢١- ثانياً : عنصر الخطأ :

عرفنا أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين عنصر ملادي هو التعددي وعنصر معنوي هو الإدراك ونتناول فيما يأتي هذين العنصرين .

المشروعة، والرابع يعرف الخطأ بتخليه إلى عنصرين فهو اعتداء على حق يدرك العقدي فيه جانب الاعتداء، أي هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمة أن يعارض بحق أقوى أو بحق مماثل، د. السنهوري، ف ٢١٦، ص ١٠٨.

٢٢٢- أ-العنصر المادي ومعياره^(١):

العنصر المادي هو التعدي . والتعدي هو الإخلال بالاتزام القانوني، لكن متى يوجد هذا الإخلال أو هذا التعدي؟ وبمعنى آخر ما هو المعيار الذي يرجع إليه في تحديد ما إذا كان هناك تعد أم لا ؟

وللإجابة عن هذا السؤال نقول : إن الواجب أو الاتزام القانوني قد يكون محدداً لأي منصوفاً عليه. بحيث بعد الخروج عليه خطأ يرتب المسؤولية التقديرية إذا سبب ضرراً للغير . وأمثلة تلك الواجبات ما يفرضه قانون المرور على سائقي السيارات من السير على يمين الطريق، وعدم مجاوزة حد معين للسرعة.

على أنه يلاحظ أن تقرير تلك الواجبات مفروض فيه توفر الظروف العادية ، فإذا طرأت ظروف غير عادية أثرت على مدى سلوك الشخص الواجب إتباعه ، فإنه يجب عليه أن يسلك مسلكاً يتلاءم مع هذه الظروف وبصرف النظر عما تقرره اللوائح في الظروف العادية . ولذلك ينبغي في هذه الحالة تحديد معيار لقياس التعدي . فمثلاً إذا حددت لوائح المرور الحد الأقصى لسرعة السيارات بأربعين كيلومتراً في الساعة ، كان هذا الحد الأقصى للسرعة في الظروف العادية . فإذا حدثت ظروف غير عادية فازدحم الشارع بالمررة وجب على سائق السيارة حينئذ أن يخفض السرعة عن هذا الحد بما يتناسب مع الظروف الجديدة ، وفي مثل هذه الحالة لا يسعفنا النص لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ أم لا ، وإنما يحتاج الأمر إلى معيار لمعرفة ما إذا كان قائد السيارة قد أخطأ في هذه الظروف أم لا .

على أن وضع معيار لقياس التعدي مهم بالنسبة للواجبات غير المحددة والمنمثلة في الواجبات التي تقع على عاتق الكافة بالامتناع عن فعل يعد اعتداء على حقوق الآخرين . فما ضابط هذا المعيار ؟

(١) د. السنهوري ف ٥٢٨ ص ١٠٨ وما بعدها ، د. محمد الشامي - رسالة ف ٦٩ ص ١١٧
د. الصدة ف ١٧٨ ص ٤٥١ د. أنور سلطان ف ٤٤٢ ص ٢٩٩ ، د. أحمد

هل يكون معياراً شخصياً ينظر فيه إلى شخص المتعدي نفسه من حيث حالته وظروفه الخاصة أم يكون معياراً موضوعياً يعتقد فيه بمقياس مجرد لا ينظر فيه إلى الظروف الذاتية للشخص ؟ هذا ما سنتناوله في الفقرة التالية :

٢٢- المعيار الشخصي ومعايه :

يستلزم المعيار الشخصي النظر إلى شخص المتعدي نفسه لا إلى التعدي في ذاته فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير وبالتالي فإن أقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والنكاه فلا يعتبر بالتالي متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى المألوف فالتعدي بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً في السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضلالة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف .

يعيب هذا المعيار أنه لا يصلح أن يكون معياراً منضبطاً . فالانحراف عن السلوك المألوف تراه الناس انحرافاً محققاً يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي ، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة . فما ذنب ضحية هذا الانحراف ؟

ذلك لأن الذي يعني ضحية التعدي هو التعويض الذي يجبر الضرر الحادث والتعويض جزاء مني لا عقوبة جنائية ولا تعذيب الظواهر النفسية بقدر ما تعذيبه الظواهر الاجتماعية .

٢٤- الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يعتقد بالظروف الخارجية دون الظروف الذاتية :

استقر الرأي فقها وقضاء على الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يعتقد فيه بشخص مجرد من أي ظروف شخصية للمتعدي من حالة نفسية وصحية وطباع ، وهذا الشخص المجرّد هو الشخص العادي أي متوسط النكاه والفطنة واليقظة ، بحيث يقاس به سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي ، فإذا لم يحرف في

سلوكه عن المألوف في سلوك الرجل العادي فلا يكون الشخص متعدياً ، وبالتالي لا يتحمل أية مسؤولية وعلى العكس يعد متعدياً إذا تضمن سلوكه انحرافاً عن المسلك المألوف للرجل المعتاد وذلك كله دون النظر إلى الظروف الخاصة بالشخص المتعدي والتي قد تختلف من شخص لآخر .

على أنه يجب عند الاعتماد على المعيار الموضوعي لقياس التعدي الاعتداد بالظروف العامة الخارجية كظرف الزمان والمكان . فمثلاً سائق السيارة ليلًا لا نجرده من هذا الظرف بل نعتد به عند تقدير السلوك لأنه يستوي فيه كل سائقي السيارات ، ولا نجرده من ظرف المكان أيضاً لأنه ظرف عام خارجي . فلو أن السائق ليلًا في المدينة أو المنعطفات الضيقة كان ضعيف النظر أو صعباً لم يتعود القيادة أو ريفياً أو كانت امرأة لا تضبط أعصابها فان هؤلاء مؤاخذون بمقياس السلوك المألوف للرجل العادي . والرجل العادي سليم النظر متعدد على القيادة يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه .

٢٢٥ - الأهمية العملية للمعيار الموضوعي في قياس التعدي^(١) :

يقسم الفقه الالتزام من حيث الغاية إلى التزام بالضمان والتزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية . وفي ضوء هذا التقسيم نجد أن أهمية هذا المعيار تنحصر فحسب في الالتزام ببذل عناية أما إذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة أو بالضمان فيبدو أنه لا أهمية لهذا المعيار من الناحية العملية سواء كان في إطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية .

فإذا كان الالتزام هو التزاماً بالضمان مثل مسؤولية المتنوع عن فعل تابعه والتزام البائع بضمان العيوب الخفية ، فإن المسئول لا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى لو أثبت السبب الأجنبي لأنه لم يكن مسؤولاً إلا أنه ضامن . وكذلك الحال إذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة مثل التزام الناقل بسلامة المسافرين والتزام البائع بنقل الملكية فهذا النوع من الالتزام لا يستطيع المدين

(١) د. محمد الشامي - رسائله، ص ٧٦ وما بعدها .

التخلص منه بإثبات أنه بذل في سبيل تنفيذه عناية الرجل العادي فلا يجديه ذلك ولا يجديه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير . ولذا فإن الخطأ يتحقق قبل المسئول عند عدم تحقق النتيجة ولا أهمية في نظر القاضي في بحث السلوك المعتاد طالما أن النتيجة لم تتحقق لأن الخطأ يكمن في عدم تحقق الغاية .

أما الالتزام ببذل عناية فان تقدير مسلك المسئول الذي أدخل بهذا الالتزام لا يتم إلا وفقا لمعيار السلوك المعتاد . ومن هنا تظهر الأهمية العملية للمعيار الموضوعي في قياس مدى انحراف الشخص عن مسلك الرجل العادي من عدمه حيث لا تقوم المسؤولية إلا إذا أثبت المضرور هذا الانحراف أي الخطأ .

٢٢٦ - بـ. الغصن المعنوي - الإدرالك (١) :

يجب لقيام خطأ الشخص أن يكون من وقع منه التعدي مدركا لهذا التعدي . وهذا يعني أنه يجب أن يكون قلرا على التمييز بين الخير والشر ، فبدرك أن تعديه يضر بالغير .

فالإدرالك أو التمييز مناط المسؤولية ، فهي تقوم إذا وجد وتعدم إذا فقد . والقانون المدني صريح في هذا المعنى حيث تنص المادة (٣٠٥ مدني) على أن : ((يكون الشخص مسئولاً في ماله عن أعماله غير المشروعة إذا ارتكبها في حق غيره وهو مميز (...))

وسن التمييز عشر سنين من بلغها ولم يطرأ عليه سبب عارض يفقده التمييز يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة . أما من لم يبلغ هذه السن أو بلغها ثم عرض له ما يفقده التمييز بغير خطأ منه فلا يكون مسئولاً .

وعليه فان الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة أيأ كان السبب في فقد التمييز . وينطبق هذا على الصبي غير المميز والمجنون والمعنوه

(١) د. الصدة ف: ٤٢ ص ٤٥٧ د. احمد شوقي - ص ٢٠٠

عديم التمييز . كما ينطبق أيضاً على المريض بمرض النوم والمصاب بالصرع والمنوم مغناطيسياً والإدمان على السكر أو المخدرات . فإذا كان الشخص في هذه الحالات فاقد الوعي فإنه يكون فاقد التمييز لا تصح مساءلته . إنما يشترط لانتفاء المسؤولية في هذه الحالات السابقة ألا يكون فقدان التمييز راجعاً إلى خطأ منه . فمثلاً لو أن فقدان الوعي كان سببه السكر فيفترض أن الإقدام على السكر كان خطأ من الشخص فيكون مسئولاً حتى يقيم الدليل على أن ذلك لم يكن خطأ منه . كأن يثبت أن تناوله للمخدر لباحث مشروع هو العلاج بناء على توجيه الطبيب المختص .

٢٢٧ - مجال انعدام مسئولية فاقد التمييز (١) :

على أن مجال عدم مساءلة عديم التمييز محدود ، لأن هناك حالات - كما سنعرف - غير قليلة يكون عديم التمييز فيها مسئولاً .

فيجب أولاً لانتفاء مسئولية عديم التمييز ألا يوجد من يكون مسئولاً عنه كآب أو معلم . فإذا وجد مسئول عنه صحة نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه ، ويكون هذا الأخير مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي .

ويجب ثانياً لانتفاء مسئولية عديم التمييز أن يكون الفعل الضار قد صدر منه نفسه لأن المسئولية عن العمل الشخصي تقوم على الخطأ وعديم التمييز لا تصح نسبة الخطأ إليه .

أما إذا كان الفعل الضار قد صدر من تابع عديم التمييز أو نشأ من شيء في حراسته فإنه يكون مسئولاً وذلك لأن مسئولية الشخص عن فعل تابعه أو عن الأشياء التي في حراسته تقوم على أساس آخر غير الخطأ .

(١) د. الصدقة ف. ٢٠٠٤

٢٢٨- مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية^(١):

أجاز القانون المدني مساءلة عديم التمييز استثناءً . فالمادة (٣٠٥ مدني) تنص في جزئها الأخير على أنه : ((... وإذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عن الضرر غيره أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول فللقاضي أن يحكم من مال من وقع منه الضرر بتعويض عادل يراه))

وطبقاً لما ورد في نص هذه المادة تقوم مسؤولية عديم التمييز . ويجوز الحكم عليه بالتعويض على أساس آخر هو تحمل التبعة ولكن بشرط أن يتعذر الحصول على التعويض من شخص آخر . فالغالب أن يكون عديم التمييز في رعاية شخص آخر يكون مسئولاً عن أعماله ، فإذا لم يكن هناك شخص مسئول عنه أو وجد ومع ذلك فإن مسئوليته لم تتحقق إذا قام بنفي الخطأ في رقابة عديم التمييز ورعايته أو لم ينف عن نفسه الخطأ ومع ذلك فلم يجد الرجوع عليه بسبب إعساره فإنه يجوز في هذه الحالة الحكم على عديم التمييز الذي أحدث الضرر بتعويض عادل يراعى فيه الظروف الخاصة لكل من الطرفين .

فإذا كان عديم التمييز ثرياً وكان الطرف الآخر فقيراً فإن القاضي يحكم غالباً بالتعويض الكامل عن الضرر . وإذا كان ميسوراً غير ثري وكان المضرور مسئولاً في الظروف ، فإن القاضي يحكم بتعويض جزئي عن الضرر . أما إذا كان عديم التمييز فقيراً معدماً ، بينما المضرور ثرياً أو ميسوراً فإن القاضي لا يحكم على عديم التمييز بأي تعويض .

^(١) ن. الصدة ف ٤٧٠ ص ٤٦١ ن. سمير نفاقوف ١٧٠ ص ٢٣٤

المطلب الثاني

تطبيقات على فكرة الخطأ

الخطا قد يتحقق بفعل عمدى أو غير عمدى، وقد يتحقق بفعل إيجابى أو فعل سلبى، وقد يتحقق أثناء النقل أو مباشرة عمل أو مهنة، وندرس هذه الأنواع من الخطا فيما يأتى.

٢٢٩- أو لا : الخطاء العمدى والخطأ غير العمدى (١):

يعرف الفقه الخطأ العمد بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر. فهو الإخلال بواجب قانونى بقصد الإضرار بالغير، فلا بد فيه من فعل أو امتناع يعد خطأ أى إخلالاً بواجب قانونى ولا بد أن يكون مصحوباً بقصد الإضرار بالغير. أما الخطأ غير العمد فهو الإخلال بواجب دون قصد إحداث الضرر، وينطوي تحته كل صور الإهمال وعدم التبصر والخفة والجهل بما ينبغي علمه، وعدم بذل العناية اللازمة، فكل هذه الصور تعتبر خطأ غير عمدية لعدم وجود قصد إحداث الضرر.

وإذا كان القانون الجنائى يقيم أهمية على التفرقة بين نوعى الخطأ فيوقع على الجريمة العمدية عقوبة أشد من تلك التى يوقعها على الجريمة غير العمدية، فإن القانون المدني لايهمه من حيث الأصل ما إذا كان الخطأ عمدياً أو غير عمدى. لأن الغاية من المسؤولية المدنية هي التعويض عن الضرر. والتعويض يجب أن يكون بقدر الضرر بغض النظر عما إذا كان السبب في هذا هو خطأ

(١) د. سليمان مرقس ف ٩٩ ص ٢٦٠ د. محمد الشامي رسالته ف ٨٣ ص ٤٤٤
د. الصده ف ٢٢٤ ص ٥٧٤ د. سمير تناغوف ف ١٧٣ ص ٣٦٤

عمدياً أو غير عمدي . وإذا كان القاضى من الناحية العملية يعطي أهمية لهذه التفرقة فيتشدد مع المتسبب في الضرر بفعل عمدي إلا أن هذا الاتجاه العملي لا يصلح أن يكون أساساً لمبدأ قانوني.

ومع ذلك فقد تكون للتفرقة بين نوعي الخطأ بعض الآثار القانونية . ففي إصابات العمل مثلاً يقرر القانون تعويضاً بالنسبة لكل إصابة معينة ويمنع العامل في الوقت نفسه من الرجوع على رب العمل بناء على قانون آخر غير قانون إصابات العمل ، إلا إذا كان الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من رب العمل . والخطأ الجسيم هو صورة من صور الخطأ العمدي . ويسمح القانون لرب العمل أن يدفع المسئولية عن نفسه تجاه العامل إذا هو أثبت أن الإصابة حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل.

ويقاس نوعا الخطأ بمعيار واحد وفقاً للرأي الراجح هو المعيار الموضوعي دون تفرقة بين نوعي الخطأ . وهو معيار مجرد لا يعتقد بأي ظرف شخصي خاص بالمسئول ، وهذا المعيار هو معيار الرجل المعتاد في مثل ظروف المسئول.

ولذا فليست النية في الخطأ العمد سوى ظرف شخصي لا يصح أن يعتد به في التقدير .

٢٣ - ثانياً : الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي (١) :

الخطأ الإيجابي هو الخطأ الذي يكون فعل المخطئ فيه عملاً إيجابياً كتألف مال الغير ، ومجاوزة السرعة القانونية ، والسب . والخطأ السلبي هو الخطأ الذي يكون فعل المخطئ فيه عملاً سلبياً ، كالامتناع عن إضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليلاً ، وترك المقاول حفرة حفرها في الطريق العام دون وضع نور أحمر على حافتها ليلا للتنبيه إلى وجودها .

(١) د. سليمان مرقص ف ١٠٤ ص ٣٧ . د. محمد الشامي رسائله ف ١٠٥ ص ١٩٣
د. الصدة ف ٤١٢ ص ٤٥٥ . د. سمير تلتوق ف ١٧٢ ص ٢٣٥

ولا شك في أن الفعل الإيجابي إذا انطبق عليه معيار الانحراف عن مسلك الرجل العادي فإنه يعتبر خطأ.

على أنه يثار التساؤل عما إذا كان الخطأ يتحقق بمجرد الامتناع عن عمل معين ، أو بعدم اتخاذ حيلة معينة . ويتفق الفقه أن الامتناع عن عمل معين إذا كان تطبيقاً لفكرة الإهمال يتحقق فيه معنى الخطأ . كقائد السيارة الذي يهمل في إضاءة مصباح السيارة أثناء السير ليلاً، وترك المقاول حفرة حفرها في الطريق العام دون وضع نور أحمر على حافتها ليلاً للتنبيه إلى وجودها .

غير أن الامتناع قد يأخذ شكل الامتناع المحض أو الامتناع البسيط ، وهو الذي لا يتصل بأي نشاط يقوم به الشخص . فلا يؤخذ على الشخص أنه لم يتخذ احتياطات معينة أثناء مباشرته نشاطاً معيناً ولكن يؤخذ عليه أنه لم يتحرك أصلاً لمنع حادث لم يساهم في وجوده كمن يمتنع عن إغاثة شخص آخر من خطر يهدده دون أن يكون هو المتسبب في هذا الخطر.

ويتفق الفقه الآن على أن الامتناع ولو كان بسيطاً يعد خطأ موجبا للمسئولية إذا اعتبر انحرافاً عن سلوك الرجل المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص الممتنع . فلا أهمية إذا لكون الفعل إيجابياً أو سلبياً في تقدير الخطأ ، ولكن المهم هو معرفة ماذا كان الفعل يمثل انحرافاً عن السلوك المعتاد أو لا يمثل كذلك . وفكرة الانحراف كما تتحقق في الفعل الإيجابي قد تتحقق أيضاً في الفعل السلبى . وهذا ما تصرح به المادة ٣٠٤ مني بقولها ((كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً ، يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه...)) .

٢٣١ - ثالثاً: الخطأ في حوادث النقل^(١):

تعد حوادث النقل أهم الحوادث وأبلغها أثراً في تطور نظام المسؤولية المدنية حتى وصل إلى ما هو عليه الآن من أهمية واتساع .

(١) د. الصدة ف ٤٢٩ ص ٤٦٣ ، د. تنافو ف ١٧٤ ص ٢٣٧

ففي نقل الأشياء يقع على عاتق الناقل التزام بنقل الأشياء سليمة إلى مكان الوصول، فإن تلفت هذه الأشياء أثناء النقل كانت مسئولة الناقل عن التلف مسئولة عقديّة.

ويميز الفقه بالنسبة لنقل الأشخاص بين النقل المجاني أي التطوعي وبين النقل بالأجرة وهو الغالب. فإذا كان النقل بدون أجر، كما لو استصحب شخص صديقاً له في سيارته ليوصله إلى مكان معين، فلا يكون هناك عقد، ومن ثم تكون المسؤولية تفسيرية تقوم على خطأ واجب الإثبات يؤخذ فيه بمعيار الرجل العادي المأخوذ به في القواعد العامة.

أما إذا كان بأجر- وهذا هو الغالب- فقد كان القضاة المصري في أول الأمر يعتبر الناقل مسئولاً مسؤولية تقصيرية أيضاً. ولكنه عدل عن هذا الموقف، فأصبح يرتب على عقد النقل التزاماً بضمان سلامة المسافر، وبذلك تكون مسؤولية الناقل عما يصيب المسافر مسؤولية عقديّة.

على أن أكثر حوادث النقل هي ما تقع على المارة في الطرقات العامة. كان يرجع الحادث إلى مخالفة قواعد المرور، كعدم الإضاءة ليلاً أو الزيادة في السرعة أو عدم مراعاة الأولوية عند تقاطع الطرق. والمسئولية في هذه الحالة هي مسئولية عن حراسة الآلات الميكانيكية، وهي لا تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، بل على الخطأ المفترض، ولا تنفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

٢٣٢- رابعاً: الخطأ في حوادث العمل^(١):

ومن أهم الحوادث كذلك حوادث العمل وما ينتج عنها من إصابات للعمال. وقبل صدور قانوني العمل والتأمينات الاجتماعية^٢ كانت مسؤولية رب العمل تخضع لقواعد المسؤولية التفسيرية. فكان يجب لتحقيق هذه المسؤولية أن يثبت العامل خطأ في جانب رب العمل.

(١) د. الصدة ف ٢٩ ص ٤٦ د. سمير فتاحوف ١٧٤ ص ٢٣٨

(٢) صدر قانون العمل بقرار رقم ٥ لسنة ١٩٩٥. أما قانون التأمينات الاجتماعية فقد صدر بقرار رقم ٢٦ لسنة ١٩٩١م.

ولكن بعد صدور هذين القانونين أصبحت مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل وماينتج عنها من إصابات للعمل مسؤولية خاصة تقوم على تحمل التبعة، حيث يستحق العامل التعويض عن أية إصابة تحدث له أثناء العمل أو بمناسبةه دون حاجة إلى إثبات خطأ رب العمل. فالمادة ١٢١ من قانون العمل تنص على أنه : ((يتحمل صاحب العمل مالم يكن مؤمناً المسؤولية المادية طبعا لهذا القانون وقانون التأمينات الاجتماعية لما يلحق العامل من أمراض مهنية أو إصابات أثناء تادية العمل أو بسببه)).

٢٣٣-خامساً : الأخطاء الفنية والمهنية (١):

ومن تطبيقات الخطأ التي تقع كثير أخطاء أصحاب المهن الفنية كالطبيب ، والمحامي ، والمهندس . فالطبيب قد يخطئ في العلاج والمحامي قد يهمل في الدفاع عن حقوق موكله ، والمهندس قد يخطئ في وضع تصميم البناء ، والصيولي قد يخطئ في تركيب دواء فيترتب على ذلك الخطأ ضرر يصيب من يتعامل مع أي من هؤلاء الفنيين .

والغالب أن تكون مسؤولية هؤلاء الفنيين مسؤولية عقدية ونادرأ ما تكون مسؤولية تقصيرية. على أن الخطأ في هذه المسؤولية هو الخطأ ذاته في حالة المسؤولية التفسيرية يتحقق بعدم بذل المدين العناية التي كان يبذلها الشخص المعتاد من أرباب هذه المهنة ، ذلك لأن الالتزام الذي ينشأ عن العقد في هذا النوع من الالتزامات يكون غالباً التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة. وسواء أكانت مسؤولية هؤلاء الفنيين هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية فإن معيار الخطأ في هذه المسؤولية هو معيار الشخص المعتاد في نفس المهنة . فإذا كان القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض ، فهو يقيس سلوكه

(١) د. السنهوري ف٤٨٨ ص٤١٤ ، ١١٤ ، د. سليمان مرقص ف١٥٩ ص١٢٣
 د. الصدة ف٢٩٤ ص٤١٣ ، د. سمير تقاع ص٢٣٨ ، د. عبد الحميد الشواربي مسؤولية الأطباء
 والصيالة والمستشفيات ص٧١

بسلوك طبيب آخر من طائفته . ويراعى ما إذا كان الطبيب المذكور طبيباً عاملاً أو طبيباً متخصصاً أم استأثراً في الطب .

ويتضح من هذا أن مسئولية هؤلاء الفنيين تخضع للقواعد العامة ولا تتميز عن مسئولية غيرهم بشئ ، فيسأل صاحب المهنة عن كل خطأ يقع منه سواء كان هذا الخطأ فنياً أم خطأ عادياً ، غاية الأمر أن ممارسة أية مهنة تفرض على من يمارسها واجب الإلمام بأصول هذه المهنة وإتباعها بحيث يعد الجهل بهذه الأصول أو عدم مراعاتها إخلالاً بذلك الواجب وخطأ يستتبع المسئولية المدنية . ويتعين هذا الواجب - كما ذكرت - ومداه بمقياس الرجل العادي إذا وجد في مثل ظروف المدعى عليه الظاهرة التي تجعل الآخرين ينتظرون منه مسلكاً معيناً ، أي بحسب المسلك الذي يسلكه أغلب رجال المهنة إذا وجدوا في مثل الظروف المذكورة .

المطلب الثالث

الحالات التي لا يكون فيها التعدي خطأ

٢٣٤- تمهيد وتقسيم :

هناك حالات يتوفر فيها عنصر الخطأ، ومع ذلك لا يعتبر التعدي فيها خطأ وذلك نظراً إلى ما يحيط بالتعدي من ظروف تجعله عملاً مشروعاً، ومن ثم لا تقوم المسؤولية . ويتحقق ذلك في حالات ثلاث هي حالة الدفاع الشرعي ، وحالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس، وحالة الضرورة .

وتعد هذه الحالات في القانون الجنائي أسباباً للإباحة وقد نقلها عنه القانون

المدني ، ونتناول هذه الحالات فيما يأتي

٢٣٥- أولاً: حالة الدفاع الشرعي :

نصت على حالة الدفاع الشرعي المادة (٢٠٧ مدني) بقولها : ((من أحدث وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه أو عن نفس الغير أو عرضه أو ماله كان غير مسئول عن تعويض هذا المضرر ، على ألا يجاوز القدر الضروري ، فإذا جاوز القدر الضروري ألزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)) (١).

فالادفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال يبيح وفقاً لنص هذه المادة - التعدي ويجعله مشروعاً . ويحدد النص شروطاً معينة يجب توفرها لمجموعة لكي تنتفي صفة الخطأ عن التعدي (٢).

١- يقابل نص هذه المادة نص المادة ١٦٦ مدني مصري وهما متوافقتان في المعنى والمبنى حيث تنص المادة (١٦٦ على أنه ((من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري ، ولا يصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)) . لا شك في أن واضعي النص البيئي الخاص بحالة الدفاع الشرعي قد اقتبسوا النص المصري فيما عدا إضافة لفظة (عرضه) في النص البيئي والذي لم يصرح به النص المصري وإنما يدخل ضمن الاعتداء على النفس .

٢- في هذا الموضوع راجع د. الشهوري ف ٥٣٢ ص ١٠٩ د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ص ١٩٥ ، د. محمد الشامي - رسالته - مرجع سابق ف ١١٥ ص ٢٢ . ويعرف حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي برفع الصائل (المعتدي) وهو يكون أي رفع الصائل واجبا على المدافع في حالة الاعتداء على العرض بالتفاق

- **الشرط الأول :** أن يوجد خطر حال أو وشيك الحلول على النفس أو العرض أو المال إذا لم يبادر الشخص إلى دفعه . ويستتوي أن يكون الخطر على نفس المدافع أو عرضه أو ماله أو على نفس الغير أو عرضه أو ماله سواء كان هذا الغير عزيزاً على المدافع أو غير عزيز وإنما قام بالدفاع عن الغير بدافع الشهامة والإنسانية ، إذ أن النص لم يشترط درجة معينة في القرابة أو العلاقة بين المدافع والغير الذي يتعرض للخطر .

ولا يشترط أن يقع الاعتداء بالفعل على النفس أو العرض أو المال بل يكفي أن يصدر من المعتدي فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء في الحال يقدره المدافع طالما أن هذا التقدير قد بني على ظروف وأسباب معقولة .

- **الشرط الثاني :** عدم إمكان دفع الخطر إلا بالقوة :

فالدفاع الشرعي يفترض عدم إمكان الالتجاء إلى السلطة العامة أو أي طريق آخر لوقف الاعتداء بحيث يكون استعمال القوة هو الحل لوقف الاعتداء أو خطره . على أن الهرب لا يعد وسيلة محبذة عند حلول الخطر لاتقائه ، لما في الهرب من معاني الجبن الذي يتعارض مع الكرامة الإنسانية .

- **الشرط الثالث :** أن يكون الاعتداء غير مشروع :

فلا يجوز لمن ألقى عليه القبض بطريق قانوني أن يقوم رجل الشرطة بحجة الدفاع الشرعي . ولا يجوز للولد في مواجهة أبيه وهو يقوم بتأديبه أن يرد على أفعال التأديب بحجة الدفاع عن النفس أيضاً .

- **الشرط الرابع :** أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لدفع الخطر :

يجب أن تتناسب أفعال الدفاع مع أفعال الاعتداء وليس بالضرورة أن يحدث التماثل بينهما . ويخضع تقدير التناسب بين أفعال الاعتداء وأفعال الدفاع للمعيار الموضوعي وهو معيار مسلك الرجل المعتاد إذا داهمه الخطر ، مع مراعاة

، وحقا عند البعض إذا كان الاعتداء على النفس ، وجائزا إذا كان الاعتداء على المال . د. محمد الشامي - رسالته القيمة - مرجع سابق ف ١٥ ص ٢٢٤ .

الظروف الملازمة التي تحيط بالمسئول . فإذا جاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي اعتبر مخطئاً بقر هذا التجاوز وتكون مسئوليته عن تعويض الضرر غير كاملة إذ يشترك معه المعتدي في إحداث الضرر فتصبح مسئولية المدافع مخففة طبقاً للتواعد العامة في الخطأ المشترك ، إذ المضرور في هذه الحالة هو المعتدي ، وقد اشترك بخطئه في إحداث الضرر عند قيامه بالاعتداء .

وهذا ما قرره المادة (٣٠٧ مدني) عند ما نصت على أن المدافع يلزم بتعويض ((تراعى فيه مقتضيات العدالة)) (١) .

٢٣٦- ثانياً : حالة الضرورة (٢) :

- تنص المادة ٣٠٩ مدني على أن : ((من سبب ضرراً للغير ليقفاد به ضرراً أكبر محدقاً به أو غيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً شرعاً)) (٣) .

فهذه المادة تناول حكم حالة الضرورة التي تدفع الشخص إلى القيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير كي يتفادى ضرراً أكبر منه . ومن أمثلتها أن يضطر شخص إلى اقتحام ملك غيره لإطفاء حريق شب عنده أو عند شخص ثالث يخشى أن يسبب خسائر جسيمة في الأرواح أو الأموال ، وأن يضطر سائق السيارة الذي يقابلاً بشخص يلقي بنفسه أمام سيارته إلى الصعود على الرصيف وإتلاف واجهة بعض المحلات التجارية كي يتفادى الأضرار بالشخص الملقى .

وبين من النص أن حالة الضرورة لا تعفي المضطر من المسؤولية المدنية بل تخففها ويظل الفعل الضار الذي أتاه الشخص وهو في حالة ضرورة تعدياً ،

(١) ويتفق الفقه الإسلامي على عدم معاقبة المدافع وعدم الضامن عليه في حالة توفر شروط الدفاع إذا كان الصائل إنساناً مكافئاً ، لكن اختلفوا في إيجاب الضامن على المدافع إذا كان الصائل حيواناً أو ما في حكمه كالضفد والمجنون - د. محمد الشامي - رسالة - مرجع سابق ف ١١٤ ص ٢١٩ .

(٢) د. سليمان مرقس ف ١٠٧ ص ٢٨٥ ، د. السهوري ف ٥٣٤ ص ١١٠ .
(٣) يقابل هذا النص ويطلق نفس المادة ١٦٨ مدني مصري .

لكن التعويض الذي يحكم به يكون مخففاً بالصورة التي يراها القاضي^(١). وذلك بعكس حالة الدفاع الشرعي وتنفيذ الأمر الصادر من الرئيس حيث تنفي صفته غير المشروعة عن الفعل الضار وبالتالي لا تترتب أية مسئولية في ذمة المدافع أو الموظف العمومي إذ لا يمكن اعتبار أيهما متعدياً.

ويشترط لتوفر حالة الضرورة ثلاثة شروط هي :-

الشرط الأول : أن يكون هناك خطر حال يهدد الشخص نفسه الذي صدر منه الاعتداء أو غيره من الأشخاص .

ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسئولية المدنية. أما المسئولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس .

الشرط الثاني : أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبياً ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر واقعاً ممن سبب الضرر فإن إلحاقه بالغير كي يبقى خطراً هو الذي جابه على نفسه بعد تعدياً يوجب مسئوليته كاملة . وإذا كان الخطر صادراً ممن وقع عليه الضرر ، فإن دفع الضرر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعد دفاعاً شرعياً يعفي من المسئولية أصلاً .

الشرط الثالث : أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذي وقع :

فالشخص الذي يتألف حالاً للغير ذا قيمة محدودة لينتقد منزلاً ذا قيمة أعلى بكثير يعد في حالة ضرورة . وبالتالي فإن مسئوليته لا تكون كاملة ، ويحكم عليه القاضي بتعويض مخفف تطبيقاً للمادة ٢٠٩ التي تقضي بأن القاضي لا يحكم إلا بالتعويض الذي يراه مناسباً .

(١) ويفسر البعض هذه المسئولية في حالة الضرورة بأنها مسئولية بدون خطأ مثبتة على تحمل التبعة ، بترك تقدير التعويض فيها للقاضي لا وفقاً للقواعد العامة المتعلقة ، بجبر الضرر بل وفقاً لما يراه القاضي مناسباً بحسب الظروف ولما تقضي به العدالة . د. سليمان مرقس ق ١٠٧ ص ٢٨٩ .

أما إذا كان الخطر المراد تفاديه مسؤولياً للضرر الذي يلحق بالغير أو دونه في الجسامة ، فإن الشخص يعد متعدياً ، ولن تنطبق عليه أحكام المادة ٣٠٩ حيث تكون مسؤوليته عندئذ كاملة دون تخفيف .

٢٣٧- ثالثاً : حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس (١) :

تنص المادة (٣٠٨ مدني) على أنه : ((لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي ألحق الضرر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه شرعاً أو كان يعتقد أنها واجبة عليه وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه و أن اعتقاده مبني على أسباب معقولة شرعاً وأنه راعى جانب الحيطة والحذر في عمله . ويسأل الأمر إذا توافرت في أمره صفات الفعل غير المشروع))

فتنفيذ أمر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً مشروعاً إذا توافرت فيه الشروط الثلاثة الآتية :

الشرط الأول : أن يكون من صدر منه العمل الضار موظفاً علماً .
الشرط الثاني : أن يكون قد صدر لهذا الموظف أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس يجب طاعته ولو كان هذا الرئيس غير مباشر .

ويجب أيضاً أن يعتقد الموظف أن طاعة الأمر الذي صدر إليه واجبة . ولذلك فقد يصدر رئيس يجب طاعته أمراً غير واجب الطاعة فلا يجوز للمرورس عندئذ أن ينفذ الأمر غير المشروع والإلا كان عمله تعدياً يستوجب مسؤوليته . ومثاله أن يصدر مدير القسم أمراً لأحد الأفراد بالقبض على متهم دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة .

الشرط الثالث : أن يثبت الموظف أن اعتقاده مشروعية الأمر الذي نفذه مبني على أسباب معقولة . وأنه قد راعى في تنفيذه جانب الحيطة والحذر .

(١) د. السنهوري ج ١ ف ٥٣٢ ، د. الصدة ف ٤٣٢ ، د. أحمد شوقي ص ١٩٠ .

ويأخذ حكم ما ورد في نص المادة (٣٠٨) أن يكون الموظف العام قد قام بالعمل وهو يعتقد بحسن نية أنه تنفيذه لما تأمر به القوانين أو أن القيام به يدخل في اختصاصه ، ما دام أن اعتقاده هذا يقوم على أسباب معقولة وأنه لم يأت العمل إلا بعد أن تثبت وتحرى .

المبحث الثاني

الضرر

٢٣٨- تمهيد وتقسيم :

- الضرر كركن في المسؤولية المدنية هو الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، أو يصيبه في شعوره نتيجة المساس بعاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته ، أو غير ذلك من الأمور المعنوية التي يحرص عليها الإنسان في حياته ولا يكفي لقيام المسؤولية قيام الخطأ بل يجب أن يترتب على الخطأ ضرر فإذا انتفى الضرر لا تسمع دعوى المسؤولية لأنه لا دعوى بدون مصلحة .
وبين من هذا التعريف أن الضرر قد يكون ضرراً مادياً ، وقد يكون ضرراً أدبياً .

وقد درسنا الضرر كركن من أركان المسؤولية العقابية^١ ، وهنا ندرسه كركن من أركان المسؤولية التقصيرية ، وذلك في مطلبين نتناول في المطلب الأول الضرر المادي ، ونتناول في المطلب الثاني الضرر المعنوي .

(١) يراجع الفقرات من ١٤١-١٤٣ .

المطلب الأول

الضرر المادي

٢٣٩- ١- التعريف بالضرر المادي (١):

لا يختلف تعريف الضرر المادي وشروطه في المسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية إلا في بعض المسائل التفصيلية نشير إليها أثناء بحث كل مسائل الضرر المادي الآن ، ولذلك قلن نسترسل في هذا الموضوع نظراً لوجود هذا التشابه.

ويعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يصيب الشخص من الناحية المالية. ومثاله عدم تسليم البائع البضاعة المتفق عليها أو التأخر في تسليمها إذا توجب على ذلك ضرر بالمشترى ، ومثاله إتلاف الشيء المودع أو المعار من قبل المودع لديه والمستعير .

٢٤٠- ٢- شروط الضرر المادي (٢):

يشترط في الضرر المادي الذي يجب التعويض عنه في المسؤولية التقصيرية شرطان هما :

❖ الشرط الأول- أن يكون الضرر محققاً :

بمعنى أن يكون مؤكد الوقوع حالاً أو مستقبلاً . حالاً ، كما إذا كانت البضاعة قد أصابها تلف أثناء النقل ، ومستقبلاً أي محقق الوقوع في المستقبل . كما لو أصيب الشخص في عينه وتأكد للقاضي أن المصعب سيقف النظر مدى حيالته فيقدر القاضي التعويض عن عاهة مستديمة ستظل ملازمة للمضرور ، حتى ال

أما إذا لم يتأكد من مدى الضرر بالنسبة للمستقبل فاللةاضي أن يقضي بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للضررور بالحق في الرجوع بالتعويض عند استفحال الضرر في المستقبل

أما إذا كان الضرر محتملا أي قد يقع وقد لا يقع ، فهذا الضرر لا يعرض عنه إلا إذا تحقق بالفعل .

-
- (١) د. السنهوري - مرجع سابق ف٥٦٨ - ٩٦٩ ط٣ منشورات الحلبي - بيروت
د. سمير تفاقو - مرجع سابق ١٧٧ ص ٢٤٦
(٢) د. السنهوري - مرجع سابق ٥٧١-٥٧٣ ص ٩٧١-٩٧٤

❖ الشرط الثاني- أن يكون الضرر مباشراً :

ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقعه بئيل جهد معقول (م/٣٥١مدني).

أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المدين بالتعويض عنه لأنه باستطاعة الدائن أن يتوقعه بئيل جهد معقول.

ولا يشترط في المسؤولية التقصيرية أن يكون الضرر متوقعاً؛ لأن المسئول يعرض عن الضررين المتوقع وغير المتوقع. وقد عرفنا في المسؤولية العقدية أن المسئول فيها لا يعرض إلا عن الضرر المتوقع حدوثه وقت إبرام العقد مالم يتركب المتعاقد خطأ أو خطأ جسيماً فيسأل عنده عن الضررين المتوقع وغير المتوقع.

المطلب الثاني

الضرر الادبي

٤١-٢-١- تعريفه وأواعه :

الضرر الأدبي هو ذاك الضرر الذي لا يصيب الشخص بخسارة مالية وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية .

ويمكن إرجاع الضرر الأدبي إلى الأنواع الأربعة التالية:

❖ النوع الأول - الضرر الأدبي الذي يصيب الجسم بمجرد الألم أو ما يترتب على إصابته من تشوه في الوجه.

❖ النوع الثاني - الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، كالقذف ، والسب ، وهناك العرض ، وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة.

❖ النوع الثالث - الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور والحنان. فانتزاع طفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الآباء كلها أضرار تصيب الشخص في عاطفته وشعوره وتدخل الى قلبه الغم والأسى والحزن .

❖ النوع الرابع - الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له. فإذا دخل شخص أرضا مملوكة لآخر على الرغم من معارضة المالك جاز لهذا أن يطالب بتعويضه عما أصابه من الضرر الأدبي جراء الاعتداء على حقه حتى ولو لم يصب بضرر مادي .

٢٤٢-٢- جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وتحديد من له الحق فيه :

الضرر الأدبي قابل للتعويض بنص المادة ٣٥٢ مدني. وكل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه. فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت في عواطفهم.

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى الورثة؛ لأن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء ولا يتصور في حالة موت المضرور شيء من ذلك إذ المضرور قد مات قبل الاتفاق مع المسئول عن الضرر على التعويض وقبل المطالبة به .

و أما الضرر الذي أصاب الأقارب من موت مورثهم فقد حدد القانون المدني المصري من يستحق التعويض عن الضرر الأدبي حيث حصرتهم في الزوج وفي الأقارب إلى الدرجة الثانية وهم الأب ، والأم ، والجدة ، والجدة للأب أو الأم والأولاد وأولاد الأولاد وإخوانه وأخواته .

ولا يعطى القاضى تعويضاً عن الضرر الأدبي لكل هؤلاء إذا وجوا ، بل يعطيه لمن أصابهم ألم حقيقي بموت المصاب .

ولم يرد نص في القانون المدني اليمني يحدد الأقارب الذين يستحقون التعويض عن الضرر الأدبي في مثل هذه الحالة فيكون الأمر متروكاً لسلطة القاضي التقديرية^(١).

٣ - ٢٤٣ - انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي :

تقتضي المادة ٣٥٢ مدني بأن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الغير بالعقد أو بالميراث أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة ، ولا تكون كذلك إلا إذا كان المضرور قد اتفق مع المسئول على التعويض أو كان المضرور قد رفع دعوى للمطالبة بالتعويض .

(١) والملاحظ أن النص المصري لم يعرض لحالة ما إذا كان المصليب لم يست
ومن يستحق التعويض عن الضرر الأدبي الذي قد يصيب الأقارب . ولذلك
فمن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبي في هذه الحالة
لغير الأم والأب

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر (١)

٢٤٤ - أ- لا- المقصود بعلاقة السببية :

يقصد بعلاقة السببية^١ أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول (المدعي عليه) والضرر الذي أصاب الغير. بمعنى أن يكون خطأ المدعي عليه هو وحده الذي أحدث الضرر ولا يوجد سبب آخر قطع العلاقة بين خطأ المدعي عليه والضرر. أي لا يوجد سبب اجنبي عند المدعي عليه هو الذي أحدث الضرر.

ومثاله أن يقود شخص سيارة بسرعة كبيرة أدت إلى انحراف السيارة وينتجاً فأصابته أحد المارة الذي يسير على الرصيف، فالإصابة سببها خطأ السائق وهو السرعة الكبيرة الأمر الذي تترتب عليه انحراف السيارة دون أن يستطيع السائق إلا مسالك بزمام المقود حتى تسير في خطها المستقيم.

٢٤٥ - ثانياً - أسباب انقضاء علاقة السببية:

تنفني علاقة السببية بين خطأ المسئول (المدعي عليه) وبين الضرر الذي أصاب المضرور (المدعي) بسبب اجنبي أو لأن خطأ المدعي عليه سبب غير منتج ففي أحداث الضرر أو لأن الضرر الذي تترتب على خطأ المدعي عليه هو ضرر غير مباشر لا يسأل عنه.

○

(١) د. السنهوري - مرجع سابق ف ٦٠٧-٥٨١ ص ٩٢٩-٩٩٠ ،

د. سمير تناغو ف ٨٣٨-١٧٩ ص ٢٥٧-٢٥٠ ،

د. مصطفى الجمال ص ٤١٢-٤٧٧ ،

د. أحمد شوقي عبدالرحمن ص ٢٦٢-٢٨٦ .

٢٤٦ أ - انتفاء علاقة السببية بالسبب الاجنبي :

❖ ١- تعريف السبب الاجنبي :

السبب الاجنبي كل امر يحدث ولا يد للمدعى عليه فيه ويكون هو السبب في إحداث الضرر ، فيترتب عليه انتفاء مسئولية المدعى عليه أو انتفاء بعضها .

وبمعنى آخر فإن وجود سبب اجنبي للضرر قد يؤدي إما الى انعدام رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذي وقع على المدعى أو أن خطأ المدعى عليه ليس هو السبب الوحيد للضرر . ففي الحالة الأولى تنتفي مسئولية المدعى عليه تماماً ، وفي الحالة الثانية تكون مسئوليته مسئولية جزئية .

٢٤٧ - صور السبب الاجنبي (أنواعه) :

وأنواع السبب الاجنبي أو صوره هي القوة القاهرة والحادث الفجائي ، وخطأ المضرور ، وخطأ الغير . وهذه الصور نص عليها القانون المدني في المادة ٣٠٦ ، وهذه الصور ذكرها النص على سبيل المثال لا الحصر حيث قد يكون السبب الاجنبي أمراً آخر غير ما ذكر في هذا النص ، كما لو كان عيباً في الشيء الذي أُلِف أو مرض لدى المضرور .

❖ ونتناول فيما يأتي أنواع السبب الأجنبي:

٢٤٨ - أ - أو لا - القوة القاهرة والحادث الفجائي^(١):

❖ أ - التعريف بهما:

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حادث غير متوقع لا يند لل شخص فيه ولا يستطاع دفعه ، ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

ب - شروطهما:

يشترط فيهما شرطان.

❖ الشرط الأول - عدم امكان توقع الحادث.

فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن هذا الحادث قوة القاهرة أو حادثاً فجائياً .^{٥٩}

ويجب ان يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من المدعي عليه فحسب بل ومن جانب اشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور . فالمعيار موضوعي لا ذاتي . وهو في نظر البعض معيار لا يكتفى فيه بمعيار الرجل العادي ، ويتطلب ان يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

وعدم امكان التوقع في المسؤولية التقصيرية يكون وقت وقوع الحادث ذاته . فمتى كان الحادث غير ممكن التوقع في هذا الوقت كان كافياً .

(١) يراجع في التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي وأثرهما

د. السهوري ، ف ٥٨٦ - ص ٩٩٤

❖ الشرط الثاني- استحالة الدفع :

فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لم يكن سبباً اجنبياً .
كذلك يجب أن يكون من شأن الحادث أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وأن تكون الاستحالة مطلقة لا نسبية بالنسبة للمدين
وحده، بل تكون الاستحالة بالنسبة الى أي شخص يكون في موقف المدين . وهذا هو الذي يميز بين نظرية القوة القاهرة وبين نظرية الظروف الطارئة ففي نظرية الظروف الطارئة يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً .

ويستوي أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات عزيز عليه يوم الحفلة ، وكان لذلك في نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء كان الحادث قوة القاهرة والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية أم لا .

❖ ج- أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :-

إذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئولية المدعي عليه .

وقد يكون أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا الإغفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

ويجوز للطرفين أن يعدلا من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي . ويترتب على ذلك أنه يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا يخلي المدين من التزامه أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب .

٢٤٩ - ثانيا - خطأ المضرور :

يقصد بخطأ المضرور هنا والذي يؤثر على مسئولية المدعي عليه الخطأ الذي يقع من المضرور بالاشتراك مع خطأ المدعي عليه .

فإذا تحقق أن وقع من المدعي عليه خطأ ووقع من المضرور خطأ آخر وجب معرقه إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في مسئولية المدعي عليه .

وفي هذه الحالة يجب التمييز بينما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقي كل منهما مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشتركاً .

❖ أ- استغرق أحد الخطأين للخطأ الآخر :

إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر كانت المسئولية على من كان خطاه هو الذي استغرق الخطأ الآخر . فإذا كان خطأ المدعي عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور ، كانت المسئولية على المدعي عليه كاملة ولا يخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعي عليه فإن مسئولية المدعي عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في صورتين . الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . والثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة للخطأ الآخر .

❖ الصورة الأولى - أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر :

وتتحقق هذه الصورة في فرضين . الأول - إذا كان أحد الخطأين خطأ عمدياً . والثاني - إذا كان أحد الخطأين هو رضاه

المضرور بما وقع عليه من الضرر في بعض الأحوال وهي
قابلة .

١. فإذا كان أحد الطرفين المدعى عليه أو المضرور (المدعي)
قد أراح أحداث الضرر متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ
غير عمدي ، كان من مصدر منه الخطأ العمد هو المسئول
لأن خطأه يستغرق الخطأ الآخر . فإذا تعمد سائق السيارة
أن يدهس رجلاً مكشوف البصر يسير في الطريق العام بدون
قائد لم يجز للسائق أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف
مسئوليته ولا يسمع منه دفاعه بأن المضرور سبار في
الطريق العام بدون قائد وهو مكشوف البصر فيكون قد أخطأ
؛ لأن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور
إلا ظرفاً استغله السائق في إنفاذ نيته .

أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه
استغرق خطأه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسئولية
المدعى عليه لانه دام وباطلة السببية . فلو أن شخصاً أزال
الانتحار فالتهم فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد
المفروض قانوناً ، فالتقى بنفسه أمام السيارة فهو وحده الجاني
على نفسه ، ولا يجوز له أن يحتج بأن السائق كان يسير
بسرعة كبيرة وكان ذلك منه خطأ ؛ لأن تعمد المضرور
الانتحار هو الذي نقف عنده سبباً لوقوع الضرر . أما خطأ
المدعى عليه فلم يكن سوى ظرف استغله المضرور لتنفيذ
قصده .

٢. وإذا كان المضرور قد رضي بما وقع عليه من الضرر ،
فإن رضاه لا يرتفع إلى درجة اراته للضرر ، ولا ينزل
إلى درجة العلم بالضرر دون الرضاء به .

وهناك فرق بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به .
وإذا كان معقولا أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه

عند إرادته الضرر فإنه ليس من المعقول أن يكون مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

فالطبيب الذي يجري عملية جراحية خطيرة في غير ما ضرورة لمريض يكون مخطئاً حتى لو رضي المريض بإجرائها .

لكن قد يكون رضاء المضرور خطأ منه يخفف من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فمن رضي أن يركب سيارة غير سليمة وهو يعلم بذلك يكون قد رضي بالضرر وبعد رضاءه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضي بإجراء عملية جراحية على الرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضي بالضرر ورضاءه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب .

وقد يصل خطأ المضرور - في بعض الأحوال - في رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فنتتجى المسئولية عنه لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فبصاره سفينه لا يرجع بشيء على صاحب المهربات .

❖ الصورة الثالثة وفيها يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر

إذا كان أحدهما هو نتيجة للآخر . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيره بها ، فنجم عن هذا السير خطر دفع الركاب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماسا للنجاة فاضر بنفسه . كان خطأ المضرور هو نتيجة لخطأ المدعى عليه (السائق) ، فلمستغرق خطأ السائق خطأ الركاب وتحققت المسئولية الكاملة في جانب السائق .

وإذا دهس سائق سيارة أحد المارة وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أي احتياط ، وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة فقد أثبت أن الخطأ في جانبه ليس سوى خطأ المضرور ، واستغرق خطأ المضرور ، خطأ السائق وانعدمت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر ،

وانتفت بالتالي مسئولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر.

٢٥٠ - ب - الخطأ المشترك :

إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان هما خطأ المدعي عليه وخطأ المضرور. فيكون كل منهما مسئولان عما حدث من ضرر بالتعويض وبالتساوي بينهما إذا لم يستطاع تحديد جسامه خطأ كل من المضرور والمدعي عليه.

٢٥١ - ثالثا - خطأ الغير :

يقصد بخطأ الغير أن يقع من المدعي عليه خطأ ويشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ خطأ يصدر من الغير له شأن في إحداث الضرر. فإذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر . فإذا قتل شخص آخر بمسدس غير مرخص يحمله الغير يكون القاتل وحده هو المسئول عن جريمة القتل ولا أثر لمسئولية الغير الذي يحمل المسدس بدون ترخيص ، لأن خطأ المدعي عليه (القاتل) استغرق خطأ من يحمل المسدس.

فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بقيا قائمين واعتبر كل منهما سببا في إحداث الضرر ، وهذه هي حالة تعدد المسئولية .

وقد نصت المادة ٣١٠ مدني على هذه الحالة بقولها: ((إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار تكون المسئولية بينهم بالتساوي...)).

وتقرر المادة ٢٩^١ مدني مصري التضامن بين المسئولين عند تعددهم.

فالمضرور أن يرجع على أي من المدعي عليه أو على الغير بالتعويض كاملاً. أما نص المادة ٣١٠ مدني يعني فلا ينشأ التضامن بين المسئولين إلا إذا كانوا قد ارتكبوا الخطأ بالتواطؤ فيما بينهم، أما إذا لم يتفقوا على الاشتراك في الخطأ فلا يوجد تضامن وليس للمضرور سوى الرجوع على كل واحد من المسئولين بنصيبه من التعويض.

٢٥٢ - ب - انتفاء علاقة السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر :

قد تعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعي عليه أحد هذه الأسباب ويؤدي هذا التعدد في الأسباب إلى انقطاع الصلة بين الخطأ والضرر فتتعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعي عليه ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد ، إذ تتعاقب الأضرار فتتقطع الصلة بين بعضها وبين خطأ المدعي عليه جراء تسلسل النتائج ، فتتعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

ونستعرض فيما يأتي كلا من الحالتين:

٢٥٣ - أ - تعدد الأسباب :

عرفنا عند تناول موضوع السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ولكن أحدهما يستغرق الآخر ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة. ورأينا أن الاستغراق يحدث في فرضين الأول- أن يكون أحد الخطأين عمديا و الآخر غير عمدي فيستغرق العمد الخطأ غير

العمد ، ويصبح هو السبب الوحيد الذي تقف عنده . والثاني- أن يكون أحد الخطأين هو نتيجة للخطأ الآخر .

وقد تتعدد الأسباب دون استغراق ، فهل نأخذ بهذه الأسباب جميعا أم نقف عند السبب المؤثر والمنتج .

توجد في هذه المسألة نظريتان هما نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج .

❖ أولا - نظرية تكافؤ الأسباب :

ومؤدى هذه النظرية أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيدا - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سببا في إحداث الضرر . ويكمن للسبب شأن في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر .

فلو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للحفاظه عليها فسرقته السيارة ، وسألها السارق بسرقة كبيرة فدهس أحد المارة ، كان للضرر سببان متكافئان سرقة السائق وتقصير المالك في المحافظة على السيارة . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعا ، وما كان ليقع أيضا لو لم يهمل صاحب السيارة فسرق منه .

❖ ثانيا - نظرية السبب المنتج :

ومؤدى هذه النظرية هو التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة التي تدخلت في إحداث الضرر ، فتقف عند الأسباب المنتجة فتعتبرها وحدها السبب في إحداث الضرر .

وإذا كان كل من السببين العارض والمنتج قد تدخل في إحداث الضرر ولولا لما وقع الضرر ؛ إلا أن السبب المنتج هو السبب غير المألوف الذي يحدث الضرر في العادة . أما السبب العارض فهو السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكنه أحدثه عرضا .

فإهمال صاحب السيارة في المحافظة عليها حتى سرقت منه سبب عارض في احداث الضرر بالمال؛ لأنه سبب غير مألوف . وسرقة السارق بالسيارة ودهسه للمشاة سبب منتج ومألوف .

٢٥٤ - ب - تسلسل الأضرار من سبب واحد (١):

من الأمثلة المشهورة في تسلسل الأضرار من سبب واحد المثل التقاضي الذي أورده الفقيه الفرنسي (بوتيه) ، وهو مثل في المسئولية العقدية وهو ينطبق أيضا على المسئولية التقصيرية . تاجر موش يبيع بقرة (٢) فتعدي موشه المشتري ، وتموت ويموت معها سائر المواشي ، فلا يتمكن المشتري من زراعة أرضه ، فيعوزة المال ، فلا يستطيع عليه بثمن بخس . فهذه أضرار الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضا . موت البقرة الموبوءة ، عدوى الموشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . في هذا المثل لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر .

وقد حددت المسادة ٣٥١ مدني المقصود بالضرر المباشر الذي يسأل عنه المدين بأنه الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو التأخر فيه (٢) . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

ففي المثال السابق الذي أورده بوتيه - البقرة الموبوءة التي نفقت بعد أن أعدت سائر الموشى فنفت هذه أيضا ، هذه أضرار مباشرة لأنه لم يكن بوسع الدائن أن يتوقاها لو أنه بذل جهدا معقولا فيعوز عنها .

(١) د. السنهوري - مرجع سابق ف ٦٠٨ - ٦١٠ ص ١٠٢٩ - ١٠٣٦
(٢) أو يخطئها بموشى الغير وهو عالم أنها موبوءة ، صن إهمال - وذلك حتى ينطبق المثل على المسئولية التقصيرية .

(٣) تنص المادة ٣٥١ على أنه: (و.و. يكون التقدير على أساس مصالح

صاحب الحق من ضرر محقق يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو التأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعته صاحب الحق أن يتوقاه ببذل جهد معقول).

أما العجز عن زراعة الأرض وعن وفاء الديون وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس فإنها أضرار غير مباشرة لأنه كان توسع الدائن أن يتوقاها لو أنه بذل جهدا معقولا. كان يعمد إلى مواسخ أخرى يشتريها أو يستأجرها لزرعها أرضه ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار غير المباشرة التي لا محال للتعويض عنها

الفصل الثاني

آثار المسؤولية التقصيرية^(١)

٢٥٩ - تفسير:

الأثر الذي يترتب على المسؤولية التقصيرية هو التعويض . فإذا توافرت أركان المسؤولية الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية التزم المسؤول بتعويض الضرر الذي لحق المضرور .

ونتناول موضوع آثار المسؤولية التقصيرية [التعويض] في النقاط الأربع التالية:

١- تقدير التعويض والظروف المؤثرة في تقديره

٢- الضرر المتغير ووقت تقديره

٣- الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية والتأمين منها

٤- اجتماع طريقتين للتعويض أمام المضرور .

(١) د. سليمان مرقص ف ١٨٠ - ٢٢٣ ص ٥٠٦ - ٦٩٨ ،

د. المشهورى ف ٦٦١ - ٦٦١ ص ١٠٣٧ - ١١٢٠ ،

د. سمير شاغو ص ٦٠ - ٢٧٣ .

٢٦ - أولا - تقدير التعويض ، والظروف التي تؤثر في تقديره :

❖ أ - تقدير التعويض :

يتبين من نص المادة ٣٥١ مدني والمقابلة لنص المادة ١٧٠ مدني مصري أن مقياس الضرر هو الضرر المباشر .
فالتعويض في أية صورة كانت يقدر بمقدار الضرر المباشر
الذي أحدثه الخطأ سواء أكان ضررا ماديا أو ضررا أدبيا
وسواء أكان متوقعا أم غير متوقع ، وسواء أكان حالا أم مستقبلا
مادام محققا .

ويشتمل الضرر المباشر على عنصرين ما أصاب الدائن من
خسارة وما فاتته من كسب . فلو أن شخصا أ تلف سيارة مملوكة
لآخر ، وكان صاحب السيارة قد اشتراها بمليون ريال وحصل
على وعد من آخر أن يشتريها منه بمليون ومائتين ريال ، فإن
المليون هي الخسارة التي لحقت صاحب السيارة والمائتي ألف
هي الكسب الذي فاتته ، وكلاهما ضرر مباشر .

❖ ب - الظروف المؤثرة في تقدير التعويض :

يقصد بالظروف الملازمة والتي نصت عليها المادة ١٧٠ مدني
مصري والتي يراعي القاضي القاضي هذه الظروف عند تقدير
التعويض الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي
تلابس المسئول (المدعى عليه) .

فالظروف الشخصية المحيطة بالمضرور وما قد أفاده بسبب
التعويض تدخل في حساب القاضي عند تقديره التعويض .

أما الظروف الشخصية المحيطة بالمسئول وجسامة الخطأ الذي صدر منه فلا تدخل في حساب القاضي على خلاف بين الفقه وخصوصا بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فإذا كان المسئول غنيا لم يكن هذا سببا في إلزامه بدفع تعويض أكثر ، ولو كان فقيرا لم يكن هذا ظرفا يجعل القاضي يحكم بتعويض أقل .

وهذه الظروف الشخصية يراعيها القاضي في جانب المضرور . فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسئول حيث يقدر القاضي التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ .

على أن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامة الخطأ في تقدير التعويض وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي . فمادام مقدار التعويض موكولا إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان يسيرا .

٢٦١ - ثانيا - الضرر المتغير ووقت تقديره :

إذا كان الضرر متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم فللقاضي أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض^{٥٥٠} تطور الإصابات من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة مثلا .

كذلك الحال لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره ، فإن القاضي يحسب التعويض مراعى ما كان عليه الكسر من خطر

ثم ما طرأ عليه من تحسن . فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أو خف .

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم والذي تغير هو سعر النقد الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ارفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض .

على انه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده فإنه يرجع بما دفعه فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٢٦٢ - ثالثاً - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية والتأمين منها :

❖ أ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية :
من المتفق عليه أن تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية بعد تحققها جائز ، وهذا التعديل يكون في الغالب بمثابة تصالح بين المدعي (المضرور) والمدعى عليه (المسئول) . والتصالح جائز فيما هو ليس من النظام العام .

على أن الخلاف يثار عند الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية مقدماً وقبل تحققها .

وهنا يجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية جائز ومثله أن يتفق صاحب البناء مع مقول التزم بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم .

وفيما يتعلق بالاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية فإن القانون المدني اليمني يحظر في المادة ٣٥٠ الاتفاق على الاعفاء من

المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائي أو من حيث مدة الدعوى.

أما التشديد من المسؤولية التقصيرية فجالز الاتفاق عليه لأنه لا يخالف النظام العام وهذا ما تقضي به المادة ٣٤٩ مدني .
ومثاله اتفاق الطرفين على أن يكون الخطأ مقترضا في جانب المسئول في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ .

❖ ب - التأمين من المسؤولية التقصيرية :

ويستطيع الشخص أن يؤمن من مسئوليته في مختلف صورها فيما عدا المسؤولية عن الخطأ العمد الذي يصدر منه شخصيا إذ لا يجوز لأحد أن يبرر لنفسه السبيل إلى الغش . إنما يجوز التأمين من المسؤولية عن عمل الغير حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمديا ؛ لأن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسؤولية عن فعله هو بل عن فعلش الغير ؛ فالخطأ الشخصي الذي يؤمن نفسه منه هو خطأ مقترض لا خطأ عمد .

٢٦٣ - رابعا - اجتماع طريقتين للتعويض أمام المضرور (١) :

قد يفتح أمام المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل الطريق الأول أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما قد يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق ، ومثال ذلك أيضا أن يكون المضرور الذي يصيبه من شأنه أن يرتب له حقا في نفقته أو أيرادا في ذمته الغير .

(١) د. السنهوري - مرجع سابق ف ٦٥٩ - ٦٦٠ ص ١١١٥ - ١١٢٠ .

ومثل الطريق الثاني أن يتسبب عامل في مصنع إصابة زميل له في المصنع نفسه فيستحق العامل المضرور قبل رب العمل مبلغا يقدره قانون إصابات العمل جزافا ، ويستحق في الوقت نفسه ذاته تعويضا كاملا من العامل المسئول عن الحادث .

ويختلف الطريق الأول عن الطريق الثاني في أنه في الطريق الأول للتعويض يجمع المضرور بين التعويض الذي يحصل عليه من شركة التأمين المتمثل في مبلغ التأمين وبين التعويض الذي يحصل عليه من المسئول عن الضرر الذي حدث . أما في الطريق الثاني فلا يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويضين . التعويض المقدم من رب العمل والتعويض المقدم من المسئول عن الضرر وهو العامل . فالضرور هنا إذا تقاضى التعويض الجزافي من رب العمل لم يرجع على المسئول إلا بما بقي من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب العمل على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو العامل المتسبب في الضرر .

وهذا الاختلاف بين الطريقين للتعويض يرجع إلى أن مبلغ التأمين ليس مقابلا للتعويض الذي أصاب المؤمن عليه بل هو مقابل الأقساط التي دفعها الشركة . أما المبلغ الجزافي الذي يدفعه رب العمل للعامل عن إصابته والتعويض الذي يدفعه العامل للمسنول فلا مقابل لهما إلا الإصابات بالعمل بسبب خطأ العامل ، لذلك لا يجوز للعامل المضرور أن يجمع بين التعويضين عن ضرر واحد .

الفصل الثالث

المسئولية عن الغير والمسئولية عن الأشياء^(١)

٢٦٤ - تمهيد وتقسيم :

شرحنا - فيما سبق - قواعدها المسئولية التقصيرية بوجه عام في الفصل الأول ، وعرفنا أن الخطأ الذي تقوم عليه هذه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات يثبت المدعي وهو المضرور.

وندرس الآن حالات خاصة في المسئولية التقصيرية يجمعها أنها تقوم على خطأ مفترض كما سنعرف . وقد توخى المشرع في هذه الحالات التيسير على المضرور في الحصول على التعويض عما أصابه من الضرر فأزاح عن عائقه عبء إثبات الخطأ في جانب المسئول .

وقد قسم التقنين المدني اليمني هذه الحالات إلى قسمين بين في القسم الأول أحكام المسئولية عن الغير . وبين في القسم الثاني أحكام المسئولية عن الأشياء الحية منها وغير الحية .

ونتناول فيما يأتي هذين النوعين من المسئولية في بحثين نتناول في البحث الأول المسئولية عن الغير ، ونتناول في البحث الثاني المسئولية عن الأشياء .

(١) د. الشهودي - مرجع سابق ف ٦٢٢ - ٧٣٦ ص ١١٢١ - ١٢٤٣ ،

د. سليمان مرقص - مرجع سابق ف ٢٣٤ - ٣٥١ ص ٧١٣ - ١١٣ ،

د. سير تفاقو ص ٤٧٣ - ٥٠٠ ،

د. رمضان أبو السعود ص ٤٠٢ - ٤٤٤ ،

د. سبط محمد سبط ص ٢٠٨ - ٢٢٠ .

المبحث الأول المسئولية عن الغير

٢٦٥ - تقسيم :

يكون الشخص مسئولاً عن غيره في حالتين . الأولى . حالة من يجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولاً عن الأعمال غير المشروعة الصادرة من هذا الشخص . والثانية - حالة المتبوع حيث يكون مسئولاً عن أعمال تابعه .

ونتناول هاتين الحالتين في مطلبين .

المطلب الأول

مسئولية متولي الرقابة عن هم
في رقيبته^(١)

٢٦٦ - النص من القوانين :

نص المادة ٣١١ مدني يعني أن : ((كل من تولى بنفس أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصر سنه أو حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً في ماله بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ، وإذا لم يكن له مال فيكون القاصر في حاجة إلى رقابة ، إذا لم يتولى رقابته ، ويعتبر القاصر في حاجة إلى رقابة ، إذا لم يدرك سن البلوغ . ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرعاية أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً بأمر غالب ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)).

ويقابل هذا النص المادة ١٧٣ مدني مصري . وهذه المادة أدق وأشمل من النص اليمني كما سنعرف .

(١) د. الشهوري - مرجع سابق ف ٦١٤ - ١٧٤ ص ١١٢٢ - ١١٤٣ ،
د. سليمان مرقص - مرجع سابق ف ٢٣٩ - ٢٧٢ ص ٧٢٨ - ٨١٩ .

٢٦٧ - أولا - شروط تحقق مسئولية متولي الرقابة :

تتحقق هذه المسئولية بتوفر شرطين ، الأول - تولى شخص الرقابة على شخص آخر. والثاني - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

❖ الشرط الأول - أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر :

لا تتحقق مسئولية متولي الرقابة إلا إذا قام عليه التزام بالرقابة. ومصدر هذا الالتزام قد يكون القانون أو الاتفاق .
مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى الأمر اض العقلية يتولى رقابة مرضاه .

وطلة هذا الالتزام حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة لفصر سنه أو لحالته العقلية أو الجسمية .

فالقاصر في حاجه إلى الرقابة بسبب قصير سنه ، والمجنون والمعته وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية كرقابة رئيس الحزب على أعضاء حزبه ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

وتقوم الرقابة في الأصل على القاصر إلى سن الرشد . فإذا بلغها الشخص رشيدا تحرر من الرقابة وأصبح مسئولا بنفسه حتى لو بقي يعيش في كنف ذويه ولا يكون أحد مسئولا عنه ؛ لأنه ببلوغه أصبح في غير حاجة إلى الرقابة .

ويقتصر نص المادة ٣١١ مدني عن معالجة مسائل منها انتقال الولد إلى المدرسة وهو مازال في كف القائم على تربيته ولم يبلغ سن الرشد هل تنتقل الرقابة إلى المدرسة؟ وهل تنتقل أيضا - إن بدأ الولد بتعلم حرفة - إلى معلم الحرفة. وهل تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر من أبيها إلى زوجها ، كل هذه المسائل لم يبين النص حكمها. أما القانون المدني المصيري فقد وضع نص المادة ١٧٣ حلولا لهذه المسائل فنص صراحة بانتقال الرقابة إلى المدرسة أثناء وجود الولد في المدرسة ، وتنتقل أيضا إلى معلم الحرفة والى الزوج . وإذا كان الزوج قاصرا فتنقل الرقابة عليهما إلى من يتولى الرقابة على الزوج القاصر كالأب مثلا .

على أنه إذا بلغ القاصر الخاضع للرقابة سن الرشد غير رشيد كان بلعها مجنونا أو معتوها أو مغفلا أو أصيب بمرض أعجزه وجعله في حاجة إلى الرقابة نظرا لحالته الجسمية كان كف بصره أو صار مقعدا أو أصيب بالشلل تولى الرقابة عليه في هذه الحالة من يتولى الإشراف على شؤنه الخاصة من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير المستشفى أو طبيب أو ممرض ، ويكون هذا مسئولا عنه ما بقي في رقبته .

❖ الشرط الثاني- أن يصدر من الخاضع للرقابة عمل غير

مشروع :

يجب حتى تقوم مسئولية متولي الرقابة ارتكاب الخاضع للرقابة عملا غير مشروع . وعلى المضرور أن يثبت خطأ في جانب الخاضع للرقابة .

فإذا تحققت مسئوليته قامت إلى جانبها مسئولية متولي الرقابة . وإذا كان الخاضع للرقابة غير مميز فانه لا يتصور صدور خطأ منه حيث يصدر من جانبه ركن التعدي فقط ، ولذلك وصفه النص المصيري بالعمل الضار دون أن يصفه

بالعمل غير المشروع ، ولذلك فإن مسؤولية متولي الرقابة في هذه الحالة عن العمل الضار الصادر من غير المميز هي مسؤولية أصلية لا تبعية . أما غير المميز فلا يسأل سوى مسؤولية موضوعة مخففة عند تعذر الرجوع على متولي الرقابة .

٢٦٨ - ثانياً- أساس مسؤولية متولي الرقابة :

تقوم مسؤولية متولي الرقابة على خطأ مفترض هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة حيث يفترض في متولي الرقابة عدم قيامه بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . فإذا ارتكب الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع افترض فيمن يتولى الرقابة عليه أنه قد قصر في رقبته فمكّنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل .

وبلا حطّ أن افترض الخاطئ جانب متولي الرقابة لا يقوم إلا في العلاقة ما بين متولي الرقابة والمضروب .

ثم إن الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة هو افتراض يقبل إثبات العكس، إما بنفي متولي الرقابة الخطأ عن نفسه بإثبات أنه قام بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع الخاضع لرقبته من الإضرار بالغير ، وإما بإثبات السبب الأجنبي الذي قطع العلاقة ما بين خطئه وبين العمل غير المشروع الذي صدر ممن هو تحت رقبته . والسبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية بين خطأ متولي الرقابة وعمل الخاضع للرقابة غير المشروع قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو خطأ المضروب أو خطأ الغير .

٢٦٩ - ثالثاً- قيام مسئولية الخاضع للرقابة الى جانب مسئولية متولي الرقابة :

تقوم مسئولية متولي الرقابة الى جانب مسئولية الخاضع للرقابة الذي صدر منه العمل غير المشروع .
ولذلك فلامضرور الرجوع على من ارتكب الخطأ بالذات ان كان عنده مال فان استوفى منه التعويض فلا رجوع له بعد ذلك على متولي الرقابة .
ويغلب أن يرجع المضرور على متولي الرقابة لأنه غالباً ما يكون مليئاً ، وحينئذ لمتولي الرقابة الرجوع على الخاضع لرقابته بما دفع من التعويض للمضرور .

وان كان الخاضع للرقابة غير مميز فلا رجوع له بشيء لأنه غير مسئول ولا تترتب في ذمته سوى مسئولية مخففة نحو المضرور .

المطلب الثاني

مسئولية المتبوع عن عمل التابع (١)

٢٧٠ - أولاً - النصوص القانونية :

نصنص المادة ٣١٢ مدني يعني ويقابلها نص المادة ١٧٤ مدني مصري على أنه: ((كل قائم بعمل مسئول عن اختيار العامل الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل ومسئول عن الإشراف عليه ورقابته وتوجيهه في تنفيذ هذا العمل ، ويعتبر العامل تابعاً له في ذلك وتقوم رابطة التبعية بين القائم بالعمل والعامل ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه)).

(١) د. السنهوري - مرجع سابق ف ٦٧٥ - ٦٩٥ ص ١١٤٣ - ١١٩١ ،

د. أحمد شوقي عبدالرحمن ص ٢٩٨ - ٣٢٧ ، د. سمير تناوخ ص ٢٨٦ - ٢٨٨

وتنص المادة ٢١٣ مدني على أنه: ((يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمل غير مشروع أمره به ، فإن عمل التابع عملاً غير مشروع أضّر بالغير ولم يأمره المتبوع كانت المسئولية على التابع ، وعلى المتبوع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه)) .

٢٧١ - ثانيا - شروط تحقق مسئولية المتبوع عن عمل التابع :

يلزم لقيام مسئولية المتبوع عن عمل التابع توفر شرطين :
الأول قيام علاقة التبعية بين المتبوع والتابع .
والثاني - ارتكاب التابع خطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها .

❖ الشرط الأول - وجود علاقة التبعية بين المتبوع والتابع :

وتقوم علاقة التبعية متى كانت للمتبوع على التابع سلطة فعليه في مراقبته وتوجيهه .

وعليه فليس ضرورياً أن تكون سلطة المتبوع على تابعه سلطة عتقية تقوم على اختيار المتبوع للتابعه . فقد يوجد عقد ، وغالب وجوده ويكون فني كثير من الحالات عقد عمل . فالعامل والطاهي والمستخدم كل هؤلاء تابعون ، ولكن علاقة التبعية حتى في مثل هذه الحالات لا تقوم على عقد العمل بل تقوم على سلطة فعلية للمتبوع على التابع .

وليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه أو يملك أمر فصله .

ولا يشترط أن تكون السلطة الفعلية قانونية ؛ فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة بأن استمدتها من عقد باطل أو غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً ، ولكنه مآدام له هذه السلطة استعمالها أو لم يستعملها فهذا كاف في قيام علاقة التبعية .

ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة على الرقابة والتوجيه .

بمعنى أن تكون للمتبوع السلطة في أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجه بها في عمله وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر .

ويجب أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع . وهذا ما يميز المتبوع عن متولي الرقابة الذي يكفي قيام مسؤوليته وجود مطلق الرقابة والإشراف على من هو تحت رقبته .

فإذا انتفت سلطة الرقابة والتوجيه لدى المتبوع انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى ، وأعضاء الجمعية لا يعتبرون أيضا تابعين لها .

ولا يلزم أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب المستشفى حتى ولو لم يكن طبيباً يعتبر متبوعاً للأطباء الذين يعملون لحسابه في المستشفى .

❖ الشرط الثاني - أن يكون التابع قد أخطأ في حالة تأديته وظيفته أو بسببها :

وهذا الشرط نص عليه المادة ١٧٣ مدني مصري في فقرتها الأولى ولم ينص عليه القانون المدني اليمني لأن له موقفا مغايراً لموقف القانون المصري في موضوع مسؤولية المتبوع عن عمل التابع كما سنعرف في مكانه .

ومسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع . وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوفر بالنسبة إليه أركان المسؤولية الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية . وعلى المضنور أن يثبت خطأ التابع حتى يمكن الرجوع على المتبوع بالتعويض ، وأن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر .

ويجب أن يقع خطأ التابع حال تأديته وظيفته أو بسببها . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة بل أن تكون قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه . ومن أمثلة الخطأ أثناء تأدية الوظيفة سائق السيارة وهو تابع لصاحبها إذا دهمس شخصاً في الطريق عن خطأ منه ، فيكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يتوّد السيارة أي وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . والخدام وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه فيلقي خطأ في الطريق جسماً صلباً يؤدي أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته فيكون المخدوم مسئولاً عنه .

ومن أمثلة الخطأ بسبب الوظيفة بمعنى أن تكون الوظيفة ضرورية لارتكاب الخطأ ، أن يسرق أحد سعاة البريد رسالة تسلمها بحكم وظيفته تكون مصلحة البريد مسئولة عنه ؛ لأنه ارتكب الخطأ بسبب الوظيفة فلو لا الوظيفة لما أمكن له أن يسرق الرسالة . ومثاله أيضاً أن يتعدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فتكون الشركة التي يتبعها السائق مسئولة عن خطأ هذا السائق .

ومن أمثلة الخطأ المصادر من التابع بمناسبة الوظيفة فلا يكون المتبوع مسئولاً عنه أنه لو أن طاهياً له خصم يريد إيذائه فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ معه السكنية التي يستخدمها في منزل مخدومه وطعمه بهاء لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكنية لغيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ بل اقتصر على أن ييسر له ارتكابه ، وأن تهيئ له الفرصة في ذلك فالخطأ هنا وقع بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لا يكون المتبوع مسئولاً عن عمل الطاهي .

٢٧٢ - ثانياً - أساس مسئولية المتبوع عن عمل التابع (١) :

توجد في تحديد أساس مسئولية المتبوع عن عمل التابع خمسة آراء تتناولها فيما يأتي :

❖ الرأي الأول يذهب إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على الخطأ المفترض في جانب المتبوع .

وهو خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ؛ فهو خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار أو خطأ فيها جميعاً .

❖ الرأي الثاني - ويذهب إلى تأسيس مسؤولية المتبوع على تحمل التبعة . فالمتبوع ينتفع بنشاط تابعه فعليه أن يتحمل تبعه هذا النشاط ، والغرم بالغنم .

❖ الرأي الثالث - ويقدم مسؤولية المتبوع على أساس الضمان . فالمتبوع يكفل التابع فيما يتركبه من خطأ يصيب الغير بالضرر مادام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع ؛ وما دام الخطأ الذي ارتكبه قد وقع أثناء تادية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع هي التي تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضدور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق ، وهذا هو الرأي الراجح (١) .

(١) د. السنهوري - مرجع سابق ف ٦٧٧ ص ١٥٠

(٢) والملاحظة أن القانون المدني اليمني ونظيره المصري لم يبيناً أساس

مسؤولية المتبوع عن عمل التابع كما فعلاً بالنسبة لمسئولية متولي الرقابة

❖ **الرأى الرابع** - وقيمتها على طاساس النيابة . فالتابع قد حل محل المتبوع وأصبح الاثنان شخصا واحدا . فإذا ارتكب التابع خطأ في الحدود المعروفة فكأنهما المتبوع هو الذي ارتكب هذا الخطأ ؛ لأنه يعتبر امتدادا لشخصية المتبوع . فما يقرره التابع يكون المتبوع هو الذي اقترفه .

٢٧٣ - رابعا - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع :

تستند مسئولية المتبوع الى مسئولية التابع استناد التابع الى الأصل .

وينبغي على ذلك أن المضرور يكون بالخير إما أن يرجع على التابع وأما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معا والاثنان متضامان أمامه .

فإذا رجع المضرور على التابع دون المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع فالمتبوع أن يرجع بما دفع للمضرور على تابعه ؛ لأنه مسئول عنه لا مسئول معه .

والغالب أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع لأنه يكون عادة مليا . وفي هذه الحالة للمتبوع أن يدخل التابع ضامنا في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل إن للمتبوع - والدعوى مرفوعة عليه والتابع معا - أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور .

٢٧٤ - خامسا - موقف القانون المدني اليمني من مسئولية المتبوع عن التابع :

لم يحد المشرع اليمني حذر المشرع المصري الذي يقر مسئولية المتبوع عن عمل التابع غير المشروع مادام هذا العمل قد ارتكبه التابع حال تادية وظيفته أو بسببها كما بينا فيما سبق .

فالمشروع اليمني نص في المادة ٣١٣ مدني على أن : ((يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمل غير مشروع أمره به . فإن عمل التابع عملاً غير مشروع وأضر بالغير ولم يأمره المتبوع كانت المسئولية على التابع ، وعلى المتبوع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه)) .

فالنص يفرق بين عمليين غير مشرورين يصدران من التابع أحدهما يكون المتبوع مسئولاً عنه إذا كان قد أمر التابع القيام به . والآخر لا يكون المتبوع مسئولاً عنه إذا كان التابع قد ارتكبه بدون أمر من المتبوع حيث يكون التابع مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع ويقتصر دور المتبوع في هذه الحالة التزاهه بإحضار العامل إلى المحكمة لتعويض المضرور .

وهكذا نجد أن المشروع اليمني قد أفرغ مسئولية المتبوع عن عمل التابع من مضمونها وألغى الغاية المقصودة منها وهي التيسير على المضرور في الحصول على التعويض من المتبوع مباشرة ثم يكون للمتبوع الرجوع على التابع بما دفع للمضرور من تعويض .

على ان مما يلفت النظر هو تفسير المذكرة الإيضاحية للمادة ٣٠٨ من القانون المدني الذي كان سارياً في شمال البلاد قبل الوحدة المباركة والتي تعتبر الأصل التاريخي للمادة ٣١٢ مدني من القانون الحالي الصادر في عام ٢٠٠٢م برقم ١٤ وهذه المادة تطابق نص المادة ٣٠٨ السابقة الذكر حيث تقتضي المذكرة الإيضاحية بما يأتي: ((تناولت هذه المادة (م/٣٠٨) حالة صاحب العمل وأنه مسئول عند اختيار العامل الذي يقوم له بالعمل ومسئول عن الإشراف عليه ورقابته . فلو أنه اختار شخصاً أرعن مهمللاً لا يحسن العمل وأهمل في الإشراف عليه ورقابته فاضر العامل بفعله الغير فإن رب العمل يكون مسئولاً عن فعل العامل لإهماله ، وقد أوضحت المادة أن المسئولية تقوم على أساس رابطة التبعية بين صاحب العمل

والعامل حيث يكون لـلأول على الثاني سلطة فعلية في رقابته
وتوجيهه ويقصر في ذلك)).

وينبغي من تفسير المذكرة الإيضاحية أن المشرع اليميني أراد
من نص المادة ٣١٢ أن يقرر مسئولية المتبوع عن عمل التابع
غير المشروع أمره به أو لم يأمره به مبادم أن المتبوع قد أساء
الاختيار المتمثل في كون التابع أرعن مهملاً لا يحسن العمل
وأهمل المتبوع في الإشراف عليه ورقابته مما أدى إلى إضرار
العامل بفعاله الغير .

ويبدو أن المضرور يتحمل عبء إثبات عناصر سوء الاختيار
وهي كون العامل أرعن مهملاً وكون المتبوع قد أهمل في
الرقابة والإشراف .

ويلاحظ أخيراً أن هذه المسئولية التي نص عليها المشرع
اليميني في المادة ٣١٢ تخضع للتواعد العامة فيما يتعلق
بمسئولية المتبوع عن عمل التابع من وجوب إثبات الخطأ في
جانب المتبوع حتى تقوم مسئوليته عن الضرر الذي يحدثه التابع
بفعاله غير المشروع إذا كان المتبوع قد أمره به وإثبات خطأ
التابع أيضاً حتى تقوم مسئولية المتبوع بإحضار التابع في
الحالة التي يكون فيها المتبوع قد أمر التابع بارتكاب الفعل غير
المشروع .

ولا شك عندي أن هذا الموقف من المشرع اليميني هو موقف
غريب غير مبرر خصوصاً وأنه في نص المادة ٣١٧ من
القانون المدني الماعني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢م كان يقرر مسئولية
المتبوع عن عمل التابع مثله في ذلك مثل النص المصري
المقابل ، ولا ندري ما الحكمة من إلغاء الحكم الذي كانت المادة
٣١٧ تقضى به وإحلال نص آخر يلغي ما ورد في هذه المادة
من حكم ولا يحقق الغاية المبتغاة من مسئولية المتبوع عن عمل
التابع وهو التيسير على المضرور في الحصول على تعويض
عن الضرر الذي أصابه من التابع .

المبحث الثاني المسئولية عن الأشياء^(١)

٢٧٥- تقسيم:

نتناول في يأتي المسؤولية عن الأشياء الحي منها وغير الحي؛ وذلك أن الشخص يسأل عن ما هو في حراسته في حالات ثلاث:

❖ الأولى مسؤولية حارس الحيوان على حيوانه من ضرر

❖ الثانية مسؤولية حارس البناء عما يحدثه انهزام البناء من

ضرر

❖ الثالثة مسؤولية حارس الأشياء غير الحيوان والبناء عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر

وتناول هذه الحالات الثلاث في ثلاثة مطالب:

المطلب الاول

مسئولية حارس الحيوان^(٢)

٢٧٦ - أولاً النصوص القانونية:

تنص المادة ٣١٥ مدني يعني على أن: ((حائز الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر بسبب تقصيره ولو ضل الحيوان منه أو تسرب ماله يثبت أن الحادث بسبب اجتهاد لا يد له فيه))

(١) د. الشهوري - مرجع سابق ف ٧٣٦، ٦٩٦ ص ١٢٤٤،

د. سليمان مرقص ف ٢٨٨-٢٥١ ص ١١٣، ٩٢،
د. رمضان أبو السعود - مرجع سابق ص وما بعدها.

(٢) د. الشهوري - مرجع سابق ف ٧٠٨، ٩٧٧ ص ١٢٠، ٦١٩
د. رمضان أبو السعود مرجع سابق ص ٣٠٤ وما بعدها.

ونص المادة ١٧٦ مدني مصري على أن: ((حارس الحيوان ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب اجنبي لا يد له فيه)).

والنصمان متطابقان فيما عدا لفظة الحارس في النص المصري ويقابلها في النص اليمني لفظة الحائز .

٢٧٧ - ثانياً - شروط تحقق مسئولية حارس الحيوان :

شرطان هما -تولي شخص حارسه (حيازة) حيوان ، وإحداث الحيوان ضرراً للغير .

❖ الشرط الأول - تولي شخص حارسه (حيازة) حيوان :

والمقصود بالحراسة أو الحيازة كما ورد في النص اليمني أن يكون زمام الحيوان بيد الحارس فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقبته ، ويكون هو المتصرف في أمره سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أي سواء أكانت السيطرة شرعية أم غير شرعية مادامت سيطرة فعلية قائمة . ولهذا فالسارق للشيء والمغتصب له يعد حارسا للشيء لأن له السيطرة الفعلية عليه .

وعليه فلا يشترط أن يكون حارس الحيوان هو مالكه ؛ لأن زمام الحيوان قد ينتقل من يده إلى يد غيره فيصبح الغير هو الحارس .

ولا يشترط أن يكون الحارس هو المنتفع بالحيوان أو من يعرف عيونه أو من تكون له الحيازة دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة .

وإذا أفلت زمام الحيوان من يد حارسه بأن ضل أو تسرب كان هذا خطأ في الحراسة يترتب عليه مسؤولية الحارس عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والأصل أنه إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى التابع له كالسائق والخدام لانتقل الحراسة إليه حيث تظل السيطرة الفعلية بيد المالك . ولكن هذا لا يمنع من انتقال السيطرة الحصانة لخيال إلى التابع أحيانا كما لو سلم صاحب الحصان حصانه لخيال يجري به في السباق ، فإن الخيال في هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجري به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس .

أما الحيوان فيقصد به أي نوع من الحيوان ، مستأنسا كان أو متوحشا كبيراً أو صغيراً خطراً أو غير خطير يكون حارسه مسئولاً عنه .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حيواً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فحياة الحيوان المبيت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية من شيء غير حي .

❖ الشرط الثاني - إحداث الحيوان ضرا للغير :

يجب أن يكون الحيوان قد أدى عملا إجائيا كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان قد حدث الضرر دون أن يكون للحيوان دور إجائي ، كما إذا ارتطم شخص بجسم الحيوان فجرح فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان ؛ إذ لم يكن الحيوان في ذلك سوى دور سلبي .

ويجب أن يكون الحيوان قد أحدث بفعله الإيجابي ضررا . وأي ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولا عنه . فإذا دهس حيوان شخصا فجرحه ، وإذا أتلّف الحيوان مالا مملوكا للغير اعتبر ذلك اضراا يكون حارس الحيوان مسئولا عنها.

٢٧٨ - ثالثا - الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان :

تقوم مسئولية حارس الحيوان على خطأ مقترض في جانب الحارس هو الخطأ في الحراسة ، ويتمثل هذا الخطأ في إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر .

ولا يكلف المضرور إلا بإثباتات الشروط التي تحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيثبت أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وأن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، بمعنى أن الحيوان قد تدخل تدخلًا إجائياً في إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء .

والخطأ المقرض الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان هو خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس .

وللحارس أن ينفى عنه المسئولية بنفي علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع .

المطلب الثاني

مسئولية حارس البناء (١)

٢٧٩- أو لا - النصوص القانونية :

تنص المادة ٢١٦ مدني يعني على أن: ((حائز البناء ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر بسببه ولو كان انهداماً جزئياً سالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه ، ويجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب ملكه بالتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر فإذا لم يقدم بذلك جاز له الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ التدابير على حساب المالك))

وتنص المادة ١٧٧ مدني مصري على أنه : ((١- حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً سالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.٢- ويجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بالتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقدم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه)

(۱) د. السنيهوري ف ٧٢٢-٧١٠ ص ١٢٢٠١٢
د. سليمان مرقص ف ٢٠٢٠٩٤ ص ٩٥٧-٩٢٠

٢٨٠ - ثانيا - شروط مسئولية حارس البناء :

تتحقق هذه المسئولية بتوفر شرطين .
الأول - حراسة البناء ، والثاني - أن يكون تهم البناء هو الذي أحدث الضرر .

❖ الشرط الأول - أن يتولى شخص حراسة بناء :

ويقصد بالحراسة هنا السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون الحارس مكافئاً بحفظه وتعهده بالصيانة والاستئثار بأنه ليس قديماً ولا معيلاً . بحيث يثبته الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف في أمره سواء ثبتت هذه السيطرة بحق أو بغير حق . ولذا ، أي سواء أكانت السيطرة شرعية أو غير شرعية . ولا فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ولا المنفع ولا الحائر .

والأصل أن يكون حارس البناء هو مالكه ، ومن ثم توجد قرينة على أن المالك هو الحارس للبناء ، ما لم يثبت المالك أن الحراسة قد انتقلت منه إلى شخص من الغير بحق أو بدون حق .

أما البناء " فيقصد به مجموعة من المواد مهما كان نوعها شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار .

ويستوي أن يكون البناء معداً للسكنى أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . بل قد لا يكون البناء لشيء من ذلك .

فالحائظ المقام بين حدين يعتبر بناء ، والقاطر والخزانات والسدود والجسور وكل ما شيد في باطن الأرض يعتبر بناء كالأنفاق والمصارف والمجاري و أنابيب المياه والغاز .

❖ الشرط الثاني - أن يكون الضرر ناتجا عن تهمد البناء :

وتهمد البناء يعني تفككه وانفصاله عن الأرض التي يتصل بها اتصال قرار . ويستوي أن يكون التهمد كلياً أو جزئياً كما إذا سقط سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة .

وعليه لا يعد تهدمًا سقوط جسيم صلب من نافذة البناء وقع على شخص فأصابه بضرر مادام سقوط هذا الجسم لم يكن نتيجة تهمد في النافذة . كما لا يعد تهدمًا احتراق البناء وامتداد الحريق إلى مبان مجاورة أصيبت بضرر .

- وإذا كان البناء مهددًا بالسقوط فقد أجاز القانون لمن كان مهددًا بضرر بصريه من سقوط البناء أن يطالب ملاكه باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإذا امتنع المالك بذلك جاز للمهدد بالضرر من التهمد الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ التدابير اللازمة على حساب المالك .

٢٨١ - ثالثاً - أساس المسؤولية عن تهمد البناء :

تقوم المسؤولية عن تهمد البناء على أساس خطأ مقترض في جانب الحارس هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه حتى تداعي البناء وتهدم فأصاب الغير بضرر .

فإذا عجز صاحب البناء عن نفي الخطأ في جانبه بقفي الإهمال في الصيانة أو في التجديد أو في الإصلاح اقترض أن التهمم راجع إلى إهمال صاحبه ولا يستطيع أن ينفي مسؤوليته عندئذ إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، كأن يثبت أن زلزالا هو السبب أو عدوا مغيرا هو الذي خرب البناء أو أن المضرور نفسه هو الذي منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح .

على أن الخطأ المقترض لا يقوم عند قيام علاقه عقديه بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلا وتهدم البناء فأصابه بضرر رجع المضرور على المؤجر بمقتضى المسؤولية العقدية ومصدرها عقد الإيجال .

المطلب الثالث

مسئولية حارس الأشياء^(١)

٢٨٢ - أو لا - النصوص القانونية :

تنص المادة ٣١٧ مدني يعني على أنه: ((حائز الشيء الذي يتطلب عناية خاصة أو حراسة كالآلات الميكانيكية يكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر على الغير مسلم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه مع مراعاة ما يرد في ذلك من أحكام خاصة))
- وتنص المادة ١٧٨ مدني مصري على أن: ((كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدث هذه الأشياء من ضرر مسلم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة)) .

- (۱) د. سليمان مرقص - مرجع سابق ف ۳۵۱-۳۲۰ ص ۱۱۱۰-۱۰۰۱
د. السنهوري ف ۷۳۶-۷۲۳ ص ۱۱۴۳-۱۲۲۰
د. سمير تياغو ص ۲۹-۳۰۱

٢٨٣ - ثالثا - شروط مسئولية حارس الاشياء :

تتحقق هذه المسئولية بتوفر شرطين

الأول - أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة الآت ميكانيكية .

والثاني - أن يقع الضرر بفعل الشيء .

❖ الشرط الأول - حراسة شيء تقتضي حراسته
عناية خاصة أو حراسة الآت ميكانيكية :

والحراسة - كما عرفنا في مسئولية حارس الحيوان - هي السيطرة الفعلية على الشيء قصدا واستقلالاً سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والأصل أن تكون حراسة الشيء لمالكه وعليه أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث ، ويظل حارسا حتى لو أفلت الشيء من يده ملام لم يتخل عنه . فإذا تخلى عنه وأصبح سائبة زالت حراسته ، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد .

وإذا كان المالك قد ملك الشيء بعقد بيع فالبايع قبل التسليم هو الحارس ويصبح الحارس هو المشتري بتسليم الشيء إليه ، ولو كان عقد البيع باطلا أو قابلا للإبطال أو موقوفا وتسلم المشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية ؛ لأن العبارة هنا ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنفع والمرتهن
رهن حيازة والحائز بنية التملك ، مادامت السيطرة الفعلية على
الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء .

ومادامت العبرة بالسيطرة الفعلية على الشيء لقيام الحراسة
فإنه إذا خرج الشيء بدون رضا المالك بسرقه أو غصب فإن
الحراسة تكون للسارق والغاصب ، ويكون هذا مسئوليته على
أساس الحراسة ولا تقوم في حق المالك المسئولية في هذه
الحالة لفقدانه السيطرة الفعلية على الشيء حتى لو ثبت في
جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء أو غصبه لانقطاع علاقة
السببية بين إهماله والضرر .

وتنتقل الحراسة إلى المستأجر والمستعير والمودع عنده
وأمين النقل إذا انتقلت اليهم السيطرة الفعلية على الشيء ويغلب
أن يقع ذلك في المنقول .

ولا يعد التابع في العادة حارسا للشيء بل ملاك الشيء هو
الحارس مالم ينقل المالك السيطرة الفعلية إلى تابعه أو يخرج
التابع عن تعليمات مبنوعه واستعمل الشيء لمصلحته
الشخصية أو استولى عليه دون علم صاحبه حيث يعتبر في هذه
الحالة هو الحارس للشيء لا المالك .

وتنتقل الحراسة إلى الميكانيكي إذا سلمت إليه السيارة
لإصلاحها لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية . ولا يبقى
صاحب السيارة حارسا في هذه الحالة مالم يبق السيارة تحت
إشرافه وقت إصلاحها .

ويعتبر شيئا وفقا لنص المادة ١٧٢ مدني الآلات الميكانيكية
إطلاقا دون اشتراط تعطاب عناية خاصة في حراستها كما

يشترط ذلك في غيرهما ؛ لأنها تتحرك بمحرك ذاتي فافترض القانون لذلك أن حركتها تتطلب دائما عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئا بالمعنى المبراد في المادة ٣١٧ مدني المتبالة للمادة ١٧٨ مدني مصري إلا إذا اقتضت حركته عناية خاصة .

❖ الشرط الثاني - وقوع الضرر بفعل الشيء :

يجب أن يحدث الضرر بفعل الشيء ولا يكفي في ذلك تدخله تدخلًا سلبيا . فإذا وقعت عربة في المكان المعتاد الوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة ، أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقلعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب بضرب من ذلك أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك ، فاصطدم بها شخص فجرح كانت هذه كلها أوضاعا سلبية للشيء وبالتالي لا يمكن القول أن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ؛ لأن الشيء لم يتدخل تدخلًا إيجابيا في أحداث الضرر .

على أنه لا يشترط الاتصال المادي للشيء بمن وقع عليه الضرر حتى يكون الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابيا في أحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة فائقة فزح منها أحد المارة فأصيب بضرب دون أن تمسه العربة ، وإذا وقعت عربة وقفا فجائيا وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تقادي الاصطدام بها بأن اعرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ففي هاتين الحالتين يكون الشيء قد تدخل تدخلًا إيجابيا في أحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالا مباشرا .

ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشيء في ظل القانونين المدنيين اليمني والمصري إلا في حالتين ،
الأولى - أن يكون الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلًا إيجابيًا في إحداث الضرر .

والثانية - أن يكون الشيء غير الآلة الميكانيكية ولكن حراسه تتطلب عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة الشيء أو بالنسبة إلى الظروف الملازمة له ، وهو يصبح خطرًا بملازماته إذا كان في وضع يسمح عادة بأن يحدث الضرر إذا تدخل تدخلًا إيجابية في إحداث الضرر . فالشجرة مثلا ليست خطرة مادامت في وضعها الطبيعي فإذا اقتلعها الريح ورمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئًا خطرًا .

٢٨ - ثالثاً - أساس مسؤولية حارس الأشياء :

تقوم هذه المسؤولية على خطا مفترض في جانب الحارس هو الخطا في الحراسة . فإذا الحق الشيء ضرر بالغير ، كان المفروض أن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه وهذا هو الخطا .

وهو خطا مفروض فرضا لا يقبل إثبات العكس ، وبالتالي ليس للحارس أن ينفي الخطا عن نفسه بثبوت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يحدث الشيء الضرر .

واقتراض الخطا لا يقوم في هذه الحالة إلا في العلاقة بين الحارس والمضور . والمضور يستفيد من هذا الاقتراض ولا يضار منه فلا يحتج به عليه .

ولا يقوم الخطا المفترض إذا وجدت علاقة عقدية بين الحارس والمضور . فأمين النقل وهو مسئول بلا عقد عن سلامة الراكب لا يكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية بمقتضى خطا مفترض ، بل هو مسئول بمقتضى العقد مسؤولية عقدية .

ولا يستطيع الحارس أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا نفى علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي حدث . وهو ينفيها إما بثبوت السبب الأجنبي كقوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطا المضور أو خطا الغير م/٣١٧ مدني .

القسم الرابع الفعل النافع أو الأثرء بلا سبب

٢٨٥ - تمهيد وتقسيم :

العمل النافع أو الإثرء بلا سبب مشروع مصدر من مصادر الإلتزام.

وهو واقعة قانونية يترتب عليها أن يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع ، فيلتزم المثرى برد قدر ما أثرى به في حدود مالحق الغير من خسارة.

فمن انتفع بشئ مملوك لغيره دون وجود عقد بينهما يخوله هذا الانتفاع إيجار مثلا أو عارية للزم المثرى (المنتفع) بدفع مقابل لهذا الانتفاع .

وينص القانون المدني المصري في المادة ١٧٩ على القاعدة العامة في اعتبار الإثرء بلا سبب مصدر "١" علما من مصادر الإلتزام، وينص كذلك على تطبيق هذه القاعدة هما دفع غير المستحق والفضالة .

وعليه نتناول موضوع هذا القسم في بابين . نتناول في الباب الأول القاعدة العامة في الإثرء بلا سبب. ونتناول في الباب الثاني دفع غير المستحق والفضالة.

(١) تنص هذه المادة على أن: (كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود مآثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من

خسارة ويبقى هذا الإلتزام قائما " ولو زال الإثرء فيما بعد) .

الباب الأول

القاعدة العامة في الأثرء بلاسبب (١)

٢٨٦ - تقسيم :

ونتناول موضوع هذا الباب في فصلين ، نتناول في الفصل الأول الأساس القانوني لقاعدة الأثرء بلاسبب وشروطها ، ونتناول في الفصل الثاني أثار الأثرء بلاسبب .

الفصل الأول

الأساس القانوني لقاعدة الأثرء

بلاسبب وشروطها

٢٨٧ - أولاً - الأساس القانوني لقاعدة الأثرء بلا سبب :

اختلف الرأي في تحديد الأساس القانوني للالتزام الناشئ عن الإثراء بلا سبب. والرأي الذي استقر عليه الفقه القانوني هو القائل بأن الأساس هو العدل ، فهو الأساس للالتزام الناشئ عن بقاء مصادر الالتزام.

(١) في هذا الموضوع د. السنهوري - مرجع سابق - منشورات الحلبي - بيروت - ص ٨٤ - ص ١٢٣٨ ، د. سمير تائق - مرجع سابق - ص ٣٠ - ٣٢١ د. رمضان أبو السمود - مرجع سابق ص ٤٤٧ - ٤٦٢ د. أحمد شوقي عبد الرحمن - مرجع سابق ص ٤٢٨ - ٤٣٨ د. محمد الشامي ص ٤٠ - ٤١٢ د. بسط محمد سبط - مرجع سابق ص ٢٣١ - ٢٣٦ .

فالعقد يستمد قوته من قرينة مؤداها أن ما اتجهت إليه الإرادة إنما يعبر عن العمل الذي يستحقه صاحب هذه الإرادة . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس في بعض الحالات الخاصة كالإذعان والحوادث الطارئة ، والاستغلال حيث أجاز المشرع للتقاضي أن يعدل العقد حتى يعيد التوازن إليه على أساس العمل.

ويقال كذلك في أساس الالتزام الناشئ عن العمل الضار حيث يقوم على أساس العدل ، لأن العدل يقتضي أن من سبب بخطئه ضرراً للغير يلتزم بتعويض هذا الضرر.

وفي مجال الإثراء بلا سبب ، فإن من أثرى على حساب شخص آخر دون سبب مشروع يلتزم طبقاً للعدل أن يعوض هذا الشخص عما أصابه من افتقار في حدود ما عاد عليه هو من إثراء .

وخلصة القول هي أن العدل أساس القانون ، ومصادر الالتزام المختلفة لاتعدو أن تكون وسائل اصطنعها القانون لتحقيق العدل في معاملات الأفراد . غير أن الوصول إلى العدل - وهو أساس القانون ومهدفه أيضاً - يحتاج إلى ضبط الوسائل المستخدمة لإدراك هذه الغاية ويكون ذلك عن طريق اتفاق فن الصياغة القانونية المتمثلة في نظريات القانون المختلفة . ومن هنا كانت أهمية نظريات القانون وأدواته وقوليه . ونظرية الإثراء بلا سبب ليست سوى واحدة من هذه النظريات الهامة التي يستعين بها القانون لتحقيق العدل .

على أنه توجد محاولات فقهية أخرى لم يحالفها النجاح في تأسيس نظرية الإثراء بلا سبب على أساس العمل غير المشروع أو تحمل التبعة أو الفضالة الناقصة (١)

(١) لتفصيل أكثر يراجع د. السنهوري - مرجع سابق ١٢٦٣-١٢٦٦ .

٢٨٨ - ثانياً- شروط الإثراء بلا سبب :

حتى يتحقق الإثراء بلاسبب كمصدر من مصادر الالتزام يجب أن يُرى شخص وهو الذي يصبح مديناً في الالتزام ، وأن يترتب على هذا الإثراء افتقار شخص آخر وهو الدائن في هذا الالتزام ، وأن يكون ذلك الإثراء بغير سبب .

الشروط الأولى - إثراء المدين :

فإذا قام شخص بعمل معين معتقداً أنه يترتب عليه إثراء آخر ولم يتحقق هذا الإثراء فعلاً فإنه لا يرجع عليه بشئ ولو كان هو قد افتقر من هذا العمل . ومثاله أن يوفى شخص دين آخر ويكون هذا الدين قد انقضى قبل ذلك بأي سبب من الأسباب فإنه لا يكون قد سبب إثراء للمدين بهذا الدين .

والإثراء قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً . وقد يكون مباشراً أو غير مباشر ، وقد يكون مالياً أو معنوياً .

ويكون الإثراء إيجابياً إذا أدى إلى زيادة في ذمة المدين في جانبها الإيجابي ، كان يتلقى مبلغاً من النقود لاحق له فيه مثلاً .

ويكون الإثراء سلبياً إذا أدى إلى الإنقاص من الجانب السلبى لذمة المدين كان يوفي شخص بماله دين غيره .

ويكون الإثراء مباشراً إذا انتقلت القيمة المالية من ذمة المفقر إلى ذمة المثرى بواسطة أي منهما دون تدخل شخص آخر ، وينطبق هذا على الأمثلة السابقة . أما مثال الإثراء غير المباشر أن يُلقى ربان السفينة بعض البضائع المشحونة لإتقان بضائع أخرى حيث يُرى من سلمت بضاعة على حساب من تلقت بضاعه ، ويكون ذلك بفعل شخص ثالث هو الربان .

ويكون الإثراء مادياً - وهو الأصل- إذا تمثل في قيمة مالية كما هو الشأن في الأمثلة السابقة . وقد يكون الإثراء معنوياً . ومثاله المدرس الذي يُعلم التلميذ دون مقابل يؤدي إلى إثرائه إثراء معنوياً بزيادة معلوماته .

الشروط الثاني - افتقار الدائن :

افتقر الدائن شرط في الإثراء بلا سبب . وإذا أثرى شخص دون أن يفقر آخر ، فلا ينشأ أي التزام على المثرى (المدين) ، لأن الالتزام يكون في حدود أقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار وهذا لم يحدث افتقار لأي شخص . فإذا قام مشتري العقار المرمون بدفع الثمن إلى الدائن المرتهن لهذا العقار وترتب على ذلك إثراء المدين الراهن بقدر ما انقضى من دينه قبل الدائن المرتهن ، إلا أن المشتري الذي وفي هذا الدين لا يرجع عليه بما وفاه ، لأنه لم يفقر بهذا الوفاء ، لأنه كان ملزماً بدفع الثمن ، وبدلاً من أن يدفعه البائع (دائنه) دفعه لدائن دائنه وهو المرتهن للعقار.

ومن أمثلة الافتقار أن يدفع شخص ديناً غيره .

الشرط الثالث - انعدام سبب الإثراء:

يشترط لقيام الالتزام الناشئ عن الإثراء هو أن يكون الإثراء بغير سبب مشروع .

ويقصد بالسبب هنا المصدر القانوني للإثراء. فإذا كان هناك مصدر قانوني للإثراء ، فإن الإثراء يكون له سبب ، ولا ينشأ على عاتق المثرى أي التزام نتيجة لهذا الإثراء .

والسبب بهذا المعنى إما أن يكون تصرفاً قانونياً عقداً أو إرادة مفردة ، وإما أن يكون فعلاً نافعاً أو عملاً ضاراً .

فالفعل الضار سبب قانوني يمنع الرجوع بدعوى الإثراء ، فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عما أصابه برد هذا التعويض ، لأنه قد كسبه بسبب هو العمل الضار ، وهكذا ...

الفصل الثاني

آثار الإثراء بلا سبب

٢٨٩ - أولاً - دعوى الإثراء:

إذا توفرت شروط الإثراء بلا سبب التزم المثرى بتعويض المفقتر. والغالب أن يتم ذلك عن طريق الدعوى ، وعلى ذلك نبحت دعوى الإثراء ثم نتناول التعويض .

وفي دعوى الإثراء يتفق الفقه على أن هذه الدعوى لم تعد دعوى احتياطية كما كان الحال في بادئ الأمر كما يتفق أيضاً على عدم اشتراك أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

فدعوى الإثراء لم تعد دعوى احتياطية بمعنى أنه لا يجوز للمدعي وهو المفقر أن يلجأ إليها إلا إذا لم يجد سبيلاً آخر للحصول على التعويض . ومثال ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفع به فهذا يستطيع صاحب المال أن يرجع على الغاصب بدعوى المسئولية التقديرية ، وبالتالي فلا يستطيع الرجوع عليه بدعوى الإثراء .

وقد يكون للمفقر طريق آخر ولكن قبل الغير وليس قبل المثرى، وهنا يرجع المفقر على الغير لا على المثرى ومثاله أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ولكم المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء بل يرجع على المريض بدعوى العقد .

أما في ظل الاتفاق الفقهي الآن على أن دعوى الإثراء لم تعد دعوى احتياطية وإنما هي دعوى ككل الدعاوي متى توافرت شروطها يمكن رفعها لو وجد المدعي طريقاً آخر ،

ولا يوجد ما يمنع المدعي من أن يترك الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية والتفسيرية قبل الغاصب ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض .

هذا هو المتفق عليه فقها وقضاء ، إلا أن المدعي يفضل الدعوى الأخرى على دعوى الإثراء ، لأنها أجدى وأفع من دعوى الإثراء حيث يحصل المدعي على تعويض كامل أما في دعوى الإثراء فلا يحصل إلا على أقل القيمتين من إثراء أو افتقار .

ولا يشترط القانون المدني المصري أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . فالترام المشري يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد . فالعبرة بحصول الإثراء وليس من الضروري بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى (١) .

والمدعي في هذه الدعوى هو المفتقر وهو الدائن الذي يحق له المطالبة بالتعويض أو من يقوم مقامه نائبه كالولي أو الوصي أو القيم أو السنديك وناظر الوقف والوكيل أو خلفه كالوارث والمحال له الحق .
أما المدعي عليه في هذه الدعوى فهو المشري وهو المدين المسئول وحده عن تعريض المفتقر . ويقوم مقامه نائبه .

وتسقط دعوى الإثراء وفقاً لنص المادة ١٨٠ مدني مصري بمرور ثلاث سنين من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض وتسقط في جميع الأحوال باتقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق .

(١) تنص المادة ١٧٩ مدني مصري على أنه: (يلتزم المشري في حدود ما أثرى بتعريض هذا الشخص عما لحقه من خسارة) .

٢٩ - ثانياً - التعويض

التعويض - وفقاً للنص المادة ١٧٩ مدني مصري - هو أقل القيمتين الافتقار والإثراء .

وعليه فلا يجوز أن يزيد التعويض عن خسارة المفقّر حتى لو ثبت أن إثراء المثرى يزيد على مقدار هذه الخسارة وإلا أصبح المفقّر بدوره مثرى على حساب المثرى بدون سبب .

كما لا يجوز أن يزيد التعويض عن إثراء المثرى حتى لو ثبت أن خسارة المفقّر تزيد على هذا الإثراء وإلا لأصبح المثرى بدوره مفقراً لمصلحة المفقّر بدون سبب .

ويقدر الإثراء بحسب محله فإذا كان نقداً فإن قيمة الإثراء هي هذا المبلغ بقدره العددي بغض النظر عن ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة . وإذا كان عبارة عن تحسينات استحدثها المفقّر في مال المثرى كترميمات أو بناء طبقات جديدة في العقار فإن هذه التحسينات تقدر بما زاد من مال المثرى بسببها ولا تقدر بما أنفقه المفقّر في استحداثها .

وإن كان منفعة حصل عليها المثرى كسكنه منزلاً دون عقد وجب تقدير هذه المنفعة بأجرة المثل . وإن كان خدمة أو عملاً كعمل السمسار يقوم بتقريب وجهات النظر بين البائع والمشتري غير أن الصفقة لم تتم على يديه فيقدر قيمة الفائدة التي عادت على المثرى من وراء هذا العمل أو هذه الخدمة . وإن كان سلبياً ومثاله أن يدفع شخص ديناً على غيره فيقدر قيمة مانقصة من دين المشتري أو مانجنبه من خسارة .

ويقدر الافتقار بحسب ما إذا كان نقداً أو غير نقد . فإذا كان نقداً كان قدر الافتقار هو قدر الإثراء لأن المقدار الذي دخل في ذمة المثرى هو بعينه المقدار الذي خرج من ذمة المفقّر . وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفقّر فيقدر الافتقار بقدر

مألفه المفتقر ، ويعطى أقل القيمتين مألفه في استحداث تلك التحسينات وهذا هو مقدار الإثراء . وإذا كان الافتقار منفعة حصل عليها المشرى كان قدر الافتقار هو قدر الإثراء فيكون التعويض هو أجرة هذه المنفعة .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملاً أداه المفتقر للمشرى ، فإن كان المفتقر محترفاً كالمحامي والسمسار قدر الافتقار بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفاً قدر افتقاره بمقدار ما تحمله من نفقا وما فاتله من ربح بسبب الخدمة أو العمل وما بذله من جهد ، ويكون التعويض هو الأقل من قيمتي الافتقار والإثراء .

على أن الرأي مختلف في تحديد وقت الافتقار هل هو وقت تحققه فعلاً أسوة بالإثراء ، لأنه الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام بالتعويض أم إنه وقت صدور الحكم بتعويض المفتقر ، لأن الافتقار يعاقب الضرر في المسؤولية التقصيرية والذي يقدر فيها التعويض وقت صدور الحكم به . (١)

(١) د. رمضان أبو السعود - مرجع سابق ص ٤٦

تطبيقات الإثراء بلا سبب {دفع غير المستحق والفضالة}

٢٩١ - تقسيم:

ونتناول موضوع الباب في فصلين. نتناول في الفصل الأول دفع غير المستحق، ونتناول في الفصل الثاني الفضالة.

الفصل الأول

دفع غير المستحق^(١)

٢٩٢ - تقسيم:

ونتناول دفع غير المستحق في مبحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بدفع غير المستحق وطبيعته وشروطه، ونتناول في المبحث الثاني آثاره.

المبحث الأول

التعريف بدفع غير المستحق وشروطه^(٢)

٢٩٣ - أولاً - التعريف به وطبيعته:

دفع غير المستحق هو الوفاء بدين غير واجب على الموفي دون أن تكون لديه نية الوفاء بدين على غيره عليه التزام في ذمة الموفي له برد ما أخذه دون وجه حق إلى الموفي.

فالمدفوع له يثري على حساب الدافع، ومع ذلك فلهذا الإثراء سبب هو الوفاء.

وهو تصرف قانوني، ومن ثم لا تنطبق قاعدة الإثراء بلا سبب لوجود مصدر قانوني للإثراء. ولكن إذا طعن الدافع في هذا التصرف بأي وجه من الوجوه كالغلط أو النقص الأهلية أو إذا زال سبب هذا التصرف لأي مبرر كتحقق شرط فاسخ،

(١) د. رمضان أبو السعود - مرجع سابق - ص ٤٦٣، د. سمير تنافوف، ٢٢٣، ص ٣٢٢.

(٢) في هذا الموضوع د. مطهر محمد علامة في رسالة القيمة الالتزام برد غير المستحق - دراسة مقارنة في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، من جامعة القاهرة كلية الحقوق، ط ١٩٩٦م مطبعة الإخوة الاشقاء - القاهرة، ص ٧١ وما بعدها، مصطفى الجمال - مرجع سابق، ص ٥١٩ - ٥٢٨، د. أحمد شوقي عبدالرحمن - مرجع سابق، ص ٤٣٩ - ٤٥٣ - د. سعد محمد سعد - مرجع سابق، ص ٢٣٧ - ٢٤٢.

أو فسخ أو إبطال العقد الذي أنشأ الدين، فغ، الوفاء بعد أن كان تصرفاً قانونياً يصبح واقعة مادية لا يصبح سبباً للإثراء.

ومن ثم يكون الإثراء بلا سبب وتطبق قاعدة التعويض عن الإثراء بلا سبب. ويشمل التعويض في استرداد ما دفع بغير حق.

٤٩٢. ثانياً- شروط دفع غير المستحق:

أ-النصوص القانونية:

تنص المادة ٣١٨ مدني على أنه: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ديناً ليس مستحقاً له يلزم رده ولو كان ما دفع بغير حق تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو زال سببه بعد أن تحقق ويستثنى من ذلك الحالات التالية:

١- أن يكون الدافع عالماً بأنه غير ملزم بالدفع إلا أن يكون ناقص الأهلية أو مكرهاً على الدفع. ٢- أن يكون الدافع قد حرم المدفوع له من سند قبل المدين الأصلي أو حرمة من ضماناته. ٣- أن تكون المدة التي يترتب عليه عدم سماع دعوى المدفوع له على مدينة الأصلي قد مضت. ٤- إذا كان الدين الذي دفع لم يحل أجله ولو كان الموفي جاهلاً بقاء الأجل".

ويتقابل نص هذه المادة ١٨١ مدني مصري وتطابقها. ويتبين من نص هذه المادة أن دفع غير المستحق يأتي من وفاء لم تكتمل شروط صحته إذ أن الوفاء - وهو تصرف قانوني - يستلزم اجتماع شروطه أي الرضا والمحل والسبب فإذا اختلف شرط منها بطل الوفاء.

ب- ويشترط لدفع غير المستحق أن يحصل وفاء وأن يكون هذا الوفاء معيباً لخلل في أحد شروطه.

الشرط الأول:- أن يوجد وفاء:

ولم يحدد نص المادة ٣١٨ مدني صورة معينة من صور الوفاء، ولذا فقد يكون الوفاء مباشراً، وقد يكون عملاً يعادل الوفاء، كالوفاء بمقابل، أو التجديد أو

الإلزامية، أو المقاصدة، وقد يكون إقراراً جديداً بالدين، أو ترتيباً للتأمين خاص يضمن الوفاء بالدين، أو غير ذلك من أعمال الوفاء.

الشرط الثاني - أن يكون الوفاء معيباً:

فالوفاء تصرف قانوني، ولذا فقد يبطل باختلال مكن من أركانه أو بشرط من الشروط ومنها شرط السبب وهو ما يهمنا هنا.

وسبب الوفاء هو قضاء دين في ذمة الموفي، فإذا لم يوجد هذا الدين أو وجد، ولكن انقضى قبل الوفاء فإن هذا يعني أن الوفاء قد تم بغير سبب فيكون باطلاً. فالمادة ٣١٨ مدني تنص على أن: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ديناً ليس مستحقاً له يلزم رده ولو كان ما دفع بغير حق تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو زال سببه بعد أن تحقق...".

فهذه المادة تشير إلى حالتين يتخلف فيها سبب الوفاء وهما الوفاء بالتزام لم يتحقق سببه منذ البداية، والوفاء بالتزام زال سببه بعد أن تحقق. أما لو كان الموفي يعلم بأنه يوفي بدين غير مستحق كما لو كان ديناً طبيعياً ما وفاه. وقد يدفع الموفي ديناً عن غيره فضالة أو تبرعاً فيمتنع عليه الرجوع على الموفي له بدعوى غير المستحق بل يمكن أن يرجع على المدين إذا دفع الدين عنه فضالة.

ومع ذللك فحتى لو تمكن له من إثبات علم الموفي بأن الدين الذي يوفيه يفر مستحق، فإنه يلزم برد ما استوفاه إذا طالب الموفي بإبطال الوفاء بناء على أحد أمرين الأول - إذا كان الموفي ناقص أهلية وقت الوفاء فيمكن للقاصر أن يطالب بإبطال الوفاء لنقص أهليته ويسترد ما دفعه حتى لو كان يعلم بأنه يوفي بغير المستحق. والثاني إذا كان الموفي قد أكره على الوفاء. كمن يضطر إلى الوفاء مرة ثانية خوفاً من التنفيذ على ماله لفقده سند المخالصة، ثم يعثر على المخالصة فحتى مع علم الموفي بأنه يدفع غير المستحق، فإن اكراهه على الوفاء لا يسوغ معه تفسير نية الموفي بأنها انصرفت إلى الوفاء بناء على سبب جديد يرفع من الرد.

المبحث الثاني أحكام دفع غير المستحق^(١)

٢٩٥ - أولاً - مقدار ما يجب على الموفي له رده للموفي:

يجب هنا التمييز بين الموفي له حسن النية والموفي له سيء النية.

أ- الموفي له حسن النية:

ويكون الموفي له حسن النية إذا كان يعتقد أنه يتلقى من الموفي ما هو مستحق له. وحسن النية مفترض، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه.

وقد يكون الموفي له حسن النية وقت الدفع ثم يثبت الموفي أن الموفي له أصبح سيء النية في وقت لاحق، بأن علم أن ما تلقاه ليس مستحقاً له.

ومن وقت علم الموفي له بعدم استحقاقه لما أخذه فإن التزامه يخضع لقواعد الرد الخاصة بالموفي سيء النية. أما عن الفترة السابقة فيعامل معاملة حسن النية ونطبق في حقه قواعد الموفي له حسن النية.

وقد قضت المادة ٣٢١ مدني بأن الموفي له حسن النية يلتزم برد الفوائد الأصلية^(٢) دون الفوائد الفرعية.

وفي القانون المدني المصري يفرق بين ما يستلمه الموفي له إن كان نقوداً أو أشياء مثلية أو كان شيئاً مثلياً.

فإن كان من النقود أو الأشياء المثلية وكان حسن النية فيجب على الموفي له بمقدارها العديدي دون النظر إلى تغير سعر النقد.

وإن كان شيئاً مثلياً وجب عليه أن يرد القدر نفسه الذي تسلمه من الموفي. أما الثمرات والفوائد فإنه يمتلكها بالقبض لحسن نيته.

أما إذا كان شيئاً قيمياً فتعود ملكيته للموفي وبأثر رجعي.

(١) السنيهوري - مرجع سابق - ف ٨٣١ - ٨٥٥ ص ٨٥٦ - ١٣٥٦ - ١٣٨٤ ، د. أحمد شوقي

عبد الرحمن، ص ٣٢٥ - ٣٣٢.

(٢) المقصود بالفوائد الأصلية ما تولد عن الشيء نفسه كالرود والصوف أما الفوائد الفرعية فهي ما ينتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه.

ويكون للموفي باعتباره مالكا دعوى عينية باستحقاق الموفي به، ودعوى شخصية باسترداد غير المستحق.

وبالنسبة للمصرفوفات التي يكون الموفي له حسن النية قد أنفقها على الشيء فتطبق بشأنها القواعد الخاصة بالحيازة حيث يجب على المالك أن يؤدي إلى الحائز ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

أما المصروفات النافعة فيخير الموفي بين أن يدفع ما أنفقه الموفي له من المصروفات أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الشيء بسبب هذه المصروفات.

ولا يلتزم الموفي له حسن النية برد قيمة الشيء عند هلاكه أو تلفه أو ضياعه ما دام أن ذلك لا يرجع إلى خطأ منه. ويقع على الموفي عبء إثبات خطأ الموفي له ويقتصر الموفي له على رد قيمة ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع، كما لو انتفع بالقباض منزل في بناء منزل آخر.

وإذا تصرف الموفي له في الشيء الموفي به إلى آخر فيجب التمييز بين علاقة الموفي والموفي له من ناحية، وعلاقة الموفي والمتصرف إليه من ناحية أخرى. ففي العلاقة بين الموفي والموفي له يجوز للموفي أن يرجع 'على الموفي له بمقدار ما أخذه من عوض إذا كان التصرف معلومة، ولا يرجع بشيء إذا كان التصرف تبرعا.

أما في العلاقة بين الموفي والمتصرف إليه، فالأصل أن التصرف الذي انتقلت بمقتضاه العين إلى المتصرف إليه هو تصرف صالر من غير مالك سواء كان التصرف معلومة أو تبرعا، فلا ينفذ في حق المالك (أي الموفي)، وله أي سترد الشيء باعتباره مالكا بدعوى عينية هي دعوى الاستحقاق.

ب- الموفي له شيء النية:

أما إذا كان الموفي له سبيء النية فإنه يلتزم برد ما تسلم مع الفوائد والأرباح التي جناها من يوم المطالبة بالرد (م/ ٣٢٠ مدني). فالموفي له سبيء النية يلتزم وفقاً لنص المادة ٣٢٠ مدني برد ما استوفاه مع ثماره وفوائده من يوم المطالبة بالرد.

فإذا كان ما تسلمه نقوداً أو أشياء مثلية وجب عليه أن يرد المبلغ الذي تسلمه من الموفي، وإن كان أشياء مثلية التزم برد مقداره الذي تسلمه. وإن كان شيئاً قيمياً التزم برده ما دام موجوداً ويسأل عن هلاكه ولو كان سبب الهلاك أجنبياً إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان بيد مالكه.

٢٩٦- ثانياً : عدم سماح دعوى رد غير المستحق:

لا تسمع هذه الدعوى بمضي عشر سنين من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في استرداد ما دفع من عدم المانع م/ ٣٢٢ مدني يعني.

وقد كان القانون المدني الملغي يحدد هذه المدة بثلاث سنين. فالمادة ٣٢٢ مدني جديد تنص على أنه: "لا تسمع الدعوى باسترداد ما دفع بغير حق بعد انقضاء عشر سنين من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحق في استرداد ما دفع مع عدم المانع".

وتسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق في ظل القانون المدني المصري بانقضاء ثلاث سنين من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحق في الاسترداد. وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق م/ ١٨٧ مدني.

غير أن القانون المدني المصري استترك من هذا الحكم حالة ما إذا كان الموفي له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأمينااته أو ترك الدعوى تسقط بالتقادم. وهذه الحالة تتحقق إذا كان الموفي شخصاً آخر غير من سند الدين بإعدامه أو عدم المحافظة عليه فيضيع أو يتجرد من التأمينات التي تكفل الدين كان يتنازل عن الرهن أو لا يقوم بتجديد قيده أو يبرئ ذمة الكفيل أو يترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ففي مثل هذه الأحوال وعلى الرغم من أن الوفاء لم يتحقق

سببه فإنه لا ينسب إلى الدائن أي تقصير وإنما ينسب إلى الموفي، وبالتالي فلا يكون لهذا الأخير سوى الرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب بناء على المخالصة التي حصص لعلها من الدائن عندما وفاه الدين. وهذه المخالصة يجب أن يكون لها تاريخ ثابت درءاً للتحليل^(١).

الفصل الثاني الفضالة (٢)

٢٩٧- تقسيم:

ونتناول موضوع الفصل في مبحثين. نتناول في المبحث الأول التعريف بالفضالة وشروطها. وفي المبحث الثاني نتناول أحكام الفضالة.

المبحث الأول التعريف بالفضالة وشروطها

٢٩٨- أو لا تعريف الفضالة:

الفضالة هي أن يقوم شخص عن قصد القيام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك. كأن يقوم شخص بإقامة جدار يرسك أن يسقط في منزل جاره الغائب، أو يباشر بإسعاف ابن هذا الجار من إصابة مفاجئة. ويسمى من قام بشأن ضروري لحساب الغير متفضلاً وقد سماه القانون الفضولي، أما الغير الذي تم التدخل لمصلحته فيسمى رب العمل وقد عرف القانون المدني اليميني الفضالة في المادة ٣٢٢ بقولها: "الفضالة هي أن يقوم شخص عن قصد بشأن، لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً له أو ملزماً".
والنص لم يذكر طبيعة الذي قام به الفضولي لصالح الغير مع أن الفقه يتفق على شرط أن يكون هذا العمل مستعجلاً أو ضرورياً^(٢).

(١) د. رمضان أبو السعود - مرجع سابق - ص ٤٧٥، ولا نظير لهذا الحكم الخاص في القانون المدني اليمني، وكان الأولى النص عليه صراحة.

(٢) د. أحمد شوقي عبدالرحمن، ص ٣٢٥ - ٣٤٦، د. سعد محمد سعد، ص ٤٧٤ - ٢٤٧.

٢٩٩ - ثانياً: شروط الفضالة:

يتضح من خلال نص المادة ٣٢٣ الشروط المطلوبة في الفضالة وهي:

- ١- أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لرب العمل.
- ٢- أن يقصد الفضولي مصلحة رب العمل.
- ٣- ألا يكون الفضولي ملزماً بالقيام بهذا الشأن العاجل ولا منهياً عنه.

الشروط الأولى: قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل:

قد يقوم الفضولي بالبرام تصرف. وهذا التصرف قد ينطوي على نيابة إذا أبرمه الفضولي باسم رب العمل، فتتصرف آثاره مباشرة إلى ذمة رب العمل بمقتضى القانون وليس بناءً على الاتفاق وقد لا يتضمن التصرف القانوني أية نيابة إذا أبرمه الفضولي باسمه الشخصي.

وقد يكون الفضولي في الأصل وكيلًا، فيبرم تصرفاً قانونياً متجاوزاً حدود وكتلته، وقد لا يكون وكيلًا وبيشتر تصرف قانونياً لمصلحة رب العمل كالتعاقد مع مقول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط.

وقد يقوم الفضولي بعمل مادي كإطفاء حريق شب في منزل جاره وفي الحالين أي في حالة قيام الفضولي بتصرف قانوني أو قيامه بعمل مادي فيجب أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً لمصالح رب العمل.

وعليه لا يعتبر من قبيل الفضالة تعاقد شخص على صفقة رابحة لمصلحة شخص آخر أو بالقائمة بناء على أرض مملوكة لآخر لحسن استغلال هذه الأرض؛ ففي الأمثلة السابقة يكون تدخل الفضولي مفيداً لرب العمل لكن ليس ضرورياً، وبالتالي لا يعتبر عملاً من أعمال الفضالة، بل إن تدخله قد يكون خطاً يستوجب مسئوليته التقديرية.

ولذلك فإن عدم اشتراط النص الوارد في القانون المدني اليمني على صفة الاستعجال فيما قام به الفضولي لمصلحة رب العمل يؤدي إلى الخطأ بين أحكام الفضالة وأحكام تصرف الفضولي حيث يكون التصرف في الحالين موقوفاً على إجازة رب العمل وبهذا لا تتحقق الغاية المرجوة من الفضالة وهو نفاذ التصرف في مواجهة رب العمل، وبالتالي فإن في تطبيق القواعد العامة ما يعني ملام الأمر بترقف على الإجازة من قبل رب العمل.

فيجب إذن أن يكون تدخل الفضولي ضرورياً سواء كان العمل الذي قام به الفضولي تصرفاً قانونياً أم عملاً مادياً.

والعمل الضروري هو العمل الذي كمان رب العمل يرضه لو عرض عليه، كقبول هبة عن رب العمل مثلاً، أو التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط أو التعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض أفقده وعيه.

الشرط الثاني: قصد الفضولي تحقيق مصلحة لرب العمل:

ما يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب هو توافر النية لدى الفضولي عند تدخله في تحقيق مصلحة رب العمل وهو ما يجعل منه متفضلاً وجديراً بما فضله القانون من أحكام يتميز بها عن وضع الدائن المثري في قواعد الإثراء بلا سبب.

والمهم أن تتصرف نية الفضولي إلى تحقيق مصلحة الغير حتى تنطبق أحكام الفضالة، فإذا انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحته هو فلا يعتبر متفضلاً حتى لو تحققت مصلحة للغير من وراء ما قام به من عمل لمصلحة نفسه.

ولكن إذا انصرفت هنية الفضولي إلى تحقيق مصلحة الغير وتحققت نتيجة عمله مصلحة لصالحه بجوار المصلحة التي تحققت من عمله لصالح رب العمل فلا يمنع هذا من وجود الفضالة.

وتحقق الفضالة كذلك حتى لو قصد من عمله تحقيق مصلحة الغير تحقيق مصلحة لنفسه أيضاً. فالشرىك على الشيوع يعتبر فضولياً عند قيامه بتأجير العين الشائعة

وذلك بالنسبة لنصيب شريكه على الشبوع. فهو ي قصد مصلحة نفسه في استغلال نصيبه وهو في الوقت نفسه يدخل في اعتباره وقصده مصلحة شريكه على الشبوع في استغلال نصيبه الشائع.

الشرط الثالث: أن يقوم الفضولي بالعمل دون أن يكون ملزماً به ولا منهياً عنه: وهذا الشرط هو الذي يجعل من الفضولي متفضلاً في أداء العمل الذي قام به لمصلحة رب العمل.

أما إذا كان هناك التزام على الشخص بعمل معين، فإن قيامه بهذا العمل لا يعد تفضيلاً إنما يعد تنفيذاً لالتزامه ولا يعد بالتالي فضولياً. ومثاله الوكيل في قيامه بتصرف قانوني في حدود سلطته والمقاول الذي يقوم بإنشاء بناء بمقتضى عقد المقاوله والحارس القضائي لا يعتبر فضولياً لأنه يقوم بالحراسة بناء على أمر من القاضي المختص، والولي والوصي لا يعتبر كل منهما فضولياً في القيام بالمهام التي حددها له القانون لأنه يقوم بهذه المهام بموجب القانون.

والغالب أن يقوم الفضولي بالعمل دون علم رب العمل. أما إذا علم رب العمل فإن تحقيق الفضالة يتوقف على موقف رب العمل، فإذا سكنت فإن سكوته يجعل الشخص الذي قام بالعمل لمصلحته فضولياً. أما إذا نهاه رب العمل عن التدخل فيجب على الفضولي الامتناع عن التدخل، فإذا استمر على تدخله اعتبر ذلك منه خطأ يرتب مسؤوليته إذا تسبب في الحاق ضرر برب العمل. أما إذا ترتب على تدخله نفع لمصالح رب العمل فلا يرجع عليه بدعوى الفضالة وإما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب.

المبحث الثاني أحكام الفضالة

إذا توفرت شروط الفضالة ترتب عليها التزامات في ذمة الفضولي والتزامات في ذمة رب العمل.

300-أولاً: التزامات الفضولي:

١- المضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

وهذا الالتزام نص عليه القانون المدني المصري صراحة في المادة ١٩١ مدني ولم يرد نص مماثل له في القانون المدني اليمني.

ومع ذلك إذا كان مضي الفضولي في العمل يعرضه لخطر جسيم لا يعد خطأ بناء على معيار مسلك الرجل العادي في مثل ظروف الفضولي.

٢- إخطار الفضولي رب العمل متى استطاع ذلك؟

وهذا الالتزام نص عليه القانون المدني المصري في المادة ١٩١ ولا نظير في القانون المدني اليمني.

وفقاً للنص المصري على الفضولي أن يبادر إلى إخطار رب العمل في أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف.

وهذا أمر تحتمه طبيعة الأشياء إذ أن رب العمل هو أولى من غيره بمباشرة مشغون نفسه فليزم إخطاره بتدخل الفضولي حتى يستطيع أن يباشر مشغونه ويمنع الفضولي إذا رأى ذلك مناسباً عن الاستمرار في العمل.

301- تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة:

وهذا الالتزام نص عليه القانون المدني اليمني في المادة ٣٢٦ حيث تقضي بأنه:
"يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة
وتقديم حساب عما قام به".
ويقابل هذه المادة نص المادة ١٩٣ مدني مصري.

301-حكم تعدد الفضوليين ونائب الفضولي:

تنص المادة ٣٢٥ على أنه: "إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا
متضامنين في المسؤولية". ولا يوجد نص يبين حكم نائب الفضولي.

وتضامن الفضوليين عند تعددهم في القانون المدني اليمني يتفق مع نظيره
المصري الذي نص على تضامن الفضوليين في المادة ١٩٢.

ويلاحظ أن هذا التضامن لا يتحقق إلا إذا تعدد الفضوليون في عمل واحد، أما إذا
تولى كل فضولي عملاً مستقلاً عن الآخر فلا يقوم التضامن.

وإذا أناب الفضولي شخصاً آخر في القيام بأعمال الفضالة كلها أو بعضها فيكون
النائب بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل الذي عهد به إليه تصرفاً قانونياً، ومثابة
المقاول من الباطن إذا كان العمل مادياً، ويكون نائب الفضولي مسئولاً قبل
الفضولي.

302-أثر موت الفضولي أو موت رب العمل على التزامات الفضولي:

تنص المادة ٣٣٧ مدني على أنه: "إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به
ورثة الوكيل. وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان
ملتزماً به نحو مورثهم".

فإذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيله وقد بينت المادة ٩٣٥ الواردة في الوكالة ما يلتزم به ورثة الوكيل إذا مات حيث تقضي بانه: "يلزم الوكيل في حالة انتهاء الوكالة أن بالأعمال الموكلة فيها التي بدأها إلى حالة لا تتعرض فيها للتلف، ويلزم ذلك ورثته دون الأهلية إذا كان على علم بالوكالة، كما يلزمهم إعلان الموكل بموت الوكيل".

أما إذا مات رب العمل فإن هذا لا يؤدي إلى انقضاء الفضالة فبقى التزامات الفضولي قبل الورثة كما كانت قبل رب العمل، وهذا الحكم يختلف عن الوكالة حيث تقتضي بموت الموكل؛ لأن الوكالة تقوم على اعتبارات شخصية تستوجب انقضاءها بموت أحد طرفيها.

303- ثانياً. التزامات رب العمل:

١- تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل:

تنص المادة ١٩٥ مدني مصري على هذا الالتزام ولا نظير لها في القانون المدني اليمني ولكن يمكن فهم هذا الحكم مما تنص عليه المواد التي تمنح للفضولي حق الرجوع على رب العمل بما أنفق وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٢٨ و ٣٢٩.

فالمادة ٣٢٨ تنص على أنه: "للفضولي حق استرداد ما أنفق إذا كان قد قام بشأن غيره أثناء قيامه بشأن نفسه وكان بين الشائين ارتباط لا يمكن معه القيام بأحد هما منفصلاً عن الآخر".

كما تنص المادة ٣٢٩ على أنه: "للفضولي حق ما أنفق إذا كان قد قام بشأن ضروري و عاجل يترتب عليه منع ضرر محقق بالنفس أو المال لم يكن في إمكان صاحب الشأن القيام به بنفسه ولا في إمكان الفضولي استئذائه في القيام به". وتنص المادة ٣٣٠ على أنه: "إذا أجاز من له العمل ما قام به الفضولي أو نص القانون على حق في استرداد ما أنفقه انقبت الفضالة وكالة تسري عليها أحكام الوكالة".

وكل هذا يقتضي أن ينفذ رب العمل التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عن رب العمل.

فإذا أدرم الفضولي تصرفاً في شأن عاجل لرب العمل فإن القانون يعتبره نائباً وبالتالي فإن الآثار القانونية المترتبة على هذا التصرف تنصرف إلى ذمة رب العمل مباشرة باعتباره الأصيل، فيكون دائناً ومديناً بالاتزامات التي ترتبت على التصرف القانوني.

٢- تعويض الفضولي عن الاتزامات التي عقدها باسمه:

ميز القانون المدني اليمني بين نوعين من الأعمال التي يقوم بها الفضولي لصالح رب العمل، الأعمال والتصرفات التي يقوم بها دون أن تتصف بالضرورة أو الاستعجال، والأعمال والتصرفات الضرورية والمستعجلة. وهو يقوم بهذين النوعين من الأعمال باسمه شخصياً.

ففي النوع الأول وهو الأعمال العادية اعتبر القانون الفضولي عند القيام بها متبرعاً ولا يستطيع الرجوع على رب العمل إلا إذا أجاز ما قام به الفضولي أو ينص القانون على حقه في الرجوع.

وفي النوع الثاني منح القانون الفضولي الحق في استرداد ما أفق وهذا ما تنص عليه المادتان ٣٢٨ و ٣٢٩ مدني يمني.

٣- رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

يلتزم رب العمل بأن يرد للفضولي النفقات الضرورية كنفقات ترميم منزله، وكذلك النفقات النافعة، وهذه النفقات يلتزم بها رب العمل إذا توفرت في العمل الذي قام به في حالة الاستعجال، وإلا فهو متبرع، كما تنص المادة ٣٢٤ ما لم يجيز رب العمل ما قام به الفضولي.

304-تقديم دعوى الفضالة:

لا تسمع الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنين من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بجهه مع عدم المانع، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٣١ مدني وتقابل نص المدة ١٩٧ مدني مصري وتطابقها فيما عدا أن النص المصري يحدد أن الدعوى تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق، ولا نظير لهذا الحكم في القانون المدني اليمني.

القسم الخامس القانون

ما سبق دراسته من مصادر الالتزام يكون القانون فيها مصدراً غير مباشر للالتزام. أما المصدر المباشر فهو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل النافع أو العمل الضار. وتتميز هذه المصادر بأنه يندرج تحت كل منها حالات غير محددة من الالتزامات التي يمكن أن تنشأ عنها وينشأ الالتزام مباشرة من هذه المصادر الخمسة، ويقتصر القانون على الاعتراف لهذه المصادر بالقدرة على إنشاء الالتزام.

على أن الالتزام قد ينشأ مباشرة من القانون فنكون بصدد التزام قانوني يكون القانون هو مصدره المباشر، وفي هذه الحالة ينشأ الالتزام دون عمل إيجابي أو سلبي صادر من الشخص الذي ترتب الالتزام في ذمته. ففي الالتزام بالنفقة مثلاً وهو التزام قانوني ينشأ الالتزام بين المدين والدائن بمجرد وجود واقعة القرابة بينهما.

والالتزام القانوني ينشأ بنص صريح في القانون، بصدد واقعة معينة لا تندرج تحت أحد المصادر العامة للالتزام، فواقعة القرابة مثلاً التي يعتد بها القانون في إنشاء الالتزام بالنفقة لا تعد عقداً أو فعلاً غير مشروع أو فعلاً نافعاً، فهذه الواقعة هي مجرد شرط ينبغي توفره لقيام الالتزام الذي أنشأه القانون مباشرة في ذمة الشخص.

وتخضع الالتزامات القانونية للأحكام التي حدتها النصوص القانونية التي أنشأتها، كما يطبق عليها فيما لا يتعارض مع تلك النصوص القواعد العامة في الالتزامات وخاصة في الالتزامات غير الإدارية لأن التزام القانوني يقوم على واقعة قانونية.

وقد نصت المادة ٣٣٢ مدني يعني على اعتبار القانون مصدرًا مباشرًا من مصادر الالتزام بقولها: "الأحكام الشرعية والقانونية المستمدة منها هي المصدر المباشر للحق إذا كان هذا الحق قد تولاك عن نص شرعي لا يندرج تحت مصدر من المصادر الأربعة المنصوص عليها في الأبواب الأربعة السابقة وذلك كالمراث والشفعة وحقوق الجوار وغيرها وتسري عليها أحكام النصوص المنظمة لها في القانون الشرعي".

ويقبل نص هذه المادة في القانون المدني المصري المادة ١٩٨ حيث تنص في صياغة موزعة على أن: "الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليه النصوص القانونية التي أنشأتها".

بسم بجمه الله

الفهرست

ف	الموضوع		
١٨-١	مقدمة في مدلول الالتزام ومصادره		
١٩	خطه الدراسة في مصادر الالتزام .		
	القسم الأول		
١٩٦-٢٠	نظرية العقد		
٢٩-٢١	-مقدمة في التعريف بالعقد وأنواعه . الباب الاول أركان العقد وشروطه		
٧٩-٣١	الفصل الأول : التراضي .		
٥٢-٣٢	المبحث الأول : وجود التراضي .		
٣٨-٣٣	المطلب الأول : التعبير عن الإرادة .		
٥٢-٣٩	المطلب الثاني : توافق الإرادتين .		
٦٣-٥٣	المبحث الثاني : سلامة الرضا من العيوب		
٥٧-٥٤	المطلب الأول : الغلط		
٥٨،٥٩	المطلب الثاني : التدليس		
٦٣-٦٠	المطلب الثالث : الغبن .		
٧٩-٦٤	المبحث الثالث : صور خاصة للتراضي .		
٦٦، ٦٥	المطلب الأول : عقد المزار		
٧٢-٦٧	المطلب الثاني : عقد الإذعان .		

٧٤، ٧٣	المطلب الثالث : التعاقّد بالعرف بون		
٧٩-٧٥	المطلب الرابع : الوعد بالتعاقّد .		
٩٠-٨٠	الفصل الثاني : العاقدان		
٨٣-٨١	المبحث الأول : التعاقّد بطريق النيابة .		
٨٣، ٨٢	المطلب الأول : التعريف بالنيابة وشروطها .		
	المطلب الثاني : آثار النيابة .		
	المطلب الثالث : تعاقّد النائب مع نفسه .		
٩٠-٨٤	المبحث الثاني : أهلية التعاقّد .		
٨٦، ٨٥	المطلب الأول : أهلية التعاقّد		
٩٠-٨٧	المطلب الثاني : عوارض الأهلية .		
٩٧-٩١	الفصل الثالث : محل التعاقّد		
١٠٢-٩٢	المبحث الأول : محل العقد .		
١٠٢-٩٨	المبحث الثاني : السبب .		
١٢١-١٠٣	الفصل الرابع : البطلان		
١١٦-١٠٤	المبحث الأول : التعريف بالبطلان وتقريره .		
١٠٩-١٠٥	المطلب الأول : تعريف البطلان وأنواعه وحالاته .		
١١٦-١٠	المطلب الثاني : تقرير البطلان .		
١٢١-١١٧	المبحث الثاني : آثار البطلان .		
١١٩-١١٨	المطلب الأول : آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين .		
١٦٨-١٢٢	الباب الثاني		
	آثار العقد		
١٤٨-١٢٣	الفصل الأول : القوة الملزمة للعقد .		

١٣١-١٢٤	المبحث الأول : تعيين مضمون الرابطة العقدية .		
١٢٩-١٢٥	المطلب الأول : تفسير العقد .		
	المطلب الثاني : تكيف العقد		
١٣١، ١٣٠	المطلب الثالث : تحديد مضمون العقد .		
١٣٦-١٣٢	المبحث الثاني : لزوم العقد .		
١٣٢ مكر	المطلب الأول : تنفيذ العقد .		
١٣٦-١٣٣	المطلب الثاني : عدم جواز المساس بالعقد .		
١٤٨-١٣٧	المبحث الثالث : المسؤولية العقدية .		
١٤٠-١٣٨	المطلب الأول : الخطأ		
١٤٣-١٤١	المطلب الثاني : الضرر .		
١٤٤، ١٤٥	المطلب الثالث : علاقة السببية .		
١٤٨-١٤٦	المطلب الرابع : الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية .		
١٦٨-١٤٩	الفصل الثاني : نسبية أثر العقد .		
١٥٧-١٥٠	المبحث الأول : أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف والذاتيين .		
١٥٤-١٥١	المطلب الأول : أثر العقد بالنسبة للخلف العام .		
١٥٧-١٥٥	المطلب الثاني : أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص .		
١٦٨-١٥٨	المبحث الثاني : أثر العقد بالنسبة للغير .		
١٦٠، ١٥٩	المطلب الأول : التعهد عن الغير .		
	المطلب الثاني : الاستثناءات القانونية على مبدأ نسبية أثر العقد .		
١٦٨-١٦١	المطلب الثالث : الاشتراط لمصلحة الغير .		

	الباب الثالث				
	انحلال العقد				
١٨٩-١٧١	الفصل الأول : فسخ العقد				
١٧٦-١٧٢	المبحث الأول : شروط الفسخ .				
١٨٦-١٧٧	المبحث الثاني : طرق الفسخ .				
١٨٢-١٧٨	المطلب الأول : الفسخ القضائي .				
١٨٦-١٨٣	المطلب الثاني : الفسخ الاتفاقي .				
١٨٩-١٨٧	المبحث الثالث : آثار الفسخ .				
١٩٢-١٩٠	الفصل الثاني : انفساخ العقد بقوة القانون .				
١٩٦-١٩٣	الفصل الثالث : الدفع بعدم التنفيذ .				
	القسم الثاني				
	الإرادة المنفردة				
٢٠٠-١٩٨	الباب الأول				
	مدى اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام				
٢٠٦-٢٠٢	الباب الثاني				
	الوعد بجائزة الموجهة إلى الجمهور				
٢٨٥-٢٠٧	القسم الثالث				
	المسؤولية التقصيرية				
٢١٦-٢٠٨	الباب الأول				
٢١٦-٢٠٩	مفهوم المسؤولية التقصيرية وتطورها				
	الفصل الأول : نطاق المسؤولية التقصيرية .				
٢١١٠, ٢١٠	المبحث الأول : المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية .				

٢١٢، ٢١٣	المبحث الثاني : المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .
٢١٦-٢١٤	المبحث الثالث : المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية
	الفصل الثاني : تطور المسؤولية التقصيرية
٢٦٣-٢١٧	الباب الثاني
	المسؤولية عن العمل الشخصي
٢٥٨-٢١٨	الفصل الأول : أركان المسؤولية عن العمل الشخصي .
٢٣٧-٢١٩	المبحث الأول : الخطأ .
٢٢٨-٢٢٠	المطلب الأول : تعريف الخطأ وعناصره .
٢٣٣-٢٢٩	المطلب الثاني : تطبيقات على فكرة الخطأ .
٢٣٧-٢٣٤	المطلب الثالث : الحالات التي لا يكون فيها التعدي خطأ .
٢٤٣-٢٣٨	المبحث الثاني : الضرر

٢٤٠-٢٣٩	المطلب الأول الضرر المادي
٢٤٣-٢٤١	المطلب الثاني الضرر الادبي
٢٥٨-٢٤٤	المبحث الثالث علاقة السببية بين الخطأ والضرر
٢٦٣-٢٥٩	الفصل الثاني اثار المسؤولية
٢٨٤-٢٦٤	الفصل الثالث المسؤولية عن الغير والمسؤولية عن الاشياء
٢٧٤-٢٦٥	المبحث الاول المسؤولية عن الغير
٢٦٩-٢٦٦	المطلب الاول مسؤولية متولي الرقابة
٢٧٤-٢٧٠	المطلب الثاني مسؤولية المتبوع عن التابع

٢٨٤-٢٧٥	المبحث الثاني المسؤولية عن الأشياء	
٢٧٨-٢٧٦	المطلب الأول مسئولية حارس الحيوان	
٢٨١-٢٧٩	المطلب الثاني مسئولية حارس البناء	
٢٨٤-٢٨٢	المطلب الثالث مسئولية حارس الأشياء	
	القسم الرابع	
	الفعل النافع او الاضرار بلا سبب	
٢٩٠-٢٨٦	الباب الأول القاعدة العامة في الاضرار بلا سبب	
٢٨٨-٢٨٧	الفصل الأول الأساس القانوني للقاعدة وشروطها	
٢٩٠-٢٨٩	الفصل الثاني اثار الاضرار بلا سبب	
٣٠٤-٢٩١	الباب الثاني دفع غير المستحق والفضالة	
٢٩٦-٢٩٢	الفصل الأول دفع غير المستحق	
٢٩٤-٢٩٣	المبحث الأول التعريف به وشروطه	
٢٩٦-٢٩٥	المبحث الثاني احكام دفع غير المستحق	
٣٠٤-٢٩٧	الفصل الثاني الفضالة	
٢٩٩-٢٩٨	المبحث الأول التعريف بها وشروطها	
٣٠٤-٣٠٠	المبحث الثاني احكام الفضالة	
	القسم الخامس	
	القانون	

د. محمد يحيى المطري

مصادر الالتزام

مختارات في القانون المدني اليمني
الطبعة الأولى: ١٤٢٨هـ



مركز المتكافئ

م



مركز المتكافئ
Al - mutakafiq Center for Printing and Publishing
777201558 - 777205925, jmm - 01468957 © - جدة (السعودية) - ٢٠٢٤