

الاثنين
٢٩ صفر ١٤٠١ هـ
٥ يناير (كانون ثاني) ١٩٨١ م

الديرة اليوم

الجريدة الرسمية للحكومة الكويتية
تصدرها وزارة الإعلام

العدد
١٢٢٥
السنة السابعة والثلاثون

مادة ثمانية

تلغى النصوص الآتية :

- ١ - القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع .
 - ٢ - القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التأمينات العينية .
 - ٣ - القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطوابق والشقق .
 - ٤ - المادة الثالثة من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن ايجار المقارنات .
- كما يلغى كل نص يتعارض مع أحكام القانون المرافق .

مادة ثالثة

لاتخل أحكام القانون المرافق بالأحكام الواردة في التشريعات الخاصة .

مادة رابعة

على الوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به ابتداء من ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١ م .

امير الكويت

جابر الاحمد

رئيس مجلس الوزراء

سعد المبدالله الصباح

وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية

سلمان المعيج الصباح

صدر بقصر السيف في : ٢٢ ذو القعدة ١٤٠٠ هـ

الوانق : اول أكتوبر ١٩٨٠ م

بسم الله الرحمن الرحيم

مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

باصدار القانون المدني

بعد الاطلاع على الامر الامرى الصادر في ٤ من رمضان سنة ١٣٩٦ هـ الموافق ٢٩ من اغسطس سنة ١٩٧٦ م بتتقيح الدستور ،

وعلى الامر الامرى الصادر في ١٤ من شوال سنة ١٤٠٠ هـ ، الموافق ٢٤ من اغسطس سنة ١٩٨٠ م ،

وعلى الدستور ،

وعلى مجلة الاحكام المدنية ،

وعلى المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقارى والقوانين المعدلة ،

وعلى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع المعدل بالقانونين رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ورقم ٧٢ لسنة ١٩٧٦ ،

وعلى القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التأمينات العينية .

وعلى القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شؤون القصر ،

وعلى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطوابق والشقق ،

وعلى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن ايجار المقارنات، وبناء على عرض وزير الدولة للشؤون القانونية والإدارية ،

وبعد موافقة مجلس الوزراء ،

اصدرنا القانون الآتى نصه :

مادة اولى

يلغى العمل بمجلة الاحكام المدنية ، ويستعاض عنها

بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

(مادة ٨)

تصحب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم يقض القانون بخلافه .

الباب الثاني**الحق****الفصل الاول****صاحب الحق****١ - الشخص الطبيعي**

(مادة ٩)

تبدأ شخصية الانسان بنام ولادته حيا ، وتنتهي بوفاته ، وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن المفقود والغائب .

(مادة ١٠)

١ - الحمل المستكن أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سببها الى قبول ، وذلك بشرط تمام ولادته حيا .
٢ - ومع ذلك تجوز له الهبة الخاصة ، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها ادارة ماله .

(مادة ١١)

موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه على نحو ممتد .

(مادة ١٢)

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنه له بالنسبة الى ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة .

(مادة ١٣)

١ - موطن القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا .

٢ - ومع ذلك يكون للقاصر أو المحجور عليه موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لادائها .

(مادة ١٤)

١ - يجوز اتخاذ موطن مختار لعمل قانوني معين .
٢ - ويعتد بالموطن المختار بالنسبة الى كل ما يتعلق بالعمل القانوني الذي اختير له ، ما لم يشترط صراحة غير ذلك .
٣ - ويجب اثبات الموطن المختار كتابة .

(مادة ١٥)

تتكون اسرة الشخص من زوجه وذوي قرباه وذوو القربى هم كل من يجمعهم أصل مشترك .

(مادة ١٦)

١ - القرابة المباشرة هي الصلة بين الاصول والفروع .
٢ - وقرابة الحواشي هي الصلة بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

القانون المدني
احكام عامة**الباب الاول****القانون**

(مادة ١)

١ - تسرى النصوص التشريعية على المسائل التي تناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها .

٢ - فإن لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى العرف . فإن لم يوجد عرف ، اجتهد القاضي وآيه مستهديا بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر اتفقا مع واقع البلاد ومصالحها .

(مادة ٢)

١ - لا يلغى تشريع الا بتشريع لاحق ينص صراحة على الغائه أو يتضمن حكما يتعارض معه .

٢ - وإذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعا كان ينظمه تشريع سابق ، ألغى كل ما أورده هذا التشريع من أحكام .

(مادة ٣)

١ - يسرى القانون الجديد على كل ما يقع من تاريخ العمل به ، ما لم ينص على خلافه .

٢ - ومع ذلك تبقى آثار التصرفات خاضعة للقانون الذي أبرمت تحت سلطانه ، ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى على ما يترتب منها بعد نفاذه .

(مادة ٤)

١ - النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تتناولهم أحكامها .

٢ - وإذا كان من مقتضى قانون جديد أن يغير أهلية الشخص ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة على نفاذه .

(مادة ٥)

١ - اذا أطلال القانون الجديد مدة التقادم ، سرت المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتتمل ، مع الاعتداد بما اقتضى من مدته .

٢ - وإذا قصر القانون الجديد مدة التقادم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل به ، ما لم يكن الباقي من مدة التقادم وفق القانون القديم أقل ، فيتم التقادم بانقضائها .

(مادة ٦)

تسرى في شأن قبول أدلة الإثبات وحجيتها أحكام القانون القائم وقت حصول الوقائع أو التصرفات المراد اثباتها .

(مادة ٧)

يعين بقانون خاص القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرا أجنبيا .

(مادة ١٧)

- ١ - تحدد درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة ، دون حساب الاصل .
- ٢ - وتحدد درجة قرابة الحواشي بعدد الفروع صعودا من الفرع للاصل المشترك ثم نزولا منه الى الفرع الاخر بغير حساب ذلك الاصل .
- ٣ - وتحدد درجة المصاهرة بدرجة القرابة للزوج .

٢ - الشخص الاعتباري

(مادة ١٨)

تثبت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الاشخاص أو الاموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية .

(مادة ١٩)

تحدد أهلية الشخص الاعتباري ، فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات ، بما يقضي به سبب انشائه ، كما تحدد بالفرض الذي نشأ من أجله ، وذلك كله فضلا عما يقرره القانون .

(مادة ٢٠)

- ١ - موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته .
- ٢ - ومع ذلك يجوز اعتبار المكان الذي يوجد فيه أحد فروع الشخص الاعتباري موطن له ، وذلك بالنسبة الى ما يدخل في نشاط هذا الفرع .

(مادة ٢١)

الشخص الاعتباري الذي يكون مركزه الرئيسي في الخارج وله نشاط في الكويت ، يعتبر المكان الذي توجد فيه ادارته المحلية موطن له بالنسبة الى ذلك النشاط .

الفصل الثاني

محل الحق

(مادة ٢٢)

الاشياء المنقومة تصلح محلا للحقوق المالية .

(مادة ٢٣)

١ - كل شيء تملكه الدولة أو أي شخص اعتباري عام ويكون مخصصا للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون ، لا يجوز التعامل فيه بما يتعارض مع هذا التخصيص كما لا يجوز الحجز أو وضع يد الغير عليه .

٢ - وينتهي التخصيص للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون .

(مادة ٢٤)

- ١ - كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار .
- ٢ - ومع ذلك يعتبر الشيء منقولاً اذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول ، ونظر اليه استقلالاً على هذا الاعتبار .

(مادة ٢٥)

يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمته واستغلاله .

(مادة ٢٦)

- يعتبر عقارا كل حق عيني يقع على عقار .
- (مادة ٢٧)
- كل ما ليس عقارا فهو منقول .

(مادة ٢٨)

- ١ - الاشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به ، وتقدر في التعامل بالمد أو الكيل أو الوزن أو القياس .
- ٢ - والاشياء القيسية ما تفاوتت آحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً أو يندر وجود آحادها في التداول .

(مادة ٢٩)

- ١ - الاشياء الاستهلاكية هي ما لا يتحقق الانتفاع بها الا باستهلاكها أو انفاقها .
- ٢ - ويعتبر استهلاكيا كل ما أعد في المتاجر للبيع .

الفصل الثالث

استعمال الحق

(مادة ٣٠)

- يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انخرق به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية ، ووجه خاص :
- (أ) اذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة .
 - (ب) اذا لم يقصده سوى الاضرار بالغير .
 - (ج) اذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير .
 - (د) اذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف .

٢ - ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة الى من وجه اليه قرينة على علمه به ، مما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

(مادة ٢٧)

لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر ، اذا وصل الى من وجه اليه عدول عنه ، قبل وصوله أو في نفس وقت وصوله .

(مادة ٢٨)

١ - اذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه ، كانت العبرة بالقصد .

٢ - ومع ذلك يجوز لمن وجه اليه التعبير عن الإرادة ان يعتد به ، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه ، اذا اثبت انه عول عليه ، معتقدا مطابقتها لحقيقة الإرادة ، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة .

الإيجاب :

(مادة ٣٩)

يعتبر إيجابا العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له . ويلزم ان يتضمن ، في الاقل ، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

(مادة ٤٠)

١ - يصبح ان يوجه الإيجاب الى اشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

٢ - ويعتبر إيجابا ، على وجه الخصوص ، عرض البضائع مع بيان اثمانها . وذلك مع عدم الاخلال بما تقتضيه التجارة من اوضاع .

٣ - اما النشر والاعلان وارسل او توزيع قوائم الاسعار الجارى التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض او طلبات موجهة للجمهور أو لافراد معينين . فلا يعتبر متضمنا إيجابا ، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال .

(مادة ٤١)

١ - للموجب خيار الرجوع في إيجابه ، طالما لم يقترن به القبول .

٢ - ومع ذلك ، اذا حدد الموجب ميعادا للقبول ، او اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال او طبيعة المعاملة ، بقي الإيجاب قائما طوال هذا الميعاد ، وسقط بفواته .

(مادة ٤٢)

يسقط الإيجاب بموت الموجب او للموجب له او بفقده احدهما الاهلية .

القبول :

(مادة ٤٣)

١ - للموجب له خيار القبول .

القسم الاول الحقوق الشخصية - او الالتزامات

الكتاب الاول

الالتزامات بوجه عام

الباب الاول

مصادر الالتزام

الفصل الاول

العقد

(مادة ٢١)

العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على احداث اثر يرتبه القانون .

الفروع الاول - انعقاد العقد

(مادة ٢٢)

ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، اذا ورد على محل واستند الى سبب معتبرين قانونا ، ، وذلك دون اخلال بما يتطلبه القانون ، في حالات خاصة ، من اوضاع معينة لانعقاد العقد .

(اولا ، اركان العقد :

١ - الرضاء :

(مادة ٢٣)

١ - يلزم ، لوجود الرضاء ، توافر الإرادة عند اجراء التصرف ، وان يحصل التعبير عنهما .

٢ - ويفترض توافر الإرادة عند اجراء التصرف ، ما لم يثبت العكس او يقض القانون بخلافه .

(١) ، التعبير عن الإرادة :

(مادة ٢٤)

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لاتعد ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه ، وذلك ما لم يتطلب القانون ، في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين .

(مادة ٢٥)

يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، ما لم يستلزم القانون والاتفاق او طبيعة المعاملة ان يعنى صريحا .

(مادة ٢٦)

١ - يوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه . ومع ذلك فهو لا يحدث اثره الا باتصاله بعلم من وجه اليه .

(مادة ٥١)

١ - اذا اتفق المتعاقدان على ان تسرى في شؤونهما احكام عقد نموذج او لائحة نموذجية، سرت هذه الاحكام ، مالم يثبت اى منها انه ، عند حصول الاتفاق بينهما ، لم يكن يعلم بهذه الاحكام ، ولم تتح له الفرصة في ان يعلم بها .

٢ - واذا كانت احكام العقد النموذجي او اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها اساسية ، بطل العقد . فان كانت ثانوية ، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها ، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة .

(مادة ٥٢)

١ - اذا اتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا مورا ثانوية ، على امل اتفاقهما عليها مستقبلا ، فان ذلك لا يمنع من انعقاد العقد ، ما لم يظهر ان ارادتهما المشتركة قد انصرفت الى غير ذلك .

٢ - واذا لم يصل المتعاقدان الى الاتفاق في شأن ماعلقاه من الامور الثانوية ، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنهما ، وفقا لطبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة .

النيابة في التعاقد :

(مادة ٥٣)

يجوز أن يتم التعاقد بطريق النيابة ، ما لم يستلزم القانون حصوله بالاصالة .

(مادة ٥٤)

١ - تتحدد سلطة النائب ، وفقا لمقتضى به سند نيابته .

٢ - ومع ذلك ، اذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق ، واعلن الاصيل للجمهور عن سلطة نائبه ، او اخطر بها شخصا معنا او اكثر ، فانه يكون لكل من شمله الاعلان او وجه اليه الاخطار ان يعتد ، في تعاقد مع النائب ، بما تضمنه من سلطات ، ولو تجاوزت ما ورد في سند نيابته .

(مادة ٥٥)

لا يلزم أن يكون سند النيابة في الشكل الذي يتطلبه القانون لابرام التصرف الذي يتم عن طريقها ، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك .

(مادة ٥٦)

١ - في التعاقد بطريق النيابة ، تكون العبرة بشخص النائب ، لا بشخص الاصيل ، في اعتبار عيوب الرضاء ، او اثر العلم او الجهل ببعض الظروف الخاصة .

٢ - ومع ذلك ، اذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق ، وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الاصيل ، فانه لا يكون لهذا الاخير ، في حدود تنفيذ تعليماته ، ان يمسك بجهل نائبه امورا كان يعلمها هو ، او كان مفروضا فيه ان يعلمها . ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الاصيل من عيوب .

٢ - ويلزم لانعقاد العقد ان يكون القبول مطابقا للايجاب .

٣ - واذا جاء الرد على الايجاب بما يزيد عليه او ينقص منه او يعدل فيه باية طريقة اخرى ، اعتبر رفضا له متضمنا ايجابا جديدا .

(مادة ٤٤)

١ - السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا .

٢ - ويعتبر السكوت قبولا ، بوجه خاص ، اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الايجاب بهذا التعامل ، او اذا كان الايجاب لمحض منفعة الموجب له ، وكذلك يعتبر سكوت المشتري ، بعد تسلمه البضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن ، قبولا لما ورد في هذه القائمة من شروط .

(مادة ٤٥)

يسقط القبول اذا مات القابل او فقد اهليته قبل ان يتصل بقوله بعلم الموجب .

ارتباط الايجاب والقبول :

(مادة ٤٦)

اذا صدر الايجاب في مجلس العقد ، من غير ان يتضمن ميخاذا للقبول ، كان لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه الى اقتضاض هذا المجلس . واذا انقض مجلس العقد دون ان يصدر القبول ، اعتبر الايجاب مرفوضا .

(مادة ٤٧)

اذا ارتبط الايجاب بالقبول ، لم العقد طرفيه ، ولا يكون لاي منهما من كعوض ، حتى قبل ان يفترا بالبدن ، وذلك مالم يتفق على غيره ، او يقض القانون او العرف بخلافه .

(مادة ٤٨)

١ - اذا حصل الايجاب بالمراسلة ، بقي قائما ، طوال الفترة التي يحددها الموجب لبقائه ، فان لم يحدد الموجب لذلك مدة ، التزم بالبقاء على الايجاب ، طوال الفترة التي تقتضيها ظروف الحال لو وصوله للموجب له وابداء رآيه فيه ووصول القبول الى الموجب .

٢ - ويسقط الايجاب اذا لم يصل القبول الى الموجب في الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال ، ولو صدر من الموجب له في وقته المناسب .

(مادة ٤٩)

يعتبر التعاقد بالمراسلة انه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب ، ما لم يتفق على غير ذلك او يقض القانون او العرف بخلافه .

(مادة ٥٠)

يسرى على التعاقد بطريق الهاتف ، او باى طريق مشابه ، حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة الى تمامه وزمان ابرامه . ويسرى عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة الى مكان حصوله .

(مادة ٥٧)

إذا أبرم النائب ، في حدود نيابته ، عقدا باسم الاصيل ، فان كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة الى الاصيل .

(مادة ٥٨)

إذا لم يظهر النائب ، وقت إبرام العقد ، انه يتعاقد باسم الاصيل ، فان المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائما بينه وبين الاصيل ، الا اذا كان يعلم ، أو كان مفروضا فيه ان يعلم ، أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يكون التعاقد حاصلًا مع النائب أو الاصيل .

(مادة ٥٩)

إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبرا على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الاصيل ، ولم يرتضه ، اعتبر التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصيا ، دون أن يكون للنائب أن يتسلسك بانصراف ارادته الى التعاقد باسم الاصيل .

(مادة ٦٠)

في النيابة الاتفافية ، اذا تعاقد النائب باسم الاصيل ، بعد انتهاء نيابته ، كان لمن تعاقد معه ان يعتبر التعاقد حاصلًا مع ذلك على أساسها ، اذا كان هو والنائب ، عند التعاقد لا يعلمان بانتفاء النيابة ، ولم يكن في مقدورهما ان يعلما به ، لو انهما بدلا من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص المادى .

(مادة ٦١)

١ - إذا أبرم شخص عن آخر عقدا بغير نيابة عنه ، أو كان قد تجاوز بإبرامه حدود نيابته ، فان آثار هذا العقد لا تنصرف الى الاصيل ، الا اذا حصل اقراره وفقا للقانون .

٢ - فاذا لم يحصل اقرار التصرف ، كان للمتعاقد الاخر أن يرجع على من اتخذ صفة النيابة أو تجاوز حدودها ، بغير عذر مقبول ، بالتعويض عن الضرر الناجم له ، ما لم يكن يعلم بانتفاء النيابة أو بتجاوز حدودها ، أو كان مفروضا فيه ان يعلم ذلك .

(مادة ٦٢)

لا يجوز للنائب ، بدون إذن خاص ، ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره ، فاذا حصل منه ذلك ، كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الاصيل ، ما لم يحصل اقراره ، وذلك كله ما لم يقض القانون أو عرف التجارة بما يخالفه .

(مادة ٦٣)

لا يجوز للنائب ان يعهد بنيابته الى غيره ، ما لم يسمح له بذلك القانون أو الاتفاق .

(مادة ٦٤)

إذا انتهت النيابة ، وكان النائب قد تسلم ما يدل عليها ، التزم برده فور انتهائها ، ولا يسوغ له حبسه في يده ، لاي سبب كان .
شكل العقد :

(مادة ٦٥)

١ - لا يلزم ، لانقضاء العقد ، حصول الرضاء به في شكل معين ، ما لم يقض القانون بغير ذلك .
٢ - وإذا فرض القانون شكلا معينًا لانقضاء العقد ولم يراع هذا الشكل في إبرامه ، وقع باطلا .

(مادة ٦٦)

إذا اشترط المتعاقدان ، لقيام العقد ، اتباع شكل معين في إبرامه ، فانه لا يجوز لاحدهما ، بدون رضاء الاخر ، ان يتسلسك بقيامه ، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه .

(مادة ٦٧)

إذا استلزم القانون شكلا معينا ، أو اتفق المتعاقدان على وجوبه ، وثار الشك حول ما اذا كان هذا الشكل مطلبا لقيام العقد أو لغير ذلك من اموره ، وجب عدم اعتباره مطلبا لقيام العقد .

(مادة ٦٨)

إذا تعلق العقد بشيء ، فان تسليمه لا يكون لازما لقيامه ، ما لم يقض القانون أو الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

(مادة ٦٩)

إذا استلزم القانون أو الاتفاق شكلا معينا لقيام العقد وجبت مراعاة هذا الشكل في عقد الوعد به ، وفي الاتفاقات اللاحقة المعدلة لآثاره ، ما لم يقض القانون أو تسمح طبيعة المعاملة بغير ذلك .

بعض صور خاصة في التعاقد :

العقد الابتدائي :

(مادة ٧٠)

١ - إذا كان من مقتضى العقد ان يبرم مرة ثانية ، أو في صورة اخرى ، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي ، وذلك في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي ، والا ففي مدة معتولة .

٢ - ويبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي . ما لم يتفق على اجراء تعديل فيها ، أو كان هذا التعديل مساسا تستوجب طبيعة المعاملة أو ظروف الحال .

(مادة ٧١)

١ - إذا اخذ احد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي ، كان للطرف الاخر ، اذا لم يكن مخلا بالتزاماته ، ان يطلب الحكم ، في مواجهته ، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه .
٢ - ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقاسم

العقد النهائي، وذلك دون إخلال بما قد يتطلبه القانون لشهر العقد ان كان لشهره مقتضى .
الوعد بالعقد :

(مادة ٧٢)

الاتفاق الذي يعد بموجبه أحد طرفيه أن يبرم ، لصالح الطرف الآخر ، عقدا معينا ، لا يتعد الا اذا عينت فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه ، والمدة التي يجب أن يبرم خلالها ، وذلك دون إخلال بما تقتضيه المادة ٦٩ .

(مادة ٧٣)

١ - اذا واعد شخص بإبرام عقد معين ، قام هذا العقد ، اذا ارتضاه من مصادر لصالحه الوعد ، واتصل رضاه بعلم الواعد ، خلال المدة المحددة لبقاء الوعد .
٢ - ولا يحول موت الواعدا وفقدها ليلته ، دون قيام العقد الموعود بإبرامه ، اذا تم الرضا به ، على نحو ما تقتضيه بالفقرة الاولى .

٣ - واذا مات الموعود له ، انتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه الى خلفائه ، ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار في الوعد .

(مادة ٧٤)

التعاقد بالبرون :
دفع البرون ، وقت إبرام العقد ، يفيد ان لكل من طرفيه خيار العدول عنه ، ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك أو كان العرف يقتضي بخلافه .

(مادة ٧٥)

اذا عدل من دفع البرون مقدمه . واذا عدل من قبضه ، التزم برده ودفع مثله . وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر .

(مادة ٧٦)

١ - اذا لم يحدد الاتفاق او العرف ميعادا لمباشرة خيار العدول ، بقي هذا الخيار الى الوقت الذي يصدر فيه من المتعاقد ما يدل على رغبته في تأكيد قيام العقد .
٢ - على انه اذا تعدد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته في الاجل المحدد ، او تراخي في ذلك مدة تتجاوز المألوف ، جاز للمتعاقد الاخر أن يعتبر ذلك عدولا منه عن العقد .

(مادة ٧٧)

١ - استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد ، بسبب يعزى للمتعاقد ، تعتبر في حكم مباشرة خيار العدول عسسن العقد ، وتتحدد مسئوليته بقيمة البرون ، وفق ما تقتضيه المادة ٧٥ .
٢ - فان كانت استحالة تنفيذ الالتزام الناشئة عن العقد

راجعة الى سبب اجنبي لا يد لاحد المتعاقدين فيه ، وجب رد البرون الى دافعه .
التعاقد بالزيادة :

(مادة ٧٨)

١ - في الزيادات ، يبقى المتزايد ملتزما بعهائه الى ان يتقدم متزايد آخر بعهاء أفضل ، أو الى ان يتقبل المراد دون أن يرضى على احد اذا كان عطاؤه هو الافضل .
٢ - ولا يمنع من سقوط العطاء بعهاء افضل ، ان يقع الاخير باطلا أو ان يرفض .

٣ - ويتم العقد بإرساء المراد ، ومع ذلك ، اذا كان من مقتضى شروط المراد وجوب المصادقة على ارسائه ، لم يجز ابرؤها لتام العقد ويعتبر العقد عندهم منقدا من تاريخ رسو المراد .

٤ - وكل ماسبق ، ما لم يتضح غيرهم من قصد المتعاقدين او يقض القانون بخلافه .

(مادة ٧٩)

استثناء من حكم المادة السابقة ، لا يسقط عطاء المتزايد ، في الزيادات التي تجري داخل مظروفات ، بعهاء افضل ، ويكون للداعي الى المراد ان يقبل من بين العطاءات المقدمة ما يراه اصح ، وذلك ما لم يتضح غير ذلك من قصد المتعاقدين ، او يقض القانون بخلافه .
التعاقد بالاذعان :

(مادة ٨٠)

لا يمنع من قيام العقد ان يجيىء القبول من احد طرفيه اذعانا لارادة الطرف الاخر ، بأن يرتضي التسليم بشروط عقد وضعه الطرف الاخر مسبقا ولا يقبل مناقشة في شروطه .

(مادة ٨١)

اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وتضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي ، بناء على طلب الطرف المدعن ، ان يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه اجحافها ، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها وذلك كله وفقا لتتضييه العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

(مادة ٨٢)

في عقود الاذعان ، يسفر الشك دائما في مصلحة الطرف المدعن .

(ب) سلامة الرضا :

(مادة ٨٣)

لا يكون الرضا بالعقد سليما ، الا اذا جاء عن ذي اهلية لاجرائه ، وخاليا من العيوب التي تشوبه .

- الاهلية :

(مادة ٨٤)

كل شخص أهل لتعاقد ، ما لم يقرر القانون عدم اهليته أو ينقص منها .

(مادة ٨٥)

- ١ - الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .
- ٢ - لا يقع الحجر على السفه وذى الغفلة الا بحكم القاضي ، وتجر المحكمة عليهما ، وترفع الحجر عنهما ، وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال . ويشترط قرار المحكمة بالحجر وبرفعه ، وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

(مادة ٨٦)

- ١ - أهلية الصغير غير المميز لاداء التصرفات معدومة .
- ٢ - وكل من لم يكمل السابعة من عمره يعتبر غير مميز .

(مادة ٨٧)

- ١ - تصرفات الصغير المميز صحيحة اذا كانت نافعة له فمعا محضاً ، وباطلة اذا كانت ضارة به ضرراً محضاً .
- ٢ - اما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر ، فتقع قابلة للابطال لمصلحته ، ما لم تلحقها الاجازة ممن له ولاية اجرائها عنه ابتداءً ، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد . وذلك مع مراعاة ما تقتضى به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون .
- ٣ - ويعتبر الصغير مميزاً من سن التمييز الى بلوغه سن الرشد .

(مادة ٨٨)

- ١ - اذا بلغ الصغير المميز الثامنة عشرة من عمره ، وآانس منه وليه أو وصيه القدرة على أن يدير أمواله بنفسه ، جاز له أن يأذنه في ادارة أمواله كلها أو بعضها .
- ٢ - ويكون الاذن بالادارة مطلقاً أو مقيداً .

(مادة ٨٩)

- يجوز سحب الاذن بالادارة أو تقييده بعد اعطائه . ولكنه لا يبطل بزوال الولاية عن اعطائه .

(مادة ٩٠)

- يحصل الاذن للصغير بالادارة أو سحبه أو تقييده باشهاد رسمي ، دون اخلال بما يقضى به القانون بالنسبة الى المسؤولين بوصاية ادارة شؤون القصر .

(مادة ٩١)

- ١ - اذا رفض الوصي الاذن للصغير بالادارة أو قيده أو سحبه بعد اعطائه ، جاز للمحكمة ، بناء على طلب الصغير ، أو ادارة شؤون القصر ، أو أي ذى شأن آخر ، أن تأذن للصغير في ادارة أمواله كلها أو بعضها اذا مطلقاً أو مقيداً ، ان رأت أن ما اجراه الوصي غير مستند الى أساس .
- فان قضت المحكمة برفض طلب الصغير ، فانه لا يجوز تجديده ، قبل مضي سنة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً .

(مادة ٩٢)

- ١ - للصغير المأذون في الادارة ، أهلية اجراء التصرفات التي تقتضيها ادارة الأموال التي تسلم له ، في حدود الاذن .
- ٢ - على أنه ليس للصغير المأذون في الادارة أهلية تأجير المال لمدة تزيد على سنة .

(مادة ٩٣)

- ١ - للصغير المميز ، أيأ كانت سنه ، أهلية التصرف فيما يعطى له من مال لأغراض تقتته ، كما أن له أهلية أداء التصرفات الأخرى ، طالما كانت في حدود تلك الأغراض .
- ٢ - تتحدد مسؤولية الصغير المميز عن الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يجريها لأغراض تقتته بما يعطى له من مال لهذه الأغراض .

(مادة ٩٤)

- ١ - للصغير المميز ، عند بلوغه الخامسة عشرة ، أهلية ابرام عقد العمل ، ان كان غير محدد المدة ، فان كان محدها ، فليدته لانتجاوز سنة . كما أن له ، ببلوغه هذه السن ، أهلية التصرف في أجره وفي غيره ، مما يكسب من عمله ، على أن تكون مسؤوليته عن تصرفاته في نتاج عمله ، في حدود ما كسبه منه من أموال .

- ٢ - ويجوز للمحكمة ، عند الاقتضاء ، وبناء على طلب الولي أو الوصي أو ادارة شؤون القصر ، أو أي ذى شأن آخر ، أن تقيد أهلية الصغير في التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله . وعندئذ تجرى أحكام الولاية أو الوصاية ، على حسب الأحوال .

(مادة ٩٥)

- للصغير المميز ، عند بلوغه الثامنة عشرة ، أهلية ابرام الوصية .

(مادة ٩٦)

- ١ - كل شخص بلغ سن الرشد يكون كائناً أهلية يُأداء التصرفات القانونية ، ما لم يكن قد سحبه ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله .
- ٢ - وسن الرشد احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

- ٣ - ويستتر من بلغ سن الرشد مكتبته الأهلية ، ما لم يطراً عليه عارض من عوارضها ، وفقاً للأحكام التالية ، وغيرها مما يقضى به القانون .

(مادة ٩٧)

- ١ - لا يمنع ناقص الأهلية من أن يتمسك بنقص أهليته ، على نحو ما يقضى به القانون ، أن يكون قد ادعى توافر الأهلية لديه .
- ٢ - على أنه اذا لجأ القاصر ، في سبيل اخفاء نقص أهليته ،

(مادة ١٠٤)

للسفيه المأذون في الادارة ، أهلية اجراء التصرفات التي تقتضيها ادارة ما يسلم اليه من أمواله في حدود اذن المحكمة .

(مادة ١٠٥)

١ — للسفيه أهلية التصرف فيما يخص له من مال لاغراض نفقته ، في نفس الحدود التي تثبت فيها أهلية التصرف في مال النفقة للصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٩٣ .

٢ — وتقدر المحكمة ، بناء على طلب السفيه أو القيم عليه أو أي ذى شأن آخر ، مقدار ما يجب تخصيصه من مال لاغراض نفقة السفيه ، مراعية في ذلك موارد وحاجاته هو ومن يعول .

٣ — وللمحكمة ، اذا توافرت أسباب جديدة تدعو الى الخشية من تذيير السفيه مال النفقة ، أن تمنع هذا المال عنه ، وأن تعهد به الى من ترى الصلاح في توليه الاتفاق عليه وعلى أسرته

(مادة ١٠٦)

تثبت للسفيه أهلية ابرام عقد العمل وأهلية التصرف فيما يعود عليه من عمله ، اجرا كان أم غيره ، في نفس الحدود التي تقرها المادة ٩٤ في شأن الصغير المميز .

(مادة ١٠٧)

١ — اذا كان بالشخص عجز جسماني شديد ، من شأنه أن يصعب عليه الامام بظروف التعاقد ، أو يعسر عليه التعبير عن ارادته ، وعلى الاخص اذا كان أصم أبكم أو أصم أصم أو أصم أبكم ، جاز للمحكمة أن تمنع له مساعدا قضائيا ، يعاونه في التصرفات التي ترى أن مصلحته تقتضى المساعدة فيها .

٢ — ويشهر قرار تعيين المساعد القضائي على نحو ما يقضي به قرار يصدر من وزير العدل .

(مادة ١٠٨)

يكون قابلا للإبطال التصرف الذي تقررت المساعدة القضائية في شأنه ، متى صدر من الشخص ، بعد شهر قرار مساعدته ، بغير معاونة المساعد ، وذلك ما لم تكن المحكمة قد أذنت له بالانفراد في ابرامه .

(مادة ١٠٩)

اذا تعذر على الشخص ، بسبب حالته الجسمية أو المرضية ، أن يبرم التصرف ، ولو بمعاونة مساعد ، فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن للمساعد القضائي في أن يبرمه بالانفراد ، نيابة عنه ، اذا كان من شأن عدم ابرامه أن يهدد مصالحه بالخطر .

الولاية على مال الصغير :

(مادة ١١٠)

١ — ولاية مال الصغير لانيه ، ثم للوصي المختار من الاب ، ثم للجد لاب ، ثم للوصي الذي تعينه المحكمة ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة ١١٣ .

الى طرق تدليسية ، من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بتوافر الاهلية لديه ، كان ملتزما بتعويض من تعاقد معه عما يرتبه له الإبطال من ضرر .

٣ — ويجوز للقاضي ، على سبيل التعويض المستحق وفقا للفترة السابقة ، أن يقضي برفض دعوى الإبطال .

(مادة ٩٨)

١ — المجنون معدوم أهلية الاداء ، وتقع تصرفاته كلها باطله .

٢ — واذا كان الجنون غير مطبق ، وحصل التصرف في فترة افاقه ، كان صحيحا .

٣ — ولا يفرض من حكم تصرفات المجنون ، وفقا للفقرة السابقة ، أن تنصب عليه المحكمة قيما .

(مادة ٩٩)

تصرفات المتوه تسرى عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧ ، نصّب عليه قيم أو لم ينصب .

(مادة ١٠٠)

اذا كان جنون الشخص أو عنقه مشهورا ، أو كانت المحكمة قد عينت له قيما ، افترض أنه أبرم التصرف في حالة جنونه أو عنقه على حسب الاحوال ، والا افترض أنه أبرم التصرف في حالة صحته ، وذلك كله ما لم يقيم الدليل على عكسه .

(مادة ١٠١)

١ — تصرفات السفيه وذى القفلة ، بعد شهر قرار الحجر ، تسرى عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧ .

٢ — أما التصرفات الصادرة قبل شهر قرار الحجر ، فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال ، الا اذا أبرمت بالتواطؤ توقعا للحجر .

(مادة ١٠٢)

يكون تصرف المحجور عليه للسفه أو القفلة بالوقف أو الوصية صحيحا اذا أذنته المحكمة في اجرائه .

(مادة ١٠٣)

١ — للمحكمة ان تأذن للسفيه في ادارة أمواله كلها أو بعضها ، اذا مطلقا أو مجددا بما تراه من قيود . ولها ، على وجه الخصوص ، أن تلزم السفيه بتقديم حساب عن ادارته ، في المواعيد التي تعينها .

٢ — وللمحكمة أن تسحب الاذن بالادارة أو تقيده ، ان رأت لذلك مقتضيا .

٣ — ويؤثر على هامش شهر الحجر بالقرار الصادر من المحكمة بالاذن بالادارة أو بتقيده أو بسحبه ، وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من وزير العدل .

(مادة ١١٦)

١ - تكون الولاية أو الوصاية على كل أموال الصغير .
ويجوز أن تتحدد الوصاية بإرادة الأب أو بحكم القضاة ،
على حسب الاحوال .

٢ - على انه اذا آل مال الى الصغير بطريق الميراث أو التبرع ، وأوصى المورث ، أو اشترط المتبرع عند التبرع ، عدم خضوع المال الى ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين ، خرج هذا المال عن الولاية أو الوصاية . وعندئذ تعين المحكمة للصغير وصيا خاصا يتولى الولاية على هذا المال ، ما لم يكن المورث أو المتبرع قد اختار له وصيا ، في الشكل الذى تحدده المادة ١١٣ لاختيار الوصى من الأب .

(مادة ١١٧)

١ - الإمامة على مال الحبل المستكن تكون ، بالنسبة الى من يتولاها ، على نحو ما تكون به الولاية على مال الصغير .
٢ - واذا اختار الأب أو عينت المحكمة أمينا على مال الحبل المستكن ، فانه تكون له الوصاية عليه بعد ميلاده ، ما لم تعين المحكمة له وصيا آخر .

(مادة ١١٨)

١ - يتولى الأمين على مال الحبل المستكن حفظه وإدارته ، ويقوم بالتصرفات التى يقتضيهاها .
٢ - ومع ذلك يجوز له أن يقبل التصرفات النافعة للحمل نفعا محضاً .

(مادة ١١٩)

يجوز للأب أن يختار لصغيره أكثر من وصى . كما يجوز التعمد فى الأوصياء المعيّنين من المحكمة ، اذ اقتضته مصلحة الصغير .

(مادة ١٢٠)

١ - اذا تبعد الأوصياء ، سواء أكانوا مختارين أم معينين ، فانه لا يجوز لأحدهم الافراد ، الا اذا كان الأب أو المحكمة ، على حسب الأحوال ، قد حدد لكل منهم اختصاصه .
٢ - ومع ذلك يكون لكل من الأوصياء المتعددين اجراء التصرفات اللازمة لحفظ مال الصغير ، وتلك التى لا تتصل بالتأخير ، كما يكون له اجراء التصرفات التى فيها تقع ظاهراً للصغير .

(مادة ١٢١)

اذا اختلف الأوصياء المتعددون ، عند لزوم اجماعهم ، تولت المحكمة ، بناء على طلب أى منهم ، أو طلب ادارة شؤون القصر ، أو أى ذى شأن آخر ، حسم الأمر على نحو ما تراه محققاً مصلحة الصغير .

٢ - ولا يجوز للأب او الجد أن يتنحى عن الولاية بغير عذر مقبول .

(مادة ١١١)

يلزم أن يكون الولي أو الوصي عدلاً وكفؤاً ، كما يلزم أن يكون بالغاً رشيداً غير محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وألا يكون قد أشهر افلاسه ما لم يرد له اعتباره .
وذلك كله دون اخلال بما يتطلبه القانون أو الشريعة الاسلامية من شروط أخرى .

(مادة ١١٢)

١ - اذا كان الصغير كويتياً ، ولم تثبت الولاية على ماله لأبيه ، أو للوصى المختار من أبيه أو لجدته فان الوصاية على ماله تثبت لإدارة شؤون القصر ، وفقاً لما يقضى به القانون ، وذلك ما لم تعين له المحكمة وصيا آخر .

٢ - ويجوز للمحكمة ، في أى وقت ، وبناء على طلب أى ذى شأن ، أن تعين وصيا آخر بدلاً من ادارة شؤون القصر ، اذا رأت في ذلك مصلحة المتأخر .

(مادة ١١٣)

١ - لا يعتبر اختيار الأب وصيا لصغيره ، الا اذا جاء فى ورقة رسمية ، أو فى ورقة مصدق فيها على توقيع الأب ، أو فى ورقة مكتوبة بخط الأب وممهورة بمضائه .

٢ - وللأب في أى وقت أن يعدل عن اختياره وصيا لصغيره . ويعتد بعدوله ، ولو لم يأت فى الشكل الذى رسمه القانون لحصول اختياره .

٣ - ويعرض الوصى الذى اختاره الأب لصغيره على المحكمة لتشيته .

(مادة ١١٤)

١ - اذا توافرت أسباب جديده يقضى معها الضرر على أموال الصغير من ولاية أبيه أو جده أو الوصى المختار ، كان للمحكمة ، بناء على طلب ادارة شؤون القصر أو أى ذى شأن آخر ، أن تقيد هذه الولاية أو تسلبها .

٢ - وللمحكمة أن تمزل الوصى المين ، وتتصب آخر مكانه ، اذا اقتضت ذلك مصلحة الصغير .

(مادة ١١٥)

١ - توقف المحكمة ولاية الأب أو الجد أو الوصى المختار اذا ثبتت غيبته وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤١ . كما توقفت اذا تفقد عليه حكم بالحبس لمدة تزيد على سنة .

٢ - واذا أوقفت ولاية الأب أو الجد أو الوصى المختار ، ثبتت الولاية على مال الصغير ، أثناء فترة الوقف ، وفقاً لما تقضى به المادة ١١٠ .

(مادة ١٢٢)

يجوز للمحكمة بناء على طلب ادارة شئون القصر أو أى ذى مصلحة أن تقيم للصغير وصيا خاصا ، تحدد سلطته ، يتولى الولاية عليه في شأن معين ، كلما اقتضت ذلك مصلحة . ويجوز لها ذلك على الأخص :

(أ) اذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعى أو مصلحة زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله .

(ب) اذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله .

(مادة ١٢٣)

١ - اذا كانت الوصاية على مال الصغير لغير ادارة شئون القصر ، جاز أن ينصب الى جانب الوصى ، ولو كان مختارا ، مشرف يتولى الرقابة على تصرفاته .

٢ - واذا لم يختار الأب مشرفا لصغيره جاز للمحكمة تعيينه ان كان لذلك مقتضى . ويعرض المشرف المختار من الأب على المحكمة لتثبته .

٣ - واذا كان الصغير كويتيا ، جاز للمحكمة أن تمهد بالاشراف لادارة شئون القصر .

٤ - ويلزم أن تتوافر في المشرف الشروط المطلوبة في الوصى .

(مادة ١٢٤)

يتولى المشرف الرقابة على تصرفات الوصى . وعليه أن يرفع الى المحكمة كل أمر تقتضى مصلحة القاصر رفعه اليها .

(مادة ١٢٥)

على الوصى اجابة المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن تصرفاته في أموال الصغير ، وتمكينه من الاطلاع على الأوراق والمستندات الخاصة بها .

(مادة ١٢٦)

١ - اذا شغل مكان الوصى ، وجب على المشرف رعاية مال الصغير الى أن تعين المحكمة له وصيا آخر .

٢ - ويكون للمشرف في سبيل أداء واجب الرعاية على مال الصغير في فترة عدم وجود الوصى ، أن يجرى ، نيابة عن الصغير ، التصرفات التى يكون في تأجيلها ضرر ظاهر له . سلطة الولى الشرعى :

(مادة ١٢٧)

١ - للولى أن يجرى عن صغيره التصرفات النافعة له تقعا محضا .

٢ - واذا كان التبرع للصغير مقترنا بتكليف ، فانه لا يسوغ للولى قبوله عنه بغير اذن المحكمة .

(مادة ١٢٨)

١ - للولى أن يجرى عن صغيره التصرفات التى يقتضيها حفظ أمواله وادارتها واستثمارها .

٢ - على أنه لا يجوز للولى تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة ، الا بعد اذن المحكمة .

(مادة ١٢٩)

للولى أن يجرى في مال صغيره التصرفات بمقابل ، مع مراعاة القيود المقررة في المواد التالية .

(مادة ١٣٠)

ليس للولى ، بغير اذن المحكمة ، أن يبيع عقار الصغير أو محله التجارى أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما الى الدرجة الثالثة .

(مادة ١٣١)

لا يجوز للولى ، بغير اذن المحكمة ، أن يتصرف في مال الصغير ، اذا تجاوزت قيمته مائتي ألف دينار .

(مادة ١٣٢)

اذا كان المال قد آل الى الصغير بطريق الميراث أو التبرع ، واشترط المورث أو التبرع ، عدم تصرف الولى فيه ، فانه لا يجوز لهذا الأخير اجراء التصرف الممنوع عليه ، الا عندما تقتضيه الضرورة ، وبشرط اذن المحكمة .

(مادة ١٣٣)

١ - لا يجوز للولى التبرع بمال الصغير .

٢ - ومع ذلك ، اذا كان في مال الصغير سعة ، فانه يجوز للولى أن يتبرع بمال الصغير بما لا يهبطه ، اذا كان ذلك لغرض عائلى أو انساني وبشرط اذن المحكمة .

(مادة ١٣٤)

لا يجوز للولى اقراض مال الصغير ولا اقتراضه .

(مادة ١٣٥)

لا يجوز للولى رهن مال الصغير ، الا لدين على هذا الصغير نفسه .

(مادة ١٣٦)

جميع القيود الواردة على سلطة الولى لا تسرى بالنسبة الى ما يكون قد آل منه الى الصغير من مال على سبيل التبرع ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر .

سلطة الوصى :

(مادة ١٣٧)

١ - يكون للوصى ، ولو كان مختارا من الأب ، الولاية على مال الصغير ، في نفس الحدود التى يرسمها القانون لادارة شئون القصر ، باعتبار انها الولاية أو القوامة على معدومى الأهلية وناقصيها .

(مادة ١٤٣)

يكون التقييم على المفقود أو الغائب سلطات الوصي وتسرى عليه أحكامه .

أحكام عامة في الولاية على المال :

(مادة ١٤٤)

١ - لمن يولى على مال الصغير أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب الحق في أجر مناسب عن ولايته تقدره المحكمة بما لا يهبط المولى عليه ، وذلك ما لم يكن الولى قد ارتضى أن تكون ولايته بغير مقابل .

٢ - على أن الحق في الأجر عن الولاية مقصور على من يتولاها . فلا يجوز لدائنيه أن يطلبوه نيابة عنه . كما أنه لا ينتقل الى الورثة ، ما لم يكن الولى ، قبل موته ، قد طلب ثبوته له قضاء .

(مادة ١٤٥)

إذا زالت ، لأى سبب ، الولاية أو الوصاية أو القوامة عن يتولاها ، وجب عليه تسليم اموال المولى عليه لذى الصفة في تسلمها ، وذلك فور زوال ولايته ، الا ما يقتضيه التسليم من زمن . كما يجب عليه ان يقدم حسابا دقيقا عن ولايته ، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر من انتهائها .

(مادة ١٤٦)

الأب والجد والأم لا يسألون ، في مباشرتهم الولاية أو الوصاية أو القوامة ، الا عن خطئهم الجسيم ، ولو تناضوا اجرا . أما غير هؤلاء ، ممن يتولون الوصاية أو القوامة ، فيسألون مسئولية الوكيل المأجور ، ولو كانوا لا يتناضون عن مهامهم اجرا .

- عيوب الرضاء :

الغلط :

(مادة ١٤٧)

١ - اذا وقع المتعاقد في غلط دفعه الى ارتضاء العقد ، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، فإنه يجوز له طلب ابطال العقد ، اذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه ، أو علم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك .

٢ - على أنه ، في التبرعات ، يجوز طلب الابطال ، دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله .

(مادة ١٤٨)

لا يحول دون اعمال اثر الغلط ، ان ينصب على حكم القانون في أمر من أمور التعاقد .

(مادة ١٤٩)

لا يجوز لمن صدر رضاه عن غلط ، أن يتسكك بملطه على نحو يتعارض مع متتضيات حسن النية . ويكون للطرف

٢ - على أنه اذا كانت الوصاية تغير ادارة شؤون القصر ، وجب اذن المحكمة لاجراء كل التصرفات التى لا يخول القانون لمدير هذه الادارة أن يتولاها وحده .

٣ - وفي جميع الأحوال ، لا يكون للوصى ، في ولايته على مال الصغير ، سلطة تتجاوز سلطة الولى ، على نحو ما يحدده القانون .

الولاية على مال المحجور عليه :

(مادة ١٤٨)

١ - تعين المحكمة ، بناء على طلب ادارة شؤون القصر أو أى ذى شأن آخر ، لمن كان محجورا عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، قيما ، تكون له الولاية على ماله ، في حدود ما يقضى به القانون .

٢ - فاذا كان المحجور عليه كويتيا ، ثبتت القوامة على ماله لادارة شؤون القصر ، وفقا لما يقضى به القانون ، ما لم تعين له المحكمة قيما آخر .

(مادة ١٤٩)

ترضى المحكمة ، في تنصيب التقييم على المحجور عليه ، أن تعين الأرشد فالأرشد من اولاده الذكور ، ثم أباه ، ثم جده لأبيه ، ثم من ترى فيه مصلحة المحجور عليه .

(مادة ١٥٠)

يسرى على التقييم كل ما يسرى على الوصى من أحكام ، وعلى الأخص بالنسبة الى الشروط اللازمة فيه ، وحدود سلطاته ، وواجباته ، وتعيين من يتولى الاشراف عليه ، وسلطة المشرف .

الولاية على مال المفقود والغائب :

(مادة ١٤١)

١ - اذا ثبت فقد الشخص ، بأن لم تكن حياته معروفة من مماته ، نصبت له المحكمة قيما ، تكون له الولاية على ماله ، وذلك بناء على طلب ادارة شؤون القصر ، أو أى ذى شأن آخر .

٢ - ويجوز كذلك للمحكمة أن تعين قيما لمن تكون معروفة حياته ، ولكنه غاب لمدة تجاوزت السنة ، وتعذر عليه ، بسبب غيابه ، أن يتولى رعاية أمواله بنفسه ، أو أن يشرف على من يكون قد وكله في ادارتها .

(مادة ١٤٢)

اذا كان الشخص ، قبل فقده أو غيابه ، قد نصب عنه وكيلاد لادارة أمواله ، عينته المحكمة قيما ، ان توافرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون في الوصى ، والا راعت في تعيين التقييم ما يقضى به القانون في شأن التقييم على المحجور عليه ، وعلى الأخص في صدد ثبوت القوامة لادارة شؤون القصر بالنسبة الى الكويتيين .

وجه حق ، اذا كانت هذه الرهبة قد دفعته الى التعاقد ، بحيث أنه لولاها ما كان يجريه ، على نحو ما ارتضاه عليه .

٢ - وتعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد ، اذا وجهت اليه وسائل اكراه جعلته يستثمر الخوف من اذى جسميه ينهدده أو يتصور أنه ينهدده هو أو أحدا من الغير ، في النفس أو الجسم أو العرض أو الشرف أو المال .

٣ - ويراعى في تقدير قيام الرهبة في نفس المتعاقد حالته من الذكورة أو الأنوثة وسنه وعلمه أو جهله وصحته أو مرضه ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في مدى ما يترتب من خوف في نفسه .

(مادة ١٥٧)

١ - يلزم ، لاعمال الاكراه أن تكون الرهبة التي دفعت المتعاقد الي ارتضاء العقد ، قد بعثت في نفسه بفعل المتعاقد الآخر أو بفعل نائبه أو أحد أتباعه أو بفعل من كلفه بالوساطة أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته .

٢ - فاذا صدر الاكراه من شخص من الغير ، فأنه لا يكون للمتعاقد المكره طلب الابطال على أساسه ، الا اذا كان المتعاقد الآخر عند ابرام العقد ، يعلم بصحولة ، أو كان من المفروض حتما أنه يعلم به . وذلك كله مع مراعاة ما تقتضيه به المادة التالية .

(مادة ١٥٨)

يجوز ، في التبرعات ، طلب الابطال ، اذا كان الرضاء بها قد جاء نتيجة الاكراه ، دون اعتبار لمن صدر الاكراه عنه .

الاستغلال :

(مادة ١٥٩)

اذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة ، او طيشا بينا أو ضعفا ظاهرا ، أو هوى جامعا ، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه ، وجعله بذلك يبرم ، لصالحه أو لصالح غيره ، عقدا بنطوى ، عند ابرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجريه عليه من نفع مادي أو أدبي ، بحيث يكون ابرامه ، تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية ، كان للقاضي ، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال ، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر ، أو أن يبطل العقد .

(مادة ١٦٠)

في عقود التبرع التي تجيء ، وليدة الاستغلال ، يكون للقاضي ، بناء على طلب المتبرع ، أن يبطل العقد أو أن ينقص قدر المال المتبرع به وفقا لظروف الحال ، وبرعاية مقتضيات العدالة والاعتبارات الانسانية .

(مادة ١٦١)

١ - تسقط دعوى الاستغلال بمضى سنة من وقت ابرام العقد .

الآخر ، على الأخص ، أن يتسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشى مع حقيقة ما اعتقده ، بدون ضرر كبير يناله .

(مادة ١٥٠)

لا يؤثر في صحة العقد مجرد أخطاء الحساب أو زلات

القلم .

التدليس :

(مادة ١٥١)

يجوز طلب ابطال العقد للتدليس لمن جاء رضاه نتيجة حيل وجهت اليه بقصد تغيره ودفعه بذلك الى التعاقد ، اذا أثبت أنه ما كان يرضى العقد ، على نحو ما ارتضاه عليه ، لولا خديته بتلك الحيل ، وذلك مع مراعاة ما تقتضى به المادتان ١٥٣ و ١٥٤ .

(مادة ١٥٢)

يعتبر بمثابة الحيل المكورة للتدليس الكذب في الادلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته ، أو السكوت عن ذكرها ، اذا كان ذلك اخلايا بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاضاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به .

(مادة ١٥٣)

١ - يلزم ، لابطال العقد على أساس التدليس ، أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر ، أو من نائبه ، أو من أحد أتباعه ، أو من وسطه في ابرام العقد ، أو ممن يبرم العقد لمصلحته .

٢ - فان صدرت الحيل من الغير ، فليس لمن انخدع بها أن يتسك بالابطال ، الا اذا كان المتعاقد الآخر ، عند ابرام العقد ، يعلم بتلك الحيل ، أو كان في استطاعته أن يعلم بها .

(مادة ١٥٤)

استثناء مما تقتضيه به المادة السابقة ، يجوز ، في عقود التبرع ، طلب ابطال العقد ، اذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه .

(مادة ١٥٥)

اذا لجأ كل من المتعاقدين الى التدليس على الآخر ، وجره بذلك الى التعاقد ، امتنع على أي منهما التمسك بابطال العقد .

الاكراه :

(مادة ١٥٦)

١ - يجوز طلب ابطال العقد على أساس الاكراه لمن ارتضى العقد تحت سلطان رهبة قائمة في نفسه ، وبعثت بدون

(مادة ١٦٩)

التعامل في تركة انسان لا زال على قيد الحياة باطل ، ولو تم منه أو برضاه ، الا في الأحوال الخاصة التي يجيزها القانون .

(مادة ١٧٠)

يجوز أن يتعلق العقد بمال الغير أو بفعله ، من غير أن يترتب عليه أى التزام على هذا الغير بدون رضاه .

(مادة ١٧١)

١ - يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً معيناً فاقياً للجهة الفاعلة ، والا وقع العقد باطلاً .
٢ - وإذا تعلق الالتزام بشيء ، وجب أن يكون هذا الشيء محددًا بذاته ، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد ، ويلتزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط .

(مادة ١٧٢)

إذا كان محل الالتزام مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو لحسن الآداب ، وقع العقد باطلاً .

(مادة ١٧٣)

إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المحدد في العقد ، دون أن يكون للتغيير في قيمتها اثر ، ولو اتفق على خلاف ذلك .

(مادة ١٧٤)

١ - في الالتزامات بدفع مبلغ من النقود ، يكون الوفاء بالعملة الكويتية .
٢ - ومع ذلك إذا اتفق على الوفاء بعملة أجنبية وجب الوفاء بها .

(مادة ١٧٥)

١ - يجوز أن يتضمن العقد شرط يرتضيه المتعاقدان ، إذا لم يكن منوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب .
٢ - فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع ، بطل الشرط وصح العقد ، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن ليرضى العقد بغيره ، فيبطل العقد .

٣ - السبب :

(مادة ١٧٦)

١ - يبطل العقد ، إذا التزم المتعاقد دون سبب ، أو لسبب غير مشروع .
٢ - ويعتد ، في السبب ، بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد الى التعاقد ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، أو كأن ينبغى عليه أن يعلمه .

(مادة ١٧٧)

يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ، ولو لم يذكر في العقد ، وذلك الى أن يقوم الدليل على خلافه .

٢ - على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، الا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حالة بفوات خمس عشرة سنة من ابرام العقد .

العين :

(مادة ١٦٢)

العين الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد ، الا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون ، ومع مراعاة ما تقتضيه المواد التالية .

(مادة ١٦٣)

١ - إذا نتج عن العقد عين فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، أو لأحد من عديمي الأهلية أو ناقصيها ، أو لجهة الوقف ، جاز للمعيون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر ، أو التزامه هو ، بما يرفع عنه الفحش في العين .
٢ - ويعتبر العين فاحشاً إذا زاد ، عند ابرام العقد ، على الخمس .

٣ - ولا يحول دون الطعن بالعين أن يكون العقد قد أجرى عن الغيوب من ينوب عنه وفقاً للقانون ، أو أذنت به المحكمة .

(مادة ١٦٤)

يجوز للمتعاقد مع المعينون أن يتوقى تعديل أثر العقد ، بطلب الفسخ ، وذلك ما لم يكن المعينون هو الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة .

(مادة ١٦٥)

لا يجوز الطعن بالعين في عقد تم بطريق المزايعة أو المناقصة ، إذا كان ذلك قد حصل وفق ما يقتضيه القانون .

(مادة ١٦٦)

تسقط دعوى العين ، إذا لم ترفع خلال سنة ، تبدأ بالنسبة الى الدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف من وقت ابرام العقد ، بالنسبة لعديمي الأهلية وناقصيها من تاريخ اكتمال الأهلية أو الموت . وعلى أية حال تسقط الدعوى بمضى خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد .

٢ - المحلل :

(مادة ١٦٧)

يلزم أن يكون محل الالتزام ، الذي من شأن العقد أن يتشبهه ، ممكناً في ذاته ، والا وقع العقد باطلاً .

(مادة ١٦٨)

يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ، ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه به المادة التالية .

(مادة ١٧٨)

١ - يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ما لم يثبت الدليل على غير ذلك .
٢ - وإذا ثبتت صورية السبب ، كان على من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروطاً أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه .
(ثانياً ، البطلان)

١ - العقد القابل للإبطال :

(مادة ١٧٩)

العقد القابل للإبطال ينتج آثاره ، ما لم يقض بإبطاله وإذا قضى بإبطاله ، اعتبر كأن لم يكن أصلاً .

(مادة ١٨٠)

١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بإبطال العقد القابل للإبطال ، إلا بناء على طلب من يقرر القانون الإبطال لمصلحته .
٢ - وإذا قام سبب الإبطال ، وتمسك به من تقرر لمصلحته ، تمين على المحكمة القضاء به ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه .

(مادة ١٨١)

إجازة العقد القابل للإبطال ممن له الحق في طلب إبطاله ، صريحة كانت أم ضمنية ، تظهره من العيب الذي انصبت عليه ، وتزيل حق طلب الإبطال بسببه .

(مادة ١٨٢)

١ - يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله ، خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ، تبدأ من تاريخ الأعدار ، من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال .
٢ - ولا يعتد بأعدار من له حق طلب الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه ، إلا إذا كان قد وجه بعد اكتشاف الغلط أو التدليس أو زوال الإكراه . كما أنه لا يعتد بأعدار ناقص الأهلية ، إلا إذا كان قد وجه إليه بعد اكتمال أهليته .
٣ - فإذا انقضى ميعاد الأعدار من غير اختيار ، اعتبر ذلك إجازة للعقد .

(مادة ١٨٣)

١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات من وقت زوال سببه ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .
٢ - ويبدأ سريان مدة سقوط حق الإبطال ، في حالة نقص الأهلية من يوم اكتسابها ، وفي حالة الغلط أو التدليس ، من يوم اكتشافه ، وفي حالة الإكراه من يوم زواله .
٣ - وفي جميع الأحوال ، يسقط الحق في إبطال العقد بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ إبرامه .

٢ - العقد الباطل :

(مادة ١٨٤)

العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

(مادة ١٨٥)

العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة .

(مادة ١٨٦)

١ - العقد الباطل لا يتصحح بمرور الزمان .
٢ - إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد .

٣ - أثر البطلان :

(مادة ١٨٧)

١ - إذا بطل العقد أو أبطل ، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي ذابا عليها عند العقد ، ما لم ينص القانون على خلافه ، ومع عدم الإخلال بما تقتضيه المادتان التاليتان .
٢ - فإذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد ، فإنه يجوز الحكم عليه بإداء معادل .

(مادة ١٨٨)

لا يلزم عديم الأهلية أو ناقصها ، في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، إلا في حدود ما يكون قد عاد عليه ، بسبب تنفيذه ، من نفع معتبر قانوناً .

(مادة ١٨٩)

١ - لا يحتج بإبطال العقد في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد الآخر ، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية .

٢ - ويعتبر الخلف الخاص حسن النية ، إذا كان ، عند التصرف له ، لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به ، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي .

(مادة ١٩٠)

١ - إذا لحق البطلان أو الإبطال شقاً من العقد ، اقتصر عليه وحده ، دون باقي العقد .
٢ - على أنه إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل ، بطل العقد كله .

(مادة ١٩١)

١ - إذا بطل العقد أو أبطل ، وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره ، قام هذا العقد الآخر .
٢ - ويعتبر الرضاء بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه ، لو علما ببطلان العقد الذي قصدوا في الأصل إبرامه .

(مادة ١٩٢)

- ١ - اذا بطل العقد أو أبطل ، بسبب خطأ أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر أو للغير ان يطالبه بالتعويض عما يرتبه له البطلان من ضرر .
- ٢ - على أنه لا محل للتعويض ، اذا كان من أصابه الضرر نتيجة البطلان قد أسهم فيما أدى الى وقوعه ، او كان يعلم بسببه ، أو ينبغي عليه أن يعلم به .

الفرع الثاني - آثار العقد

(اولا) تفسير العقد وتحديد مضمونه :

١ - تفسير العقد :

(مادة ١٩٣)

- ١ - اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها لتعرف على ارادة المتعاقدين .
- ٢ - فاذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فانه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائمه وظروف ابرامه ، دون الوقوف عند مجرد معاني الفاظه أو عباراته ، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل .

(مادة ١٩٤)

- ١ - اذا تعذر ازالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض ، وبقي شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه ، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن اعمال الشرط أن يضره .
 - ٢ - وعلى وجه الخصوص ، يفسر الشك لمصلحة المدين ، اذا كان من شأن اعمال الشرط أن يحمله بالالتزام ، أو يجعل عباه عليه أكثر تقلا .
 - ٣ - وكل ماسبق دون اخلال بما تقضى به المادة ٨٢ .
- ٢ - مضمون العقد :

(مادة ١٩٥)

لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط او يسري عليه من أحكام القانون ، وانما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقا لما تجرى عليه العادة وما تمليه العدالة ، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل .

(ثانيا) القوة الملزمة للعقد :

(مادة ١٩٦)

العقد شرعية المتعاقدين ، فلا يجوز لاحدهما أن يستثقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، الا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقض القانون بغيره .

(مادة ١٩٧)

يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام ، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل .

(مادة ١٩٨)

اذا طرأت ، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند ابرامه ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام الناشئ عنه ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المقبول بأن يضيق من مده أو يزيد في مقابله . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

(مادة ١٩٩)

اذا أبرم عقد صوري كانت العبرة بالحقيقة ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهم العقد المستتر ، اذا توافرت له أركانه ، دون العقد الظاهر .

(مادة ٢٠٠)

١ - اذا أبرم عقد صوري ، كان لدائني كل من المتعاقدين والخلف الخاص لاي منهما أن يشترط الصورية بجميع الوسائل وتمسكوا بالعقد المستتر ، كما أن لهم أن يتسكوا بالعقد الصوري اذا كانوا لا يعلمون بالصورية .

٢ - واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، بأن تمسك البعض بالعقد الصوري ، وتمسك الاخرون بالعقد المستتر ، كانت الافضلية للاوليين .

(ثالثا) نسبة آثار العقد :

(مادة ٢٠١)

- ١ - تصرف آثار العقد الى المتعاقدين والخلف العام ، دون اخلال بأحكام الميراث .
- ٢ - على أن آثار العقد لا تنصرف الى الخلف العام لاحد المتعاقدين أو كليهما ، اذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون .

(مادة ٢٠٢)

١ - اذا انشأ العقد حقوقا شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه ، أو انشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدثاته ، ثم انتقل المال الى خلف خاص ، فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه .

٢ - على ان الالتزامات المتصلة بالمال لا تنتقل معه الى الخلف الخاص ، الا اذا كان ، عند ابرام التصرف ، يعلم بها اوفى مقدوره أن يعلم بها ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

(مادة ٢٠٣)

العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وان كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائنيهما ، وذلك كله ما لم يقض به القانون .

١ — التمهيد عن الغير :

(مادة ٢٠٤)

- ١ — اذا تمهد شخص لآخر بان يجعل أحدا من الغير يلتزم نحوه بأمر معين ، التزم هو بتمهده دون ذلك الغير .
- ٢ — فاذا رفض الغير تحمل الالتزام المتعهد به ، كان المتعهد مخلا بتمهده ، والتزم بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب اخلاله ، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالامر المتعهد به ، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له .
- ٣ — فان ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، وبرت ذمة المتعهد . ويكون تحمله به من وقت رضائه ، مالم يتبين أنه قصد أن يستند اثر هذا الرضاء الى وقت صدور التمهيد .

٢ — الاشتراط لمصلحة الغير :

(مادة ٢٠٥)

- ١ — يجوز للشخص ، في تعاقده عن نفسه ، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يعمده بأدائها للغير ، اذا كان للمشترط في تنفيذ هذه الالتزامات ، مصلحة مادية أو ادية .
- ٢ — ويجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المستفيد شخصا مستقبلا ، كما يجوز ان يكون شخصا غير معين بذاته عند الاشتراط ، اذا كان من الممكن تعيينه ، وقت الوفاء بالالتزام المشترط .

(مادة ٢٠٦)

- ١ — يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد في ذمة المتعهد ، حق شخصي له ، يكون له أن يستأديه منه مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ، ومع مراعاة ما تقضي به المادة التالية .
- ٢ — ويجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشترط للمستفيد ، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد دونه .

(مادة ٢٠٧)

- ١ — يجوز للمتعهد أن يتسكك ، في مواجهة المستفيد ، بكل الدفوع التي تنشأ له من عقد الاشتراط ، والتي كان يمكنه أن يتسكك بها في مواجهة المشترط .

(مادة ٢٠٨)

- ١ — يجوز للمشترط ، دون وراثته أو دائنيته ، ان ينقض المشاركة قبل أن يعلن المستفيد للمشترط أو للمتعهد رغبته في الافادة منها ، ما لم يتعارض ذلك مع مقتضيات العقد .
- ٢ — ولا يترتب على قبض المشاركة براءة ذمة المتعهد الذي يبقى ملتزما قبل المشترط ، ما لم يتفق على غير ذلك ، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضيه .
- ٣ — وللمشترط ، عند قبض المشاركة ، أن يحل مستفيدا آخر محل المستفيد الاسلي ، أو ان يستأثر بالمنفعة لخاصة نفسه .

الفرع الثالث — انحلال العقد

(اولا ، فسخ العقد :

(مادة ٢٠٩)

- ١ — في العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله ، وبعد اعذاره ، جاز للمتعاقد الآخر ، ان لم يفضل التسكك بالعقد ، أن يطلب من القاضي فسخه ، مع التعويض ان كان له مقتض ، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره في الوفاء بالتزاماته .
- ٢ — ويجوز للقاضي ، عند طلب الفسخ ، أن ينظر المدين الى أجل يحدده ، اذا اقتضته الظروف ، كما أن له أن يرفض الفسخ ، اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة الى التزاماته في مجملتها .

(مادة ٢١٠)

- ١ — لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة ، أو بالشرط القاضي بتسديد سلطة المحكمة ازاء فسخ العقد ، ما لم يتضح أن ارادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت اليه صراحة ، وعلى بينة من حقيقة أثره .
- ٢ — والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يعنى في غير المواد التجارية من الاعذار ، ولو اتفق على الاعفاء منه .

(مادة ٢١١)

- ١ — اذا فسخ العقد ، اعتبر كأن لم يكن ، وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانوا عليها عند ابرامه وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادتان التاليتان .
- ٢ — فاذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد المتعاقد الآخر الى الحالة التي كان عليها عند العقد ، جاز للحكم عليه بأداء معادل .

(مادة ٢١٢)

- ١ — في العقود المستمرة ، لا يكون للفسخ اثر الا من وقت تحققه .

(مادة ٢١٣)

- ١ — لا ينجح بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لاي من المتعاقدين اذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية .
- ٢ — ويعتبر الخلف الخاص حسن النية ، اذا كان عند التصرف له ، لا يعلم السبب الذي افضى الى الفسخ ، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به ، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي .

(ثانيا) افساخ العقد :

(مادة ٢١٤)

- ١ — في العقود الملزمة لجانب واحد ، اذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه ، افسخ العقد من تلقاء نفسه .
- ٢ — فان كانت الاستحالة جزئية ، جاز للدائن أن يتسكك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ .

(مادة ٢١٥)

١ - في العقود المأزمة للجانين ، اذا أصبح تنفيذ التزام احد الطرفين مستحيلًا لسبب اجنبى لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام ، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه .

٢ - فان كانت الاستحالة جزئية ، كان للدائن ، بحسب الاحوال ، أن يتسلك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ ، أو أن يطلب فسخ العقد .

(مادة ٢١٦)

اذا انفسخ العقد ، اعتبر كأن لم يكن ، ولزم ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها عند ابرامه ، وذلك في نفس الحدود المقررة بمقتضى المواد ، ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ في شأن الفسخ .

(ثالثا - الاقالة :

(مادة ٢١٧)

١ - للمتعاقدين ان يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده ، ما بقى المقود عليه قائما و موجودا في يد أحدهما .

٢ - فاذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المقود عليه ، جازت الاقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض .

(مادة ٢١٨)

تعتبر الاقالة ، من حيث اثرها ، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبشأن عقد جديد في حق الغير .

(رابعا - الدفع بعدم التنفيذ :

(مادة ٢١٩)

في العقود المأزمة للجانين ، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الاداء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، اذا لم يتم المتعاقد الآخر بالوفاء بنا التزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقض العرف بغيره .

الفصل الثاني

الارادة المنفردة

(مادة ٢٢٠)

١ - التصرف القانوني الصادر بالارادة المنفردة لا ينشئ التزاما ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهيه ، الا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون .

٢ - فان قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديلته أو بإقضاؤه بمقتضى التصرف الصادر بالارادة المنفردة ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون ، الا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الارادة الواحدة ، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق ارادتي طرفي العقد .

الوعد بجائزة للجمهور :

(مادة ٢٢١)

من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيا عن عمل معين ، التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، وفقا لشروط المعلنه ولو كان قد أداه قبل الوعد ، أو دون تظن اياه ، أو دون العلم به .

(مادة ٢٢٢)

١ - اذا حدد الواعد أجلا للوعد بالجائزة ، امتنع عليه الرجوع عن الوعد خلاله ، وسقط الوعد بفواته .

٢ - فاذا لم يعين الواعد أجلا لوعده ، كان له أن يرجع عنه باعلان يوجه للجمهور على الوجه الذي تم به توجيه الوعد ، أو على أى وجه اعلامي مشابه .

(مادة ٢٢٣)

١ - لا يكون للرجوع عن الوعد بالجائزة اثر الا من تاريخ اعلانه للجمهور ، ولا يؤثر في الحق في المكافأة لمن يكون قد أنجز العمل بحسن نية قبل ذلك .

٢ - فاذا لم ينجز أحد العمل ، كان لمن بدأ العمل بحسن نية قبل اعلان الرجوع عن الوعد دون أن يتمه ، مطالبة الواعد ، في حدود الجائزة ، بقضية ما أتفقه وما بذله من جهد ، اذا أثبت أنه كان يتم العمل في وقت مناسب .

(مادة ٢٢٤)

يلتزم الواعد بالبت في استحقاق الجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء الاجل المحدد في الاعلان ، ما لم يتضمن الاعلان ميعادا أطول .

(مادة ٢٢٥)

لا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على اعطائها لمستحقها ثبوت حق الواعد في ثمرة العمل ، ما لم تتضمن شروط الوعد ما يضاف لذلك .

(مادة ٢٢٦)

تسقط دعوى المطالبة بالجائزة أو بغيرها من الحقوق المترتبة على الوعد بها بمرور ستة أشهر من انتهاء أجل البت في استحقاق الجائزة أو من تاريخ اعلان الرجوع في الوعد على حسب الأحوال .

الفصل الثالث

الفعل الضار

الفرع الاول - المسؤولية عن العمل غير المشروع

(اولا) حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع :

١ - المسؤولية عن الاعمال الشخصية :

(مادة ٢٢٧)

١ - كل من أحدث بفعله الخاطيء ضررا بغيره يلتزم بتعويضه ، سواء أكان في احداته الضرر مباشرا أو متسببا .

(مادة ٢٢٤)

١ - اذا سبهم خطأ المضرور مع خطأ المضرور في احداث الضرر ، فانه لا يكون ملتزما بالتعويض الا بقدر يتناسب مع ما كان لخطئه من اثر في وقوع الضرر بالنسبة الى خطأ المضرور نفسه .

٢ - ومع ذلك لا يكون لاشتراك خطأ المضرور مع خطأ المسئول اثر في مقدار الدية .

(مادة ٢٢٥)

من احدث ضرا ، و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عرضه او ماله او عن نفس الغير او عرضه او ماله ، كان غير مسئول عن تعويضه ، طالما انه لم يجاوز القدر الضروري لدفع الاذى . فان تجاوز هذا القدر ، التزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

(مادة ٢٢٦)

من اضطر ، في سبيل اتقاء خطر جسيم محدد كان يتهدده هو او غيره في النفس او في العرض او في المال ، ومن غير ان تكون له يد في قيامه ، الى الطاق ضرر بمال شخص آخر اھون مما عمد الى اتقائه ، فانه لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر ، الا اذا تعذر استيفاؤه على اساس الاتراء دون سبب على حساب الغير . ويجتئذ لا يكون محدث الضرر ملتزما الا بتعويض مناسب بقدره التقاضي براعاة ظروف الحال ومقتضيات العدالة .

(مادة ٢٢٧)

لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذي اضر بالغير ، اذا اذاه تنفيذاً للأمر القانوني أو لأمر صدر اليه من رئيسه ، متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد لميررات مقبولة أنها واجبة ، وأثبت أنه كانت لديه أسباب مقبولة جعلته يعتقد مشروعية العمل الذي آتاه ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر .

٢ - المسئولية عن عمل الغير :

(مادة ٢٢٨)

١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة الى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية . يكون ملزماً ، في مواجهة المضرور ، بتعويض الضرر الذي يحدثه له ذلك الشخص بعمله غير المشروع ، وذلك ما لم يثبت أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي ، أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته .

٣ - وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ، ما بقى القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف .

٤ - وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها او الى من يتولى الرقابة على الزوج .

٢ - ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطيء ولو كان غير مميز .

(مادة ٢٢٨)

١ - اذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم ، التزم كل منهم ، في مواجهة المضرور ، بتعويض كل الضرر .
٢ - ويتوزع غرم المسئولية فيما بين المسئولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في احداث الضرر . فان تعذر تحديد هذا الدور ، وزع عليهم غرم المسئولية بالتساوي .

(مادة ٢٢٩)

اذا كان الخطأ الذي رتب الضرر قد وقع من مرتكبه نتيجة تحريض أو مساعده ، اعتبر الضرر ناجما عن خطأ كل من الفاعل الاصلي والشركاء ، وانشغلت مسئوليتهم عن تعويضه .

(مادة ٢٣٠)

١ - يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات ، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع .
٢ - وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفات نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، اذا لم يكن في المقدور تفاديها ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادي .

(مادة ٢٣١)

١ - يتناول التعويض عن العمل غير المشروع الضرر ، ولو كان ادييا .

٢ - ويشمل الضرر الادبي على الاخص ما يلحق الشخص من اذى حسي أو نفسي ، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بغيرته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمته أو بمركره الاجتماعي أو الادبي أو باعتباره المالي . كما يشمل الضرر الادبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه .

٣ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الادبي الناشئ عن الوفاة الا للازواج والأقارب الى الدرجة الثانية .

(مادة ٢٣٢)

لا ينتقل الحق في التعويض عن الضرر الادبي الا اذا كانت قيمته محددة بمقتضى القانون أو الاتفاق ، أو كان الدائن قد طالب به أمام القضاء .

(مادة ٢٣٣)

اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي عنه لا يد له فيه ، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير ، كان غير ملزم بالتعويض ، وذلك ما لم يوجد نص يقضى بخلافه .

(مادة ٢٣٩)

- ١- تحمل مسئولية الدولة محل مسئولية المعلم . فان كان المعلم يعمل في مدرسة او معهد خاص ، حلت مسئولية صاحب المدرسة او المعهد محل مسئولية .
- ٢- ولا يجوز للدولة او لصاحب المدرسة او المعهد الرجوع على المعلم بما يدفعه للمضروب ، حتى ولو تعذر استيفاؤه من مال التلميذ نفسه ، وذلك ما لم يثبت الخطأ على المعلم .

(مادة ٢٤٠)

- ١- يكون المتبوع مسئولاً ، في مواجهة المضروب ، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بملء غير المشروع ، متى كان واقعا منه في أداء وظيفته أو بسببها .
- ٢- وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه ، متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع ان تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقايته وتوجيهه .

(مادة ٢٤١)

- للمسئول عن عمل الغير ، ان يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضروب تعويضا عن عمله غير المشروع .

(مادة ٢٤٢)

- كل من يشغل مكانا للسكنى أو لغيرها من الأغراض يكون مسئولاً ، في مواجهة المضروب ، عن تعويض ما يحدث له من ضرر مما يلقى أو يسقط منه من اشياء ، ما لم يثبت ان الضرر قد حدث بسبب اجنبى عنه لا يد له فيه ، وذلك دون اخلال بحقه في الرجوع بما يدفعه على من يكون الشيء قد اتى او سقط بخطئه .

٢ - المسئولية عن الضرر الناتج عن الاشياء :

(مادة ٢٤٣)

- ١- كل من يتولى حراسة شيء مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ، ما لم يثبت ان هذا الضرر قد وقع بسبب اجنبى من قوة قاهرة او حادث فجائى او فعل المضروب او فعل الغير .
- ٢- وتعتبر الاشياء التى تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الاخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، والأسلحة ، والأسلاك والمعدات الكهربائية ، والحيوانات ، والمباني ، وكل شيء آخر يكون بحسب طبيعته او بحسب وضعه ، مما يعرض للخطر .
- ٣- ويبقى الحراسة على الحيوان ثابتة للحارس ، حتى لو ضل الحيوان او تسرب ، وذلك الى أن يسيطر عليه غيره لحساب نفسه .

(مادة ٢٤٤)

- ١- يجوز لكل من يتهدده ضرر من شيء معين ان يطالب مالكة او حارسة باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطره .

- ٢- فان لم يتم مالك الشيء او حارسه باتخاذ التدابير اللازمة لدرء خطره في وقت مناسب ، جاز لمن يتهدده الخطر أن يحصل على اذن من القضاء في اجرائها على حساب المالك او الحارس .

- ٣- ويجوز ، في حالة الاستعجال ، لمن يتهدده خطر الشيء ان يتخذ ما يلزم من التدابير لدرءه ، على نفقة مالكة او حارسه ، من غير حاجة الى اذن القاضى .

(ثانيا) تعويض الضرر عن العمل غير المشروع :

(مادة ٢٤٥)

- اذا لم يتفق على تحديد التعويض عن الضرر الناتج عن العمل غير المشروع ، تولى القاضى تحديده ، وذلك دون اخلال بما تقضى به المادة ٢٤٨ .

(مادة ٢٤٦)

- ١- يقدر القاضى التعويض بالنقد .
- ٢- ويجوز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضروب ان يحكم باعادة الحال الى ما كانت عليه او بأى أداء آخر على سبيل التعويض .

(مادة ٢٤٧)

- ١- يحدد القاضى التعويض بالتقدر الذى يراه جارا الضرر وفق ما تقرره المادتان ٢٣٠ و ٢٣١ وذلك مع مراعاة الظروف الشخصية للمضروب .
- ٢- وان لم يتيسر للقاضى ، وقت الحكم ، تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية ، جاز له ان يحتفظ للمضروب بالحق في ان يطلب ، خلال مدة يحددها ، اعادة النظر في التقدير .

(مادة ٢٤٨)

- اذا كان الضرر واقعا على النفس ، فان التعويض عن الاصابة ذاتها يتحدد طبقا لقواعد الدية الشرعية ، من غير تمييز بين شخص وآخر ، وذلك دون اخلال بالتعويض عن العناصر الاخرى للضرر على نحو ما تقرره المادة السابقة .

(مادة ٢٤٩)

- لا يدخل الحق في الدية في الفضان العام للدائنين .

(مادة ٢٥٠)

- اذا استحققت الدية عن فقد النفس ، يتقاسمها الورثة وفقا للائصة الشرعية .

(مادة ٢٥١)

- ١- تقدر الدية الكاملة بعشرة آلاف دينار . ويجوز تعديل مقدارها بمرسوم .

- ٢- ويصدر بمرسوم جدول للديات ، وفق احكام الشريعة الاسلامية ، تتحدد بمقتضاء حالات استحقاق الدية كليا او جزئيا .

(مادة ٢٥٢)

يجوز للقاضي الحكم بأداء التعويض على أقساط ، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معلومة أو مدى الحياة • ويكون له عندئذ أن يحكم بالزام المدين بتقديم تأمين كاف ، أن كان له مقتضى •

(مادة ٢٥٣)

١ - تسقط دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع بمضى ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبين يسأل عنه ، أو خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع ، أى المدينين تقضى أولا •

٢ - على أنه إذا كانت دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع ناشئة عن جريمة فانها لا تسقط ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة ، ولو كانت الواعيد المنصوص عليها في الفقرة الاولى قد انقضت •

(مادة ٢٥٤)

يقع باطل كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ، ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً •

الفرع الثاني - ضمان أذى النفس

(مادة ٢٥٥)

إذا وقع ضرر على النفس بما يستوجب الدية وفقاً لاحكام الشرع الاسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ وكان وقوع هذا الضرر بطريق المباشرة ، وباستعمال شيء مما ذكر في المادة ٢٤٣ ، فإن المباشري يلتزم بضمانه ، ما لم يكن في اتيانه ملتزماً بحدود الدفاع الشرعي •

(مادة ٢٥٦)

١ - اذا وقع ضرر على النفس مما يستوجب الدية وفقاً لاحكام الشرع الاسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ ، وتمذرت معرفة المسئول عن تعويضه وفقاً لاحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع او الملتزم بضمانه وفقاً للمادة السابقة ، وجب الضمان على الدولة وذلك ما لم يثبت ان المصاب او أحدا من ورثته قد أدى بخطئه الى عدم معرفة المسئول او الضامن •

٢ - تسقط دعوى الضمان بمرور ثلاث سنوات من وقت وقوع الحادث •

(مادة ٢٥٧)

في جميع احوال ضمان أذى النفس ، لا يقوم هذا الضمان ، اذا ثبت أن المضرور قد تمعد اصابة نفسه ، او ان الاصابة قد لحقت نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه •

(مادة ٢٥٨)

يقتصر ضمان أذى النفس على الدية كلها او جزء منها ، وفقاً لاحكام الشرع الاسلامي وما يتضمنه جدول الديات المشار اليه في المادة ٢٥١ ، مع مراعاة تحديد مقدار الدية الكاملة على نحو ما تقضى به المادة المذكورة •

(مادة ٢٥٩)

لا يحول استيفاء الدية باعتبارها ضماناً عن أذى النفس دون حق المضرور في الرجوع بالتعويض عن المضار الاخرى على من يلتزم به وفقاً لاحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع ، ما لم يثبت أنه نزل عن حقه فيه •

(مادة ٢٦٠)

١ - اذا وفيت الدولة الدية امعالملاً لحكم المادة ٢٥٦ ، حلت محل المضرور في حقه فيها قبل من يلتزم بها قانوناً •
٢ - ويكون للدولة في رجوعها بالدية امتياز المبالغ المستحقة للضمانة العامة على جميع اموال من يلتزم بها •

(مادة ٢٦١)

تسرى على ضمان أذى النفس أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع فيما لا يتعارض مع الاحكام الخاصة به والواردة في هذا الفرع •

الفصل الرابع

الفعل النافع

او الاثراء دون سبب على حساب الغير

(مادة ٢٦٢)

كل من يثرى ، دون سبب مشروع ، على حساب آخر ، يلتزم ، في حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص الآخر عما لحقه من ضرر • ويقضى هذا الالتزام قائماً ، ولو زال الاثراء بعد حصوله •

(مادة ٢٦٣)

تسقط دعوى الاثراء بلا سبب بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه الضرر بحقه في التعويض ، او باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ، أى المدينين أقرب •

(اولاً) تسلم غير المستحق :

(مادة ٢٦٤)

كل من تسلم ما ليس مستحقاً له ، التزم برده •

(مادة ٢٦٥)

إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفد جاهلاً بقيام الاجل ، جاز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل ، في حدود ما لحق المدين من ضرر •

(مادة ٢٦٦)

لامحل لاسترداد المستحق ، اذا حصل الوفاء من غير
المدين ، وترتب عليه ان الدائن ، وهو حسن النية ، تجرد من
سند الدين ، او مما كان يضمن حقه من تأمينات ، او ترك دعواه
قبل المدين الفترة التي لا تسمع الدعوى بعد انقضاءها .

(مادة ٢٦٧)

١ - اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا
يلتزم أن يرد الا ما تسلم . فاذا كان سيء النية ، فانه يلتزم
ان يرد أيضا الشار التي جناها او التي قصر في جنيها ، وذلك
من يوم تسلمه الشيء ، او من اليوم الذي اصبح فيه سيء
النية ، بحسب الاحوال .

٢ - وعلى أى حال ، يلتزم من تسلم غير المستحق يرد
الشار من يوم رفع الدعوى عليه برده .

(مادة ٢٦٨)

اذا لم تتوافر اهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ،
فلا يكون ملتزماً بالرد ، الا في حدود ما عاد عليه من نفع
معتبر قانوناً .

(ثانياً ، الفضالة :

(مادة ٢٦٩)

١ - الفضالة هي ان يتولى شخص عن قصد القيام بأمر
عاجل لحساب شخص آخر ، دون ان يكون ملزماً بذلك .
٢ - وتتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه
شأن نفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائين من ترابط لا
يسكن معه القيام باحدهما منفصلاً عن الآخر .

(مادة ٢٧٠)

اذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ، سرت قواعد
الوكالة .

(مادة ٢٧١)

يجب على الفضولي أن يمضى في العمل الذي بدأه الى أن
يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه . كما يجب عليه ان
يبادر باخطار رب العمل بتدخله عندما يتيسر له ذلك .

(مادة ٢٧٢)

١ - يلتزم الفضولي بأن يبذل ، في القيام بالعمل ، عناية
الشخص العادى ، فان قصر في ذلك التزم بتعويض الضرر الناجم
عن خطئه .

٢ - ومع ذلك يجوز للقاضى ان يتقص التعويض المترتب
على خطأ الفضولى أو يعفيه منه ، اذا كانت الظروف تبرر ذلك .

(مادة ٢٧٣)

اذا عهد الفضولي الى غيره بالعمل ، كله او بعضه ، كان
مسئولاً عن أعماله ، في مواجهة رب العمل ، دون اخلال بحق
رب العمل في الرجوع مباشرة على هذا الغير .

(مادة ٢٧٤)

يلتزم الفضولي بأن يرد الى رب العمل كل ما أخذه
بسبب الفضالة ، كما يلتزم بأن يقدم له حساباً عما قام به ،
وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل .

(مادة ٢٧٥)

١ - اذا مات الفضولي ، التزم ورثته ازاء رب العمل
بما يلتزم به ورثة الوكيل ازاء موكله .
٢ - واذا مات رب العمل ، بقي الفضولي ملتزماً نحو
ورثته بما كان ملتزماً به نحوه .

(مادة ٢٧٦)

١ - يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، اذا كان قد
بذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق
النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة ، يكون رب العمل ملزماً
بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولى لحسابه ، وبأن
يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وبأن يرد له النفقات
الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف ، وبأن يعوضه عن
الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل .
٢ - ولا يستحق الفضولي اجرا عن عمله ، الا ان يكون
من أعمال مهنته .

(مادة ٢٧٧)

اذا لم تتوافر في الفضولي اهلية التعاقد ، فلا يكون في
قيامه بالعمل مسئولاً الا في حدود ما أثرى به ، وذلك ما لم
تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع .

(مادة ٢٧٨)

تسقط دعوى الفضالة باقضاء ثلاث سنوات من يوم
العلم بنشوء الحق أو باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم
الذي ينشأ فيه ، أي للمدين أقرب .

الفصل الخامس**القانون**

(مادة ٢٧٩)

الالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى ، غير
العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، تسري
في شأنها النصوص الخاصة بها .

الباب الثاني**آثار الالتزام****الفصل الاول****التنفيذ الجبرى**

(مادة ٢٨٠)

١ - اذا لم ينفذ المدين الالتزام باختباره ، نفذ جبرا
عليه .

(مادة ٢٨٨)

١ - في الالتزام بعمل ، اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ،
جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على
تفقه المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام
على تفقه المدين ، دون ترخيص من القضاء .

(مادة ٢٨٩)

يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، اذا سمحت بهذا طبيعة
الالتزام .

(مادة ٢٩٠)

١ - اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على شيء
او ان يقوم بادارته ، او كان المطلوب ان يتوخى الحيلة في
تنفيذ التزامه ، فانه يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه
عناية الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا
ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك .

٢ - وفي كل حال يكون المدين مسئولا عما يأتيه من
غش او خطأ جسيم .

(مادة ٢٩١)

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ،
جاز للدائن ان يطلب ازالة ما وقع مخالفا للالتزام ، وله ان
يطلب من القضاء ترخيصا في ان يقوم بهذه الازالة على تفقه
المدين مع عدم الاخلال بحقه في التعويض .

(مادة ٢٩٢)

١ - اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن او غير ملائم
الا اذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن ان يطلب الحكم بالزام
المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك .

٢ - واذا رأت المحكمة ان مقدار الغرامة المحكوم بها
غير كاف لحصل المدين على التنفيذ ، جاز لها ان تزيد في الغرامة
كلما رأت داعيا للزيادة .

٣ - اذا تم تنفيذ العيني ، او أصر المدين على عدم
التنفيذ ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين
عن عدم التنفيذ او التأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي
أصاب الدائن والعمت الذي بدأ من المدين .

(ثانيا) التنفيذ بطريق التعويض :**(مادة ٢٩٣)**

عند تعذر تنفيذ الالتزام عينا ، او التأخير فيه ، يجب على
المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ، ما لم
يثبت المدين ان عدم التنفيذ او التأخير كان لسبب اجنبسي
لا يد له فيه .

٢ - ومع ذلك ، اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا جبر في
تنفيذه .

(مادة ٢٨١)

يقدر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب
الادبي التزاما طبيعيا ، مراعي في ذلك الوعي العام في الجماعة ،
وفي كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعي يخالف النظام
العام .

(مادة ٢٨٢)

لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا ان يوفي التزاما
طبيعيا ، ولا يعتبر متبرعا بما اداه .

(مادة ٢٨٣)

الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني .

(اولا) التنفيذ العيني :**(مادة ٢٨٤)**

١ - يجبر المدين ، بعد اعذاره ، على تنفيذ التزامه
تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا .

٢ - ومع ذلك اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ،
جاز للمحكمة بناء على طلبه ان تقصر حق الدائن على اقتضاء
تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما .

(مادة ٢٨٥)

اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء معين
بنوعه ، ولم يتم المدين بافراز شيء ، من النوع ذاته مسلوكة له ،
جاز للدائن ان يحصل على شيء من هذا النوع على تفقه
المدين بعد اذن القاضي او دون اذنه في حالة الاستعجال .
كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء ، دون اخلال في الطالنين
بحقه في التعويض ان كان له مقتض .

(مادة ٢٨٦)

الالتزام ينقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء
والمحافظة عليه حتى التسليم .

(مادة ٢٨٧)

١ - اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ، ولم يتم تسليمه
بعد اعذاره ، كان هلاك الشيء عليه ، ولو كان هلاكا قبل
الاعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك ، لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ،
اذا اثبت ان الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم اليه ،
ما لم يكن المدين قد قبل ان يتحمل تبعه القوة القاهرة او
الحادث الفجائي .

٣ - على ان الشيء المسروق اذا هلك او ضاع باية صورة
كانت ، فان تبعه ذلك تكون على السارق .

المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

(مادة ٣٠١)

يشمل التعويض الضرر الأدبي ، وتطبق في شأنه المادتان ٢٣١ و ٢٣٢ .

(مادة ٣٠٢)

إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق .

(مادة ٣٠٣)

لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر . ويجوز للمحكمة أن تخفف التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه . ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .

(مادة ٣٠٤)

إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ، الا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

(مادة ٣٠٥)

١ - يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الائتفاع مبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به .
٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة بكون الدائن قد أداها فعلاً .

(مادة ٣٠٦)

إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، ولم يقيم المدين بالوفاء به بعد اعداره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .

الفصل الثاني

الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه

(مادة ٣٠٧)

١ - اموال المدين جسيماً ضامنة للوفاء بديونه .
٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .
(اولا) استعمال الدائن حقوق مديته (الدعوى غير المباشرة) :

(مادة ٣٠٨)

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، أن يستعمل باسم مديته حقوق هذا المدين المالية ، الا ما كان منها

(مادة ٢٩٤)

إذا اشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في احداث الضرر دون أن يستغرق أحد الخطأين الآخر ، حكمت المحكمة بانقاص التعويض بما يقابل خطأ الدائن .

(مادة ٢٩٥)

يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء .

(مادة ٢٩٦)

١ - يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى ، أو على التأخر في تنفيذه الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم .
٢ - كما يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

(مادة ٢٩٧)

لا يستحق التعويض الا بعد اعدار المدين ، ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك .

(مادة ٢٩٨)

يكون اعدار المدين بانذاره ، أو بورقة رسمية تقوم مقام الانذار . كما يجوز أن يكون الاعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها .

(مادة ٢٩٩)

لا ضرورة للاعدار في الحالات الآتية :
(أ) إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخلاً بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل .
(ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .
(ج) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
(د) إذا كان محل الالتزام تسليم شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .
(هـ) إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه .

(مادة ٣٠٠)

١ - تقدر المحكمة التعويض اذا لم يكن مقدراً في العقد أو بمقتضى نص في القانون .
٢ - ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .
٣ - ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم

(مادة ٣١٤)

إذا تقرر عدم نفاذ التصرف ، استفاد من ذلك جبيع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

(مادة ٣١٥)

للمتصرف اليه أن يتخلص من الدعوى إذا أودع خزنة ادارة التنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه .

(مادة ٣١٦)

١ - إذا كان تصرف المدين بتفضيل دائن على غيره ، كان للدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، مع مراعاة أحكام المواد من ٣١٠ الى ٣١٣ .

٢ - وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل ، كان للدائنين الآخرين طلب عدم نفاذ الوفاء في حقهم ، أما إذا وفي المدين الدين بعد انقضاء الأجل ، فلا يكون للدائنين طلب عدم نفاذ الوفاء الا إذا كان قد تم بالتواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه .

(مادة ٣١٧)

تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه ، وتسقط في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف .

(ثالثا ، الحق في الحبس :**(مادة ٣١٨)**

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يستمتع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الاداء ، ومرتبطة بالتزام المدين ، أو ما دام الدائن لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء بالتزامه .

٢ - ومع ذلك لا يجوز لحائز الشيء أو محرزه أن يستمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له من مصروفات أنتفها على الشيء ، إذا كان التزامه بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع .

(مادة ٣١٩)

١ - على الحابس أن يحافظ على الشيء ، وأن يقدم حسابا عن غلته .

٢ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من المحكمة في بيمة وفقا لاجراءات تحددها ، وله أن يبيعه دون اذن المحكمة في حالة الاستعجال ، وينقل الحق في الحبس من الشيء الى كفته .

(مادة ٣٢٠)

مجرد الحق في حبس الشيء لا يغطي الحابس حق امتياز عليه .

متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله اياها من شأنه أن يسبب اعساره أو زيادة الاعسار .

٢ - ولا يلزم لاستعمال الدائن حقوق مدينه اعذار هذا المدين ، ولكن إذا رفعت دعوى باسمه وجب ادخاله فيها والا كانت غير مقبولة .

(مادة ٣٠٩)

يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائبا عنه .
(ثانيا ، دعوى عدم نفاذ التصرفات :

(مادة ٣١٠)

لكل دائن حقه مستحق الاداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أفض من حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، وترتب عليه اعسار المدين أو زيادة اعساره ، وذلك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين التاليتين .

(مادة ٣١١)

١ - إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين ، وعلم المتصرف اليه بهذا الغش . ويفترض غش المدين إذا أثبت الدائن علمه وقت التصرف بأنه معسر أو بأنه كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك . كما يفترض علم المتصرف اليه بغش المدين إذا أثبت الدائن أنه كان يعلم وقت التصرف أن المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم ذلك .

٢ - وإذا كان تصرف المدين تبرعا ، فانه لا يشترط لعدم نفاذه في حق الدائن غش المدين ولا حسن نية المتصرف اليه .

(مادة ٣١٢)

١ - إذا كان تصرف المدين بعوض ، ثم تصرف الخلف الذي انتقل اليه الحق المتصرف فيه الى خلف آخر بعوض فلا يكون للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا إذا أثبت أن الخلف الثاني كان يعلم غش المدين وأن الخلف الأول يعلم بهذا الغش .

٢ - وإذا كان تصرف المدين تبرعا ، ثم تصرف الخلف الذي انتقل اليه الحق المتصرف فيه الى خلف آخر بعوض ، فلا يكون للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا إذا أثبت أن الخلف الثاني كان يعلم باعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول .

(مادة ٣١٣)

إذا ادعى الدائن اعسار المدين ، فليس عليه الا أن يثبت ما في ذمته من ديون . وعلى المدين إذا ادعى يسره أن يثبت أن له من المال ما يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

(مادة ٢٢١)

إذا هلك الشيء المحبوس أو تلف ، انتقل الحق في الحبس الى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تمويض . وتسرى على انتقال الحق ، الاحكام الخاصة برهن الحيازة .

(مادة ٢٢٢)

١ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد الحابس .
٢ - ومع ذلك يجوز للحابس اذا خرج الشيء من يده دون علمه أو رغم معارضته ، أن يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

الباب الثالث

الاوصاف المعدلة لانوار الالتزام

الفصل الاول

الشرط والاجل

(اولا) الشرط :

(مادة ٢٢٣)

يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

(مادة ٢٢٤)

١ - اذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب أو مستحيلا فانه يمنع من قيام الالتزام ان كان الشرط واقفا ، ولا يؤثر في نفاذ الالتزام ان كان الشرط فاسخا .
٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للنظام العام أو الآداب اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

(مادة ٢٢٥)

لا يقوم الالتزام اذا علق على شرط واقف يجعل وجوده متوقفا على محض ارادة الملتزم .

(مادة ٢٢٦)

١ - لا يقوم الالتزام المعلق على شرط واقف الا اذا تحقق الشرط .
٢ - على أنه يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه .

(مادة ٢٢٧)

١ - الالتزام المعلق على شرط فاسخ ينفذ في الحال ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام ، وكان على الدائن رد ما أخذه

فاذا استحال عليه الرد بسبب يرمى اليه وجب عليه أداء المقابل .
٢ - ومع ذلك فان ما قام به الدائن من أعمال الادارة يبقى نافذا رغم تحقق الشرط .

(مادة ٢٢٨)

١ - اذا تحقق الشرط ، واقفا كان أو فاسخا ، استند أثره الى الوقت الذي تم فيه العقد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

(ثانيا) الاجل :

(مادة ٢٢٩)

يكون الالتزام لاجل اذا كان نفاذه أو انتهاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه .

(مادة ٢٣٠)

١ - اذا كان الالتزام مضافا الى اجل واقف فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضى فيه الاجل .
٢ - على أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضاء الاجل ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه ، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشي اعسار المدين أو افلاسه واستند في ذلك الى سبب معقول .

(مادة ٢٣١)

١ - يفترض في الاجل الواقف أنه ضرب لمصلحة المدين الا اذا نص القانون أو تبين من العقد أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا .
٢ - واذا تمحض الاجل لمصلحة أحد الطرفين جاز له أن ينزل عنه .

(مادة ٢٣٢)

يسقط حق المدين في الاجل الواقف :
(أ) اذا حكم بإفلاسه .

(ب) اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون وهذا ما لم يختار الدائن ان يطالب بتكملة التأمين . أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا يدخل لارادة المدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

(ج) اذا لم يقدم الدائن ما وعد في المقدم بتقديمه من التأمينات .

(ثانيا) الالتزام البديلي :

(مادة ٢٤٠)

- ١ — يكون الالتزام بديليا اذا لم يكن محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر .
- ٢ — والأصل لا البديل هو وحده محل الالتزام .

الفصل الثالث

تعدد طرفي الالتزام

(اولا) التضامن :

(مادة ٢٤١)

التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون وذلك مع مراعاة قواعد التجارة .

١ — التضامن بين الدائنين — :

(مادة ٢٤٢)

١ — يجوز للدائنين التضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بكل الدين ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين .

٢ — ولا يجوز للمدين اذا طالبه أحد الدائنين التضامنين بالوفاء أن يحتج عليه بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

(مادة ٢٤٣)

١ — يجوز للمدين أن يوفى كل الدين لأى من الدائنين التضامنين الا اذا أذره دائن آخر بأن يتمتع عن ذلك .

٢ — ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورتة أحد الدائنين التضامنين الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام .

(مادة ٢٤٤)

١ — اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين التضامنين بسبب غير الوفاء لم تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

٢ — واذا أتى أحد الدائنين التضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم .

(مادة ٢٤٥)

كل ما يستوفيه أحد الدائنين التضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ — التضامن بين المدينين

(مادة ٢٤٦)

١ — يجوز للدائن مطالبة المدينين التضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين

(مادة ٢٢٢)

يحل الدين المؤجل بموت المدين الا اذا كان مضمونا بتأمين خاص أو قدم الورثة ضمانا كافيا .

(مادة ٢٢٤)

اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعادا مناسباً لحلول الأجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومفترضة فيه عناية الشخص الحرص على الوفاء بالتزامه .

(مادة ٢٢٥)

يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ انتهاء الالتزام دون أن يكون لهذا الانتهاء أثر رجعى .

الفصل الثانى

تعدد محل الالتزام

(اولا) الالتزام التخييرى :

(مادة ٢٢٦)

١ — يجوز أن يكون محل الالتزام أحد أشياء قيمة أو مثلية من أجناس مختلفة ، ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن .

٢ — واذا أطلق خيار التعيين كان للمدين ، الا اذا قضى القانون أو اتفق المتماقدان على أن الخيار للدائن .

(مادة ٢٢٧)

١ — يلزم في خيار التعيين تحديد المدة التى يكون فيها الخيار ، فاذا أطلق الخيار بدون مدة ، حددت له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أى من الطرفين .

٢ — واذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار الى المدين .

(مادة ٢٢٨)

١ — اذا كان خيار التعيين للمدين وهلك أحد الشيين في يده كان له أن يلزم الدائن بالشئ الثانى ، فان هلكا جميعا انقضى الالتزام .

٢ — واذا كان المدين مسئولاً عن الهلاك ولو فيما يتعلق بأحد الشيين كان ملزماً أن يدفع قيمة آخر شئ هلك .

(مادة ٢٢٩)

ينتقل خيار التعيين الى الوارث .

المدين بنصيه في حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٣٥٩ .
٢ - على أنه اذا اخلى الدائن المدين الذي أبراه من كل
مسئولية عن الدين فان الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا
المدين في حصة المعسر .

(مادة ٣٥٤)

١ - اذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمان بالنسبة الى
أحد المدينين المتضامين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا
بقدر حصة هذا المدين .

٢ - واذا اقتطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أو
أوقف سريانها بالنسبة الى أحد المدينين المتضامين فلا يجوز
للدائن أن يتسكك بذلك قبل باقى المدينين .

(مادة ٣٥٥)

١ - لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فيما يتعلق بتنفيذ
الالتزام الا عن فمله .
٢ - واذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامين أو قاضاه
فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين ، أما اذا أعذر أحد
المدينين المتضامين الدائن فان باقى المدينين يستفيدون من هذا
الاعذار .

(مادة ٣٥٦)

اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامين ، وتضمن
الصالح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى .
استناد منه بالباقي ، أما اذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب
في ذمتهم التزاماً أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به فانه لا ينفذ في
حقهم الا اذا قابوه .

(مادة ٣٥٧)

١ - اذا أقر أحد المدينين المتضامين بالدين فلا يسرى
هذا الاقرار في حق الباقيين .
٢ - واذا نكل أحد المدينين المتضامين عن اليمين أو وجه
الى الدائن يمتنا حلها فلا يضار بذلك باقى المدينين .
٣ - واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين
المتضامين فحلها فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

(مادة ٣٥٨)

١ - اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين فلا يحتج
به على الباقيين .
٢ - أما اذا صدر الحكم لصالح أحدهم فان الباقيين
يستفيدون منه الا اذا كان مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى
صدر الحكم لصالحه .

(مادة ٣٥٩)

١ - اذا وفى أحد المدينين المتضامين كل الدين أو ما يزيد
على حصته فيه أو قضاه بطريق من الطرق المعادلة للوفاء فلا

من وصف يعدل من أثر الدين ، واذا طالب الدائن أحد
المدينين ابتداء لم يمنعه ذلك من مطالبة الباقيين .

٢ - ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن
يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له
أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بنفسه وبالأوجه المشتركة بين
المدينين جميعاً .

(مادة ٣٤٧)

١ - يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامين بالدين
عينا أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقى المدينين .
٢ - واذا برئت ذمة أحد المدينين المتضامين بطريق حوالة
الدين فانه يبرأ معه المدينون الآخرون الا اذا رضوا بالحوالة .

(مادة ٣٤٨)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين
المتضامين أن تبرأ ذمة باقى المدينين الا اذا احتفظ الدائن
بحقه قبلهم .

(مادة ٣٤٩)

لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التى تقص
بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين
الأخر .

(مادة ٣٥٠)

اذا اتحدت ذمة الدائن وأحد مدينين المتضامين فان الدين
لا ينقض بالنسبة الى باقى المدينين الا بقدر حصة المدين الذى
اتحدت ذمته مع الدائن .

(مادة ٣٥١)

١ - اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين فلا تبرأ ذمة
الباقيين الا اذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فاذا لم يصدر منه هذا التصريح كان له أن يطالب
باقى المدينين المتضامين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة
المدين الذى أبراه ، ومع ذلك يكون له مطالبتهم بكل الدين
اذا ما احتفظ لنفسه بهذا الحق ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون
لهؤلاء المدينين حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء
لصاحبه بمقدار حصته في الدين .

(مادة ٣٥٢)

اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامين من التضامن بقى
حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ما لم يتفق على غير
ذلك .

(مادة ٣٥٣)

١ - في جميع الأحوال التى يبرىء فيها الدائن أحد
المدينين المتضامين سواء اكان الابراء من الدين أو من التضامن
يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا

(مادة ٣٦٥)

لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجر .

(مادة ٣٦٦)

لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو في حق الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلنت له ، على أن نفاذها في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون القبول ثابت التاريخ .

(مادة ٣٦٧)

يعوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة في حق المدين والغير ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على الحق المحال .

(مادة ٣٦٨)

ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وترايعه وتأميناته .

(مادة ٣٦٩)

على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به ، وأن يقدم له وسائل اثباته وما هو ضروري من بيانات لتسكينه من استيفائه .

(مادة ٣٧٠)

للمدين أن يتسكك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه : أن يحتج بها على المحيل ، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به في مواجهة المحال له .

(مادة ٣٧١)

١ - اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .
٢ - أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق .

(مادة ٣٧٢)

اذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٣٧٣)

١ - اذا رجح المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا برد ما أخذه من المحال له مع المصروفات حتى لو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .
٢ - ومع ذلك اذا كان المحيل يعلم بعدم وجود الحق بذمة المدين فانه يلتزم بتعويض المحال له حسن النية عما ناله من ضرر .

(مادة ٣٧٤)

١ - يكون المحيل مسؤولا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر بسبب أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض .
٢ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بغير ذلك .

يجوز له أن يرجع على أي من المدينين الا بقدر حصته ، ولو كان الموفي قد رجع بدعوى الدائن استنادا الى ما له من حق الحلول .

٢ - ويقسم الدين اذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضى بغير ذلك .
٣ - واذا أغسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذي وفي الدين وسائر المدينين الآخرين كل بقدر حصته .

(مادة ٣٦٠)

اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فانه يتحمل به كله في علاقته بالباقيين .

(نائيا) عدم قابلية الدين للاقتسام :

(مادة ٣٦١)

يكون الالتزام غير قابل للاقتسام :

(أ) اذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم .
(ب) اذا تبين من الغرض الذي رعى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما أو اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك .

(مادة ٣٦٢)

اذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للاقتسام ، كان كل منهم ملزما بوفاء الالتزام كاملا ، وللمدين الذي وفي حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته ، الا اذا تبين من الظروف غير ذلك .

(مادة ٣٦٣)

اذا تعدد الدائنون في التزام غير قابل للاقتسام ، أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بإبداء الشيء محل الالتزام خزانة ادارة التنفيذ .
ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته .

الباب الرابع**انتقال الالتزام****الفصل الاول****حوالة الحق****(مادة ٣٦٤)**

يجوز للدائن أن يحيل الى غيره ما له من حق في ذمة مدينه ، الا اذا منع من ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وتمت الحوالة دون حاجة الى رضاه المدين .

دفع متعلقة بذات الدين ، كما يجوز له التمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة .

(مادة ٢٨٣)

١ - اذا انقضى الدين الذى قيدت به الحوالة بسبب عارض بعد انعقادها فلا يؤثر ذلك في قيام الحوالة ، ويكون للمحال عليه الرجوع على المحيل بقدر ما أداه للمحال له .

٢ - أما اذا انقضى الدين الذى قيدت به الحوالة بسبب سابق على انعقادها ولا يعزى الى المحال عليه فان الحوالة تبطل .

(مادة ٢٨٤)

في جميع الأحوال التى يستحق فيها المبيع الذى أحيل بشئته يكون للمحال عليه اذا ادى الثمن الخيار في الرجوع اما على المحيل واما على المحال له الذى أوفاه .

(مادة ٢٨٥)

اذا أحال المدين دأته على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده ، ثم هلكت الوديعة قبل اداها للمحال له بغير خطأ من الوديع ، ترتب على ذلك انقضاء الحوالة ، أما اذا استحققت اوديعة للغير تبطل الحوالة .

(مادة ٢٨٦)

اذا أحال المدين دأته على الغاصب حوالة مقيدة بالعين المنصوبة وهلكت العين في يد الغاصب قبل اداها للمحال له فلا يؤثر ذلك في قيام الحوالة ، أما ان استحققت العين المنصوبة للغير بطلت الحوالة .

(مادة ٢٨٧)

لا يجوز للمحال له أن يرجع على المحيل الا اذا شرط في الحوالة الرجوع ان تعذر استيفاء الدين من المحال عليه أو اذا فسخت الحوالة المقيدة أو بطلت بانقضاء الدين أو هلاك العين أو استحقاقها وفقاً لأحكام المواد ٣٨٣ و ٣٨٤ و ٣٨٥ و ٣٨٦ .

(مادة ٢٨٨)

اذا أحال المدين الأصلي دينه حوالة مطلقة ، ولم يكن له عند المحال عليه دين أو عين ، رجع المحال عليه بعد أداء الدين على المدين الأصلي بقدر الدين المحال به .

(مادة ٢٨٩)

اذا أحال المدين الأصلي دينه حوالة مطلقة ، وكان له عند المحال عليه دين أو عين مودعة أو مفضوبة ، بقي له بعد الحوالة الحق في مطالبة المحال عليه بالدين أو العين الى أن يؤدي المحال به الى المحال له ، وان قام المحال عليه بالأداء للمحال له سقط ما عليه قصاصاً بقدر ما أدى .

(مادة ٢٩٠)

اذا انقضت الحوالة مقيدة بدين أو عين فلا يكون للمدين الأصلي مطالبة المحال عليه ولا يكون للمحال عليه الوفاء لذلك المدين .

(مادة ٢٧٥)

اذا تعددت الحوالة بحق واحد قدمت الحوالة التى تكون أسبق في نفاذها في حق الغير .

(مادة ٢٧٦)

١ - اذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة الى الحاجز بمثابة حجز ثان .

٢ - وفي هذه الحالة اذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحجز المتأخر قسمة غزءاً على أن يؤخذ من حق الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال .

الفصل الثانى

حوالة الدين

(مادة ٢٧٧)

١ - يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الاصلى الى ذمة المحال عليه .

٢ - وتكون الحوالة مقيدة اذا تقييد الاداء فيها من عين أو دين للمحيل بذمة المحال عليه وتكون مطلقة اذا لم يتقيد الاداء فيها بشئ من ذلك ولو كان للمدين بذمة المحال عليه دين أو عين يمكن التأدية منها .

(مادة ٢٧٨)

١ - اذا عقدت الحوالة بين المدين الاصلى والمحال عليه فانها لا تكون نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها .

٢ - واذا قام المدين الاصلى أو المحال عليه باعلان الحوالة الى الدائن وعين له أجلاً مناسباً لاقرارها ثم انقضى الأجل دون أن يصدر هذا الاقرار اعتبر سكوت الدائن رضاً للحوالة .

(مادة ٢٧٩)

تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، ولكن اذا لم يقرها المدين الاصلى فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقاً لأحكام حوالة الدين .

(مادة ٢٨٠)

اذا كان المحال له طرفاً في عقد الحوالة ، أو أقرها برىء المدين الاصلى من الدين .

(مادة ٢٨١)

١ - ينتقل الدين الى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته .

٢ - ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل المحال له الا اذا رضى بالحوالة .

(مادة ٢٨٢)

للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من

الباب الخامس

انقضاء الالتزام

الفصل الأول

الوفاء

(مادة ٢٩١)

- ١ - يكون وفاء الدين من المدين كما يصح وفاؤه ممن له حق الحلول القانوني محل الدائن وفقا للمادة ٣٩٤ .
- ٢ - ويصح الوفاء أيضا من أجنبي ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الأجنبي إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .
- ٣ - وفي جميع الأحوال فانه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا نص الاتفاق أو استلزمت طبيعة الالتزام أن ينفذه المدين بنفسه .

(مادة ٢٩٢)

- ١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفي به ، وأن يكون أهلا للتصرف فيه .
- ٢ - ومع ذلك فالوفاء من ناقص الأهلية بئس مستحق عليه يكون صحيحا إذا لم يلحق الوفاء ضررا به .

(مادة ٢٩٣)

- ١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .
- ٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء دون علمه أو رغم إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضا إذا أثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء .

(مادة ٢٩٤)

- ١ - إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :
(أ) إذا كان الموفي ملزما بالمدين مسح المدين او ملزما بوفائه عنه .

- (ب) إذا كان الموفي دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للموفي أى تأمين .
- (ج) إذا كان الموفي قد تملك شيئا وادى الدين لدائن خصص الشيء لضمان حقه .
- (د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول .

(مادة ٢٩٥)

- ١ - للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، حتى لو لم يقبل المدين ذلك ، على أن يكون الاتفاق واردا فى محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء .

٢ - وللمدين أيضا إذا اقترض مالا سده به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاه هذا الدائن ، على أن يكون الاتفاق على الحلول واردا فسى محرر ثابت التاريخ وأن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وان يبين فى المخالصة أن الوفاء كان من المال المقرض من الدائن الجديد ولا يجوز للدائن الاصلى أن يرفض ادراج ذلك البيان .

(مادة ٢٩٦)

من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن ، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من تواع ، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعوع ، ويكون هذا الحلول بالتدبر الذى آذاه من حل محل الدائن .

(مادة ٢٩٧)

١ - اذا وفى غير المدين الدائن جزءا من حقه وحصل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الحلول ويكون فى استيفاء ما بقى له من الحق مقدما على من وقاه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - واذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من الحق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كسل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء .

(مادة ٢٩٨)

اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصه هذا الحائز بحسب قيمة ما حاز من عقار .

(مادة ٢٩٩)

١ - يكون الوفاء للدائن .

٢ - ويعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن .

(مادة ٤٠٠)

اذا كان الوفاء لغير الدائن ، فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة أو تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بمظهر الدائن .

(مادة ٤٠١)

١ - اذا رفض الدائن بغير مبرر مقبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه يرفض الوفاء ، كان للمدين أن ينذره مسجلا عليه هذا الرفض .

٢ - فاذا تم الانذار تحسب الدائن تبعة هلاك الشيء أو تلفه وأصبح للمدين الحق فى ايداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى .

(مادة ٤٠٨)

إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا التعيين .

(مادة ٤٠٩)

إذا لم يعين الدين الذي تم الوفاء به على الوجه المبين في المادة ٤٠٨ ، كان الخصم من حساب الدين الذي حصل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين فإذا تساوت الديون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن .

(مادة ٤١٠)

١ - يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه .
٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم .

(مادة ٤١١)

١ - إذا كان الدين مؤجلاً ، فلمدين أن يوفيه قبل حلول أجله إذا كان هذا الاجل متحضاً لمصلحته ، ولا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء .
٢ - وإذا قضى المدين الدين قبيل حلول الاجل ، ثم استحق المقبوض عاد الدين مؤجلاً كما كان .

(مادة ٤١٢)

١ - يكون الوفاء في موطن المدين كما يجوز أن يكون في مكان عمله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذا العمل .
٢ - ومع ذلك يكون الوفاء بتسليم شيء معين بالذات في المكان الذي كان فيه وقت نشوء الالتزام .
٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بغيره .

(مادة ٤١٣)

تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص في القانون أو عرف يقضي بغير ذلك .

الفصل الثاني**انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء****(اولا) الوفاء بمقابل : (مادة ٤١٤)**

إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً أخسر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء .

(مادة ٤٠٢)

يقوم مقام الوفاء ، عرض الدين عرضاً حقيقياً ، إذا تلاه ايداع أو اجراء بديل عنه وفقاً لاحكام قانون المرافعات ، ثم قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته .

(مادة ٤٠٣)

يستبر فواء للدين بالنسبة لور المدين ، اذا قام مباشرة بايداع الدين بتمامه ، أو اتخذ الاجراء البديل عن الايداع وفقاً لاحكام قانون المرافعات وذلك في الاحوال الاتية :
(ا) - اذا كان المدين يجعل شخصية الدائن أو موطنه .
(ب) - اذا كان الدائن عدوم الاهلية أو ناقصها وليس له نائب يقبل عنه الوفاء .
(ج) - اذا كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص .
(د) - اذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تجعل من المتعذر اتخاذ اجراءات العرض الحقيقي للدين قبل اجراء الايداع أو الاجراء البديل عنه .

(مادة ٤٠٤)

١ - اذا عرض المدين الدين عرضاً حقيقياً ، واتبع العرض بايداع أو باجراء بديل ، جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله ، أو ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته ، واذا رجع بقى الدين على حاله بما له من ضمانات .
٢ - اما اذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم نهائياً بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فانه لا يكون للدائن أن يتسكك بعد ذلك بما كان يكفل حقه من تأمينات وتبراً ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين .

(مادة ٤٠٥)

يكون الوفاء بالشئ المستحق فليس للمدين أن يفي بغيره بدلا عنه ، بدون رضاه الدائن .

(مادة ٤٠٦)

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .
٢ - واذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء .

(مادة ٤٠٧)

اذا كان المدين ملزماً بأن يوفي مع الدين مصروفات وتعميمات عن التأخير في الوفاء وكان ما أداه لا يفي بذلك جميعه ، خصم ما أدى من المصروفات ثم من التعويضات عن التأخير في الوفاء ثم من أصل الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

(مادة ٤١٥)

يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطى في الدين أحكام البيع ، وعلى الاخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الدين المتعددة ، وباهضاء التأمينات .

(نائياً) التجديد :

(مادة ٤١٦)

١ - يتجدد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا ، يختلف عنه في محله أو في مصدره .

٢ - ويجوز تجديد الالتزام بتغيير المدينين اذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الاجنبى مدينا مكان المدين الاصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلى دون حاجة لرضائه او اذا حصل المدين الاصلى على رضاه الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون مدينا مكانه .

٣ - وكذلك يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الاجنبى هو الدائن الجديد .

(مادة ٤١٧)

اذا كان أحد الالتزامين الاصلى أو الجديد باطلا فان التجديد لا يقع .

(مادة ٤١٨)

التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف .

(مادة ٤١٩)

١ - يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الاصلى بتوابعه وانشاء التزام جديد مكانه .

٢ - ولا تنتقل الى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تضمن الالتزام الاصلى الا بنص في القانوس أو اذا تبين أن الثية قد انصرفت الى ذلك .

(مادة ٤٢٠)

١ - اذا كان الالتزام الاصلى مكفولا بتأمينات عينيه مقدمة من المدين ، فان الاتفاق على نقلها الى الالتزام الجديد يتم برعاغة الاحكام الآتية :

(أ) - اذا كان التجديد بتغيير الدين جاز الاتفاق بين الدائن والمدين على انتقال التأمينات .

(ب) - اذا كان التجديد بتغيير المدين جاز الاتفاق بين

الدائن والمدين الجديد على استبقاء التأمينات دون حاجة الى رضاه المدين الاصلى .

(ج) - اذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز لاطراف التجديد الاتفاق على استبقاء التأمينات .

٢ - فان كانت التأمينات العينية مقدمة من أجنبي فلا يتم انتقالها الا برضاء من قدمها أيضا .

٣ - وفي جميع الاحوال لا يكون الاتحاق على انتقال التأمينات العينية نافذا في حق الغير الا اذا تم فسى وقت الاتفاق على التجديد وكان في الحدود التي لا تضر بهذا الغير ، وذلك مع مراعاة الاحكام الخاصة بالتسجيل .

(مادة ٤٢١)

لا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة الشخصية أو التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء أو المدينون المتضامنون .

(نائلاً) الاثابة في الوفاء :

(مادة ٤٢٢)

١ - تتم الاثابة اذا اتفق المدين وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه أو مكانه .

٢ - على أنه يلزم لبراءة ذمة المدين الاصلى موافقة الدائن .

٣ - ولا تقتضى الاثابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والاجنبى .

(مادة ٤٢٣)

١ - اذا كان مقتضى الاثابة أن يحل التزام المناب مكان التزام المنيب اعتبر ذلك تجديدا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه .

٢ - ولا يفترض التجديد في الاثابة ، فاذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد قام الالتزام الجديد السى جانب الالتزام الاول .

(مادة ٤٢٤)

يكون التزام المناب صحيحا ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو خاضعا لدفع من الدفع ، ولا يكون للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(رابعاً) المقاصة :

(مادة ٤٢٥)

١ - للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه ، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدين اذا كان موضوع كل منهما قودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الاداء صالحا للمطالبة به قضاء .

(مادة ٤٢٢)

إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه يحق له ، امتنع عليه التمسك بالتأمينات التي تكفل حقه ، اضراراً بالغير ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق .
(ختاساً) اتحاد الذمة :

(مادة ٤٢٣)

إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى التزام واحد ، انقضى هذا الالتزام بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .

(مادة ٤٢٤)

إذا زال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملقطاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

(اولا) الابراء :

(مادة ٤٢٥)

١ - ينقضى الالتزام اذا أبرأ المدين مدينه ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده .

٢ - ويرتد على الرد اعادة الالتزام بما يلحقه من صفات ، وما يضمنه من تأمينات ، وما يرد عليه من دفع .

(مادة ٤٢٦)

تسرى على الابراء الاحكام الموضوعية للتبرع ، ، ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

(ثانيا) استغناؤه التنفيذ :

(مادة ٤٢٧)

ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لا يد له فيه .

(ثالثا) مرور الزمان المنع من سماع الدعوى :

(مادة ٤٢٨)

لا تسمع عند الانتكار الدعوى بحق من المفقوت الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التى يعين فيها القانون مدة أخرى والاحوال المنصوص عليها فى المواد التالية .

(مادة ٤٢٩)

١ - لا تسمع عند الانتكار الدعوى بمضى خمس سنوات ، اذا كانت بحق دورى متجدد كأجرة المباني والاراضى

٢ - ولا يمنع المقاصة أن يكون ميعاد الوفاء قد تأجل بناء على نظرة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

(مادة ٤٢٦)

تجوز المقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ، وفى هذه الحالة يجب على من يتمسك بالمقاصة أن يعوض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه فى المكان الذى عين لذلك .

(مادة ٤٢٧)

تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية :

(أ) - اذا كان محل أحد الالتزامين رد شئ، تزع دون حق من يد مالكه .

(ب) - اذا كان محل أحد الالتزامين رد شئ مودع أو معار .

(ج) - اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز .

(د) - اذا كان أحد الدينين مستحقا للنفقة .

(مادة ٤٢٨)

١ - لا تقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له حق فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ - ويرتد على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة .

٣ - واذا تعددت ديون المدين فيكون تعيين التقاص فيها كالتعيين عند الوفاء بها .

(مادة ٤٢٩)

اذا كان الدين لا تسمع به الدعوى لمرور الزمان وقت التمسك بالمقاصة فإن ذلك لا يمنع من وقوع المقاصة مما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

(مادة ٤٣٠)

١ - لا يجوز أن تقع المقاصة اضراراً بصقوق الغير .

٢ - فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه بدين صالح للتقاص فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة اضراراً بالحاجز .

(مادة ٤٣١)

١ - اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - أما اذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة الا اذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد اعلان الحوالة .

٢ - وإذا حصر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتمتع سماع الدعوى به الا باقضاء خمس عشرة سنة .

(مادة ٤٤٤)

تخصب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالأيام لا بالساعات ويفعل اليوم الأول ، وتكمل المدة باقضاء آخر يوم منها .

(مادة ٤٤٥)

١ - لا يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء مالم ينص القانون على خلاف ذلك .

٢ - وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن بدأ سريان المدة من وقت نشوء الالتزام .

(مادة ٤٤٦)

١ - لا تسرى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطلب بحقه ولو كان المانع أدبيا ، كما أنها لا تسرى كذلك فيما بين الاصيل والناجب .

٢ - ويعتبر مانعا يتعذر معه المطالبة بالحق ، عدم توفر الاهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

(مادة ٤٤٧)

اذا وجد سبب يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالنسبة الى بعض ورقة الدائن ، فان المسدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورقة .

(مادة ٤٤٨)

تقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، كما تقطع المدة أيضا باعلان السند التنفيذي وبالجزع وبالطلب الذي يتقدم به الدائن ليتبرل حقه في تفتيس أو في توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في احدى الدعاوى .

(مادة ٤٤٩)

١ - تقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنا .

٢ - ويعتبر اقرارا ضمنا ترك المدين مالا له تحت يد الدائن اذا كان المال مرعوثا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين ، أو كان الدائن قد حبسه بناء على حقه في الامتناع عن رده الى حين الوفاء بالدائن المرتبط به عملا بالمادة ٣١٨ .

(مادة ٤٥٠)

١ - اذا قطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الاقطاع ، وتكون المدة الجديدة ماثلة للمدة الاولى .

الزراعية والمرتبات والاجور والارادات المرتبة والمعاشات ، وذلك ما لم يوجد نص يقضى بخلافه .

٢ - واذا كان الحق ربعا في ذمة حائز سبب النية أو ربعا واجبا على ناظر الوقف أداءه للمستحق فلا تسمع الدعوى به عند الانكار بمضى خمس عشرة سنة .

(مادة ٤٤٠)

لا تسمع عند الانكار الدعوى بمضى خمس سنوات اذا كانت بحق من حازق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والضيراء ومدبري التفتيش والسائرة والمعلمين وغيرهم ممن يزاولون المهنة الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم مقابل ما أدوه من أعمال مهنتهم - أو ما انفقوه من مصروفات .

(مادة ٤٤١)

١ - لا تسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات ، ويبدأ سريان هذه المدة في الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التي تستحق فيها وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة .

٢ - وكذلك يكون الحكم اذا كانت الدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان المدة في هذه الحالة من يوم اخطار المدول بالتسوية النهائية لتلك الضرائب والرسوم .

٣ - ولا تغل الأحكام السابقة بما تقضى به القوانين الخاصة .

(مادة ٤٤٢)

١ - لا تسمع عند الانكار الدعوى باقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(أ) - حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرنون فيها ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) - حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم .

٢ - ويجب على من يتسك بعدم سماع الدعوى في الفقرة السابقة أن يحلف اليمين بانه أدى الدين فعلا ، فان كان وارثا للمدين أو نائبا قانونيا عنه أو عن ورثته حلف اليمين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بوفائه وتوجه المسكدة هذه اليمين من تلقاء نفسها .

(مادة ٤٤٣)

١ - يبدأ سريان المسدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المنصوص عليها في المادتين ٤٤٠ و ٤٤٣ من الوقت الذي يتم فيه الدائنون تملكاتهم ولو استمروا في أداء تقدماتهم أخرى .

(مادة ٥٥)

يشمل البيع كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابيه ، وذلك وفقاً لطبيعة المعاملة وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

(مادة ٥٦)

- ١ - يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري علماً كافياً ، والا كان له الحق في طلب ابطال البيع .
- ٢ - ويعتبر علماً كافياً بالمبيع ، اشتغال العقد على بيان أوصافه الأساسية ، بياناً يمكن من تعرفه .
- ٣ - وإذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع ، لا يكون له طلب ابطال المبيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .
- ٤ - وإذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا له .

(مادة ٥٧)

- ١ - إذا كان البيع بالعينة ، انعقد البيع على مبيع مطابق لها .
- ٢ - فإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ، كان عليه إثبات المطابقة أو المغايرة ، ولو كان التلف أو الهلاك بغير خطئه .

(مادة ٥٨)

يجوز اشتراط التجربة أو المذاق ، في مدة معلومة ، لقبول البيع أو رفضه . فإن سكت المتبايعان عن تحديد المدة في العقد ، حملت على المدة المعتادة . فإذا انقضت المدة ولم يعلن المشتري رفضه ، مع تسكنه من تجربة المبيع أو مذاقه اعتبر سكوته قبولا .

(مادة ٥٩)

يجوز أن يقتصر ، في تحديد الثمن على بيان أسس صالحة لتقديره ، كما يجوز أن يفوض تحديده إلى طرف ثالث ، فإذا لم يعده لأي سبب ، كان الثمن هو ثمن المثل .

(مادة ٦٠)

- ١ - لا يترتب على عدم ذكر الثمن بطلان البيع ، إذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين التعامل بالسعر المتداول بينهما ، أو بسعر السوق .
- ٢ - ويكون سعر السوق في زمان البيع ومكانه هو المعتبر ، فإذا لم يكن في مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية . وذلك كله ما لم يتفق على غيره .

(مادة ٦١)

إذا قدر الثمن على أساس الوزن ، يكون الوزن الصافي هو المعتبر ، إلا إذا اتفق الطرفان أو جرى العرف على غير ذلك .

٢ - ومع ذلك فإن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية :

- (أ) - إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره .
- (ب) - إذا كان الحق مما لا تسمح به الدعوى بمرور خمس سنوات وفقاً للمادة ٤٤٠ أو بمرور سنة واحدة وفقاً للمادة ٤٤٢ وانقضت المدة باقرار المدعي .

(مادة ٥١)

يترتب على عدم سماع الدعوى بالحق عدم سماعها أيضاً بالملحقات ولو لم تكتمل المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بهذه الملحقات .

(مادة ٥٢)

١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها ، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدعي أو دائئه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتسك به المدعي .

٢ - ويجوز التسك بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية .

(مادة ٥٣)

- ١ - لا يجوز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على عدم سماع الدعوى بمدة تختلف عن المدة المعينة في القانون .
- ٢ - وإنما يجوز لمن يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن الدفع بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر اضراً بهم .

الكتاب الثاني**العقود المسماة****الباب الاول****العقود التي تقع على الملكية****الفصل الاول****البيع****الفرع الاول - البيع بوجه عام****(مادة ٥٤)**

البيع عقد على تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي .

(مادة ٤٦٢)

١ - يجوز البيع تولية أو اشراكا أو مرابحة أو وضعية ، اذا كان الثمن الذى اشترى به البائع معلوما وقت العقد ، وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضعية محددًا .
٢ - فاذا ثبت أن الثمن الذى اشترى به البائع أقل مما ذكره ، كان للمشتري أن يتسكن بالثمن الحقيقي .
٣ - ويعتبر تدليسا كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه ، اذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري .
(نلتيا) آثار البيع :

(مادة ٤٦٣)

يترتب على البيع نقل ملكية المبيع ، اذا كان معينا بالذات وملوكا للبائع ، فان لم يعين المبيع الا بنوعه ، لا تنتقل ملكيته الا بالافراز . وكل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره ، ودون اخلال بقواعد التسجيل .

(مادة ٤٦٤)

١ - اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، جاز الاتفاق على الا تنتقل الملكية الى المشتري الا بعد الوفاء بالثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .
٢ - فاذا تم الوفاء بالثمن اعتبرت ملكية المشتري مستتدة الى وقت البيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٤٦٥)

يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه وعليه تكاليفه من وقت البيع . ومع ذلك اذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بشماه ، لا يكون للمشتري من الثمار الا بقدر ما آداه من الثمن . وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه .
١ - التزامات البائع :

(مادة ٤٦٦)

اذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور ابرامه ، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضرورى من جانبه لاتقالها ، وأن يمتنع عن أى عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيرا .

(مادة ٤٦٧)

يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعاقبة به .

(مادة ٤٦٨)

يلتزم البائع أن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع .

(مادة ٤٦٩)

اذا حدد في العقد مقدار المبيع ، كان البائع ضامنا نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك ،

على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع الا اذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

(مادة ٤٧٠)

١ - اذا تبين أن قدر المبيع يزيد على ما حدد في العقد ، وكان الثمن مقدرا بالوحدة ، فان كان المبيع قابلا للتبعيض كانت الزيادة للبائع ما لم ير المشتري أخذها بما يقابلها من الثمن . وان كان المبيع غير قابل للتبعيض ، وجب على المشتري أن يدفع ثمن الزيادة ، ما لم تكن جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد .
٢ - فاذا كان الثمن مقدرا جملة واحدة ، تكون الزيادة للمشتري ما لم تكن من الجسامة بحيث لو كان يعلمها البائع لما أتم العقد . وفي هذه الحالة ، يكون المشتري بالخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع ، وبين فسخ البيع .
٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره .

(مادة ٤٧١)

تسقط الدعوى بفسخ العقد أو انقاص الثمن أو تكملته أو رد الزيادة بسبب العجز أو الزيادة في المبيع ، اذا انقضت سنة واحدة من وقت التسليم .

(مادة ٤٧٢)

١ - يحصل التسليم بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من حيازته والاتفاق به دون حائل ، ولو لم يقبضه بالفعل ما دام البائع قد أعلمه بذلك .
٢ - ويكون التسليم في كل شيء على النحو الذى يتفق مع طبيعته .

(مادة ٤٧٣)

يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراض المتعاقدين اذا كان المبيع في حوزة المشتري عند البيع أو اتفق على أن يستقبله البائع في حوزته بعد البيع لسبب آخر غير الملك .

(مادة ٤٧٤)

اذا لم يحدد العقد وقتا لتسليم المبيع ، التزم البائع بتسليمه فور انقضاء العقد . واذا اتفق على أن يتم التسليم في الوقت الذى يحدده المشتري التزم البائع باجرائه فيه . وذلك كله مع مراعاة المواعيد التى تستلزمها طبيعة المبيع أو يقضى بها العرف .

(مادة ٤٧٥)

١ - يتم تسليم المبيع في مكان وجوده وقت العقد ما لم يتفق على غير ذلك .

٢ - فاذا كان المبيع منقولاً ولم يعين مكان وجوده ، وجب تسليمه في موطن البائع .

(مادة ٤٧٦)

إذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين ، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٤٧٧)

تفقات التسليم تكون على البائع ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

(مادة ٤٧٨)

إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه . انسخ البيع واسترد المشتري ما أدها من الثمن وذلك ما لم يكن الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع .

(مادة ٤٧٩)

إذا هلك المبيع في جزء منه أو لحقه التلف قبل التسليم لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه ، كان للمشتري الحق في انقاص الثمن بقدر ما نقص من قيمة المبيع . فإذا كان الهلاك أو التلف جسيماً بحيث لو كان موجوداً عند البيع لما أبرمه ، كان له فسخ البيع وذلك كله إذا كان الهلاك أو التلف حاصلًا قبل إعدار المشتري لتسلم المبيع .

(مادة ٤٨٠)

١ - إذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري بقي ملتزماً بالثمن كاملاً .

٢ - فإذا كان الهلاك أو التلف لسبب يرجع إلى البائع ، كان المشتري بالخيار بين فسخ البيع أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة وذلك دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتضى .

(مادة ٤٨١)

يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك .

(مادة ٤٨٢)

يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعى حقاً على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري ، كما يكون ملزماً بالضمان ولو ادعى المتعرض حقاً نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله .

(مادة ٤٨٣)

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً ، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها .
٢ - فإذا لم يتم بإدخاله وصدر لصالح الغير حكم نهائي ، سقط الضمان عن البائع إذا أثبت أن دخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها .

(مادة ٤٨٤)

١ - إذا استحق المبيع كله ، كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

٢ - ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن ، إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق .

(مادة ٤٨٥)

١ - إذا استحق بعض المبيع أو ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرها لو عو له ما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أتاده منه ، على أن يعوض في حدود ما تقضى به المادة السابقة .

٢ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المبين في الفقرة الأولى ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وفقاً لما تقضى به المادة السابقة .

(مادة ٤٨٦)

لا يضمن البائع حقاً ينقص من انتفاع المشتري بالمبيع إذا كان قد أبان عنه للمشتري وقت التعاقد ، أو كان هذا الحق ارتفاقاً ظاهراً أو ناشئاً عن قيد قانوني على الملكية .

(مادة ٤٨٧)

١ - يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو انقاصه أو إسقاطه .

٢ - ومع ذلك يقع بإطلاق شرط بانقاص الضمان أو إسقاطه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله .

(مادة ٤٨٨)

إذا كان شرط عدم الضمان صحيحاً ، فإن البائع يكون مع ذلك مسؤولاً عن رد الثمن ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار .

(مادة ٤٨٩)

يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة ٤٨٥ ، إذا كان بالمبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته أو من فعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو النقص الذي أعده له .

(مادة ٤٩٠)

لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه .

(مادة ٤٩١)

لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أنه قد تعمد إخفاء غشاً منه .

(مادة ٤٩٢)

١ - اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل ، فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يادر باخضاره به ، فان لم يفعل سقط حقه في الضمان .

٢ - اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري بعد ذلك ، فانه يجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد كشفه والا سقط حقه في الضمان .

(مادة ٤٩٣)

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان .

(مادة ٤٩٤)

اذا علم المشتري بوجود العيب ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك فلا رجوع له بالضمان .

(مادة ٤٩٥)

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تمتد اخفاء العيب في المبيع غشا منه .

(مادة ٤٩٦)

١ - تسقط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكشف المشتري العيب الا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - وليس للبائع أن يتمسك بالسقوط ، اذا ثبت أنه تعدد اخفاء العيب غشا منه .

(مادة ٤٩٧)

لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا تمت بطريق المزايمة العلنية .

(مادة ٤٩٨)

اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض ، أو أن يستبقى المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات .

(مادة ٤٩٩)

١ - اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ، ثم ظهر خلل في المبيع خلالها ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره .

٢ - فاذا لم يتم البائع باصلاح الخلل ، كان للمشتري أن يطلب الفسخ مع التعويض أو أن يستبقى المبيع ويطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفي الطائين يجب رفع الدعوى

في مدة ستة شهور من تاريخ اخطار البائع بوجود الخلل . كل هذا ما لم يتفق على خلافه .

٢ - التزامات المشتري :

(مادة ٥٠٠)

١ - يكون الثمن مستحق الأداء فور تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فاذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع أو نتيجة لفعله ، أو اذا خيف لأسباب جدية أن يستحق المبيع ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينتهي التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كميلا .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة اذا ظهر عيب في المبيع .

(مادة ٥٠١)

١ - يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع ، وجب أداءه في موطن المشتري .

٢ - وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(مادة ٥٠٢)

اذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع ، يكون البائع بالخيار بين طلب الزام المشتري بالتفويض أو طلب فسخ البيع .

(مادة ٥٠٣)

اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع .

(مادة ٥٠٤)

اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع .

(مادة ٥٠٥)

في بيع المنقولات اذا اتفق على ميعاد لأداء الثمن كله أو أكثره وتسلم المبيع ، كان للبائع الحق في اعتبار البيع مقسوخا دون حاجة الى اصدار اذا لم يؤد المشتري المستحق من الثمن عند حلول الميعاد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، أو كان الباقي من الثمن المستحق يسيرا .

(مادة ٥٠٦)

اذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد

لكتبة المحاكم ولا لأمورى التنفيذ أن يشتروا ، ولو باسم مستعار ، حقا متنازعا فيه ، والا كان المقد باطلا .

(مادة ٥١٤)

١ - لا يجوز للسماسرة ولا للغيره أن يشتروا - ولو باسم مستعار - الأموال الموهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها .

٢ - ويصح العقد في هذه الأحوال اذا أقره من تم البيع لحسابه .

(مادة ٥١٥)

يسرى الحظر المنصوص عليه في المادتين السابقتين ، على الأزواج ، والأقارب والأصهار ، حتى الدرجة الثانية .
(وايضا) بيع حصة في تركة :

(مادة ٥١٦)

من باع تركة أو حصة فيها دون تفصيل لمشتلائها ، لا يضمن الأثوث وراثته لما باعه ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٥١٧)

اذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الحقوق أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو استهلكه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه وقيمة ما استهلكه ، ما لم يكن قد اشترط عند البيع عدم الرد .

(مادة ٥١٨)

يُرد المشتري للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . ولا يخل بيع الوارث لحصته بما عساه أن يكون له من حقوق على التركة .

(خاصسا) البيع في مرض الموت :

(مادة ٥١٩)

١ - يسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة (٩٤٢) .

٢ - ومع ذلك لا تسرى هذه الأحكام اضرارا بالغير حسن النية ، اذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على المبيع .

الفصل الثانى

المقايضة

(مادة ٥٢٠)

المقايضة مبادلة مال بمال لا يكون أيهما نقدا .

(مادة ٥٢١)

اذا تفاوتت قيمة البديلين في تقدير المتقايضين ، جاز أن يكون فرق القيمة معدلا من النقود .

فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله من هذا المكان دون ابطاء الا بقدر ما يقتضيه النقل من زمن .

(مادة ٥٠٧)

يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل ونفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

الفرع الثانى - بعض أنواع البيوع

(اولا) بيع الوفاء :

(مادة ٥٠٨)

اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع في مقابل رد الثمن والمصروفات ، اعتبر العقد قرضا مضمونا برهن حيازى .

(ثانيا) بيع ملك الغير :

(مادة ٥٠٩)

اذا باع شخص مالا للغير فان الملكية لا تنتقل الى المشتري الا اذا آلت الى البائع أو أثر المالك البيع .

(ثالثا) بيع الحقوق المتنازع فيها :

(مادة ٥١٠)

١ - اذا بيع حق متنازع فيه ، كان لمن ينازع البائع أن يسترده من مشتريه اذا رد له ما دفعه من ثمن وما تكبده من مصروفات .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى .

(مادة ٥١١)

يسقط حق الاسترداد بضى ثلاثين يوما من تاريخ علم المسترد بالبيع .

(مادة ٥١٢)

استثناء من حكم المادة ٥١٠ ، لا يجوز الاسترداد في الأحوال الآتية :

(١) - اذا كان الحق يدخل ضمن مجموعة أموال يبع بثمن واحد .

(ب) - اذا كان الحق شائعا وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر .

(ج) - اذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه وفاء لدين مستحق في ذمته لدائن .

(د) - اذا كان الحق مضمونا برهن يشغل عقارا وبيع الحق لحائز هذا العقار .

(مادة ٥١٣)

لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا

(مادة ٥٢٢)

١ - إذا استحق الموهوب وكان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً .
٢ - فإن كانت الهبة مقترنة بتكليف فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق الا في حدود ما آداه الموهوب له من التكليف، ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى .

(مادة ٥٢٣)

لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب ، الا اذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب ، وعندئذ لا يكون ملزماً الا بتعويض الموهوب له عما سببه العيب من ضرر .
٢ - التزامات الموهوب له :

(مادة ٥٢٤)

يلتزم الموهوب له بالقيام بما يفرضه عليه المقدم من تكليف، سواء كان هذا التكليف مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير .

(مادة ٥٢٥)

إذا تبين أن الموهوب وقت الهبة ، كان أقل من قيمة التكليف المترن بها وكان الموهوب له على غير علم بذلك ، فإنه لا يكون ملزماً بأن يقوم بالتكليف الا في حدود قيمة الموهوب .

(مادة ٥٢٦)

إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف الموهوب له الوفاء بديون الواهب ، فإنه لا يكون ملزماً الا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة ما لم يتفق على غير ذلك .
(ثالثاً) الرجوع في الهبة :

(مادة ٥٢٧)

١ - لا يجوز للواهب الرجوع في هبته ، الا الأبوين فيما وهبها لولدتهما .

٢ - ومع ذلك يجوز في غير هذه الحالة ، الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء ، اذا استند الواهب في ذلك الى عذر مقبول .

(مادة ٥٢٨)

يعتبر على وجه الخصوص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة:
(أ) - ان يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، اخلاصاً يعتبر جسوداً كبيراً من جانبه .

(ب) - ان يصبح الواهب عاجزاً عن ان يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكاتته الاجتماعية ، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(مادة ٥٢٢)

تسرى على المتأبضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المتأبضة ، ويعتبر كل من المتأبضين بائعاً لما قابض به ومشترياً لما قابض عليه .

(مادة ٥٢٣)

مصرفات عقد المتأبضة ورسوم التسجيل وغير ذلك من النفقات ، يتحملها المتأبضان مناصفة ما لم يتفق على غير ذلك .

الفصل الثالث

الهبة

(مادة ٥٢٤)

الهبة عقد على تملك مال في الحال بغير عوض .
(اولاً) اركان الهبة :

(مادة ٥٢٥)

١ - لا تنعقد الهبة الا اذا اقترنت بقبض الموهوب أو وتمت في محرر رسمي .

٢ - ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب اذا كان ولياً أو وصياً أو قايماً على تربية الموهوب له .

(مادة ٥٢٦)

لا تمنع الهبة على مال مستقبل .

(مادة ٥٢٧)

هبة مال الغير باطلة .

(مادة ٥٢٨)

هبة الشاع جائزة ولو كان الموهوب قابلاً للقسمة .

(مادة ٥٢٩)

تسرى على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية .
(ثانياً) آثار الهبة :

١ - التزامات الواهب :

(مادة ٥٣٠)

١ - يلتزم الواهب بتسليم المال الموهوب ، اذا لم يكن الموهوب له قد قبضه ، وتسرى في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم البيع .

٢ - فإذا هلك المال الموهوب قبل تسليمه أو حصل فيه تغير أو نقص ، لا يكون الواهب مسؤولاً الا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم .

(مادة ٥٣١)

لا يضمن الواهب الا التعرض الناشئ عن فعله ، كما لا يضمن استحقاق الموهوب الا اذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه .

٢ - فإذا ملك الشيء قبل تسليمه كان هلاكه على المقرض .

(مادة ٥٤٥)

إذا استحق الشيء المقرض سرت في ذلك أحكام الاعارة .

(مادة ٥٤٦)

١ - إذا ظهر في الشيء عيب واختار المقرض استبقائه فلا يلزمه أن يرد الا قيمة الشيء معيبا .

٢ - فإذا كان المقرض قد تمتد اخفاء العيب فانه يكون مسئولاً عما يسببه العيب من ضرر .

(مادة ٥٤٧)

١ - يكزن الاقراض بغير فائدة . ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته .

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض .

(مادة ٥٤٨)

١ - على المقرض أن يرد المثل عند حلول الاجل المتفق عليه أو عند سقوطه .

٢ - فإذا لم يتفق على أجل ، أو اتفق على أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسباً للرد وفقاً للظروف .

(مادة ٥٤٩)

إذا لم يتفق على مكان لرد المثل ، كان الرد واجباً على موطن المقرض .

(مادة ٥٥٠)

١ - لا عبرة بتغير قيمة المثل وقت الرد .

٢ - وإذا اقتطع مثل الشيء المقرض عن السوق ، كان المقرض بالخيار ، اما ان ينتظر حتى يعود الشيء الى السوق ، فيرد المقرض مثله ، واما أن يطالب المقرض بقيمة الشيء في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد .

(مادة ٥٥١)

تفقات القرض والرد على المقرض ، ما لم يتفق على غير ذلك .

الفصل الخامس

الصلح

(مادة ٥٥٢)

الصلح عقد يصمم به عاقبده نزاعاً قائماً بينهما ، أو بتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما - على وجه التنازل - عن جانب من ادعائه .

(ج) - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حياً الى وقت الرجوع .

(مادة ٥٢٩)

يمنتع الرجوع في الهبة :

(أ) - إذا كانت الهبة من الام ، وكان ولدها يتيماً وقت الرجوع .

(ب) - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت الزوجية قائمة .

(ج) - إذا مات الواهب أو الموهوب له .

(د) - إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً يخرج عن ملكه ، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب ، جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

(هـ) - إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته .

(و) - إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة .

(ز) - إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً ، يخشى معه الموت ، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع .

(ح) - إذا اقتربت الهبة بتكليف .

(ط) - إذا كانت الهبة لقرض خيري .

(مادة ٥٤٠)

يجوز لاي من ورثة الواهب فسخ الهبة اذا قتل الموهوب له الواهب عمداً وبدون حق أو اشترك في قتله .

(مادة ٥٤١)

يترتب على الرجوع اعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

(مادة ٥٤٢)

تفقات الهبة على الموهوب له ، وتفقات الرجوع على الواهب ما لم يتفق على غير ذلك .

الفصل الرابع

القرض

(مادة ٥٤٣)

القرض عقد يلتزم به المقرض أن يؤدي الى المقرض مبلغاً من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد اليه مثله نوعاً وصفةً وقدراً .

(مادة ٥٤٤)

١ - يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع القرض الى المقرض وقت تمام العقد ، ما لم يتم الاتفاق على تسليمه في وقت آخر .

(اولا) اركان الصلح :

(مادة ٥٥٣)

يشترط فيمن يعقد صلحا ، أن يكون أهلا للتصرف
بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح .

(مادة ٥٥٤)

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ،
ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها .

(مادة ٥٥٥)

لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بحضور رسمي .

(ثانيا) آثار الصلح :

(مادة ٥٥٦)

١ - يحسم الصلح المنازعات التي يتناولها .
٢ - ويرتب عليه انقضاء الادعاءات التي ينزل عنها
أي من المتصلحين .

(مادة ٥٥٧)

١ - للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ما يتناوله من
الحقوق المتنازع فيها دون غيرها .
٢ - وتسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح
تفسيرا ضيقا .

(مادة ٥٥٨)

١ - لا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه ،
حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة .
٢ - ومع ذلك يحق للمتضامنين - دائنين كانوا أو
مدينين - أن يتمسكوا بالصلح الذي يعقده أحدهم ، اذا
رأوا فيه نفعاً لهم .

(مادة ٥٥٩)

من تصالح على حق ، ثم كسبه بعد ذلك بناء على سبب
آخر ، لا يكون بالنسبة لهذا الكسب الجديد ، مرتبطا بصلحه
السابق .

(ثالثا) بطلان الصلح :

(مادة ٥٦٠)

١ - الصلح لا يتجزأ ، فبطلان جزء منه أو ابطاله ،
يقضى بطلان العقد كله أو ابطاله .
٢ - على أن هذا الحكم لا يسرى ، اذا تبين من عبارات
العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اعتبرا أجزاء الصلح
منفصلة ومستقلا بعضها عن بعض .

الباب الثاني**العقود التي ترد على منفعة الاشياء****الفصل الأول****الايجار****الفرع الأول - الایجار بوجه عام**

(مادة ٥٦١)

الايجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يسكن المستأجر
من الانتفاع بشئ معين لمدة محدودة في مقابلة عوض مالي .
(اولا) اركان الایجار :

(مادة ٥٦٢)

لا يجوز لمن يقتصر حقه على الادارة أن يعقد ايجارا!
تزيد مدته على ثلاث سنين الا باذن من يملكه ، فاذا عقد
الایجار لمدة أطول انقصت مدته الى ثلاث سنين ، وكل هذا
ما لم يوجد نص يقضى بغيره .

(مادة ٥٦٣)

١ - الایجار الصادر من له حق الانتفاع لا ينفذ بعد
انقضاء هذا الحق في مواجهة مالك الرقبة ما لم يقره ، على أن
تراعى المواعيد المقررة للتبنيه بالأخلاء والمواعيد اللازمة
لنضج المحصول القائم ونقله .

٢ - أما من ليس له الا حق الاستعمال ، أو السكنى ،
فلا يجوز له التأجير الا باذن صريح أو لمرر قوى .

(مادة ٥٦٤)

يجوز أن تكون الاجرة تقودا كما يجوز أن تكون آبي
مقابل مالي آخر .

(مادة ٥٦٥)

اذا لم يحدد المتعاقدان الاجرة أو كيفية تقديرها ، أو
اذا تمذر اثبات مقدارها ، وجبت اجرة المثل وقت ابرام العقد .

(مادة ٥٦٦)

اذا لم يحدد المتعاقدان تاريخ بدء الایجار ، كان تاريخ
العقد هو المعتبر .

(مادة ٥٦٧)

١ - اذا عقد الایجار دون تحديد مدة أو عقد لمدة غير
معينة أو تمذر اثبات مدته اعتبر الایجار منعقدا للمدة المحددة
لدفع الاجرة .

٢ - وينتهي الایجار بانقضاء هذه المدة اذ نه أحد
المتعاقدين على الآخر بالأخلاء قبل نفسها الاخير على الا يزيد
ميعاد التبنيه على ثلاثة أشهر .

(مادة ٥٦٨)

لا يجوز أن تتجاوز مدة الإيجار خمسة وعشرين سنة ،
فإن عقد الإيجار لمدة أطول أو كان مؤبدا ردت مدته الى هذا
القدر ، ما لم يكن الإيجار معقودا لمدة حياة المؤجر أو
المستأجر فيستمر العقد لهذه المدة ولو زادت على خمسة
وعشرين سنة .
(ثانيا) آثار الإيجان :

١ - التزامات المؤجر :

(مادة ٥٦٩)

يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح
معا لاستيفاء المنفعة المقصودة .

(مادة ٥٧٠)

١ - إذا كان المأجور وقت التسليم في حالة لا يصلح
معا لاستيفاء المنفعة المقصودة ، أو إذا كان من شأن حالته قص
هذه المنفعة تقصا كبيرا ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد
أو انقاص الاجرة بقدر ما قص من قيمة المنفعة مع التعويض
في الحالتين إن كان له متقضى ، وذلك دون اخلال بحقه في
الزام المؤجر بالتقيام بما يلزم من الاصلاحات اللازمة لتسكينه
من الانتفاع المقصود .

٢ - فإذا كان المأجور في حالة من شأنها أن تعرض
صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميهم أو عماله
لخطر جسيم ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ، ولو كان
قد سبق له التنازل عن هذا الحق .

(مادة ٥٧١)

يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على
الالتزام بتسليم المبيع من أحكام ، وعلى الاخص ما يتعلق
منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد المأجور وملحقاته والعجز
أو الزيادة فيه ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

(مادة ٥٧٢)

يلتزم المؤجر أن يتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة
يصلح معها للانتفاع المقصود بأن يقوم في أثناء مدة الإيجار
بجميع الاصلاحات الضرورية طبقا لما يقضى به العرف ، ما لم
يتم الاتفاق على غيره .

(مادة ٥٧٣)

١ - إذا تخلف المؤجر بعد اعذاره عن اجراء ما يلزمه
القيام به من الاصلاحات اعلاما لا تقضى به المادتان ٥٧٢ ،
جاز للمستأجر أن يحصل على اذن من القضاء باجراء تلك
الاصلاحات بنفسه وباستيناء ما يفتقه خصما من الاجرة ، وذلك
دون اخلال بحقه في طلب الفسخ أو انقاص الاجرة وفقا لما يقضى
به القانون .

٢ - ولا يكون اذن القضاء ضروريا اذا كانت الاصلاحات
مستعجلة أو قليلة الكلفة .

(مادة ٥٧٤)

١ - للمؤجر أن يجري جميع الاصلاحات المستعجلة
التي تكون ضرورية لحفظ المأجور ولو عارض المستأجر ، على
أن يتب عليه بزمه على اجرائها قبل بدئها بمدة مناسبة .
٢ - فإذا كان من شأن اجراء هذه الاصلاحات حصول
اخلال كلي أو جزئي بالانتفاع المقصود ، جاز للمستأجر أن
يطلب لنهاه الإيجار أو انقاص الاجرة .

(مادة ٥٧٥)

١ - اذا هلك المأجور أثناء مدة الإيجار لسبب أجنبي
لا يد لآحد المتعاقدين فيه هلاكاً كلياً ، انفسخ العقد من تلقاه
نفسه .

٢ - فإذا كان هلاكه جزئياً أو أصبح في حالة لا يصلح
معا لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة ، ولم يكن للمستأجر يد
في ذلك ، جاز له ، اذا لم يتم المؤجر في ميعاد مناسب باعادة
المأجور الى الحالة التي كان عليها ، أن يطلب إما انقاص
الاجرة أو فسخ الإيجار ، وذلك دون اخلال بحقه في أن يقوم
بنفسه باصلاح المأجور واعادته الى أصله وفقا لاحكام المادة
٥٧٣ ، اذا لم يكن في ذلك ارهاق للمؤجر .

(مادة ٥٧٦)

١ - لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه
المنفعة طوال مدة الإيجار ولا أن يحدث في المأجور أو ملحقاته
تغيراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المقصودة .
٢ - ويعتبر في حكم تعرض المؤجر للتعرض الصادر من
أحد أتباعه .

(مادة ٥٧٧)

١ - اذا ادعى الغير حقا يتعارض مع ما للمستأجر من
حقوق بمقتضى عقد الإيجار ، وجب على المستأجر ان يبادر
الى اخطار المؤجر بذلك .

٢ - فإذا ترتب على هذا الادعاء حرمان المستأجر من
الانتفاع الذي يخوله له عقد الإيجار ، جاز له أن يطلب
الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له متقضى .

(مادة ٥٧٨)

لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير الا
اذا كان مبنيا على سبب قانوني .

(مادة ٥٧٩)

اذا وقع تعرض مادي من الغير ولم يكن للمستأجر قبل
بدفمه وكان من الجسامه بحيث يجرمه من الانتفاع بالمأجور
أو ينقص انتفاعه به انتقاصا كبيرا ، جاز له أن يطلب فسخ
العقد أو انقاص الاجرة .

(مادة ٥٨٠)

إذا تعدد المستأجرون لمؤجر واحد ، فضل من سبق منهم الى وضع يده عليه وهو حسن النية ، فان لم يضع أحدهم يده على المأجور بحسن نية ، فضل من كان منهم الاسبق في التناقص .

(مادة ٥٨١)

١ - اذا ترتب على عمل صدر من السلطة العامة في حدود القانون نقص كبير في ارتفاع المستأجر ، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو اقصاء الاجرة ، ما لم يكن عمل السلطة لسبب يعزى اليه .

٢ - ولا يكون للمستأجر حق في التعويض قبل المؤجر الا اذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولاً عنه .

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره .

(مادة ٥٨٢)

١ - يضمن المؤجر للمستأجر براءة المأجور من العيوب التي تحول دون الانتفاع به ، أو تنقص من هذا الانتفاع اقصا كبراً .

٢ - ومع ذلك لا يضمن المؤجر عيباً جسيماً العرف على التسامح فيه ، كما أنه لا يضمن عيباً كان المستأجر يعلم به وقت التعاقد أو كان يستطيع ان يتبينه لو أنه فحص المأجور بما ينبغي من العناية الا اذا أثبت المستأجر أن المؤجر قد أكد له خلو المأجور من هذا العيب ، أو أنه قد تمعد اخفاه غشياً منه .

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق بغيره .

(مادة ٥٨٣)

اذا ظهر بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، جاز للمستأجر أن يطلب اصلاح العيب أو أن يقوم هو باصلاحه على نفقة المؤجر ، اذا كان هذا الاصلاح لا يرهقه ، وذلك دون اخلال بحق المستأجر في طلب فسخ الايجار أو اقصاء الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى .

(مادة ٥٨٤)

يقع باطلاً كل شرط بالاغفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب ، اذا كان المؤجر قد تمعد اخفاء سبب الضمان .

(مادة ٥٨٥)

اذا لم يتوافر في المأجور وقت التسليم الصفات التي كفل المؤجر للمستأجر وجودها فيه ، كان للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار أو اقصاء الاجرة وذلك دون اخلال بحقه فسى التعويض ان كان له مقتضى .

٢ - التزامات المستأجر :

(مادة ٥٨٦)

١ - يجب على المستأجر الوفاء بالاجرة في المواعيد المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق ، وجب الوفاء بها في المواعيد التي يعينها العرف .

٢ - ويكون الوفاء بالاجرة في موطن المستأجر ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(مادة ٥٨٧)

الوفاء بالاجرة عن وحدة زمنية معينة ، يعتبر قرينة على الوفاء بالاجرة عن المدة السابقة ، ما لم يثبت المؤجر عكس ذلك .

(مادة ٥٨٨)

١ - يكون للمؤجر ضمناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الايجار أن يجبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في المأجور ، ما دامت مثقلة بامتياز للمؤجر ، ولو لم تكن مملوكة للمستأجر . وللمؤجر الحق في أن يمنع في نقلها ، فاذا نقلت رغم معارضته أو بغير علمه ، كان له الحق في استردادها من الحائز لها ولو كان حسن النية ، مع عدم الاخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق .

٢ - وليس للمؤجر أن يستعمل حقته في الجبس أو في الاسترداد اذا كان نقل هذه الأشياء أمراً اقتضته حرفة المستأجر أو المألوف في شؤون الحياة ، أو كانت المنقولات التي تركت في المأجور أو التي تم استردادها تبقى بضمن الاجرة تامة ما .

(مادة ٥٨٩)

يلتزم المستأجر بأن يستعمل المأجور على النحو المتفق عليه ، فان لم يكن هناك اتفاق التزم أن يستعمله بحسب ما أعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف .

(مادة ٥٩٠)

لا يجوز للمستأجر بغير اذن المؤجر أن يحدث في المأجور تغييراً ينشأ عنه ضرر للمؤجر .

(مادة ٥٩١)

١ - يجوز للمستأجر أن يضع في المأجور أجهزة أو تركيبات تكفل له الانتفاع المقصود ، ما دامت الطريقة التي توضع بها متفقة مع الأصول السليمة ، وذلك ما لم يكن في وضوح هذه الأجهزة أو التركيبات اضرار بالمأجور أو اقصاء من قيمته .

٢ - فاذا كان تدخل المؤجر لازماً لاجراء شيء من ذلك ، كان للمستأجر أن يقضيه منه على أن يتحمل بما ينفقه المؤجر .

(مادة ٥٩٢)

١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال المأجور وفي المحافظة عليه ما يبذله الشخص العادي .

٢ - وهو مسئول عما يسبب المأجور أثناء انتفاعه به من تلف أو هلاك ناشيء عن استعماله استعمالاً غير مألوف .

(مادة ٦٠١)

في حالة التنازل عن الإيجار ، يعل المتنازل له محل المستأجر الأصلي في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار . ومع ذلك يبقى المستأجر الأصلي ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته .

(مادة ٦٠٢)

١ - في حالة الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المستأجر الأصلي وبين المؤجر خاضعة لأحكام العقد المبرم بينهما . أما العلاقة بين المستأجر الأصلي وبين المستأجر منه فتسرى عليها أحكام عقد الإيجار من الباطن .

٢ - ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر بذلك ، ولا يجوز له أن يتسكك قبله بما يكون قد عبثه من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار ، وبسند ثابت التاريخ .

(مادة ٦٠٣)

تبراً ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر ، سواء فيما يتعلق بضمان المتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار أو فيما يتعلق بما يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن ، إذا صدر من المؤجر قبول صريح أو ضمنى بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن . ويعتبر قبولاً ضمناً قبض المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون ابداء أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي .

(رابعاً) انتهاء الإيجار :

(مادة ٦٠٤)

ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المحددة له في العقد دون حاجة الى تنبيه بالإخلاء ما لم يكن هناك اتفاق على امتداد الإيجار لمدة أخرى محددة أو غير محددة عند عدم التنبيه بالإخلاء في ميعاد معين .

(مادة ٦٠٥)

١ - إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه . اعتبر الإيجار قد تجدد بشرطه الاولي ولكن لمدة غير محددة ، وتسرى على الإيجار إذا تجدد على هذا الوجه أحكام المادة ٥٦٧ .

٢ - وتنقل الى الإيجار الجديد التأمينات العينية التي كان المستأجر قد قدمها ضماناً للإيجار القديم مع مراعاة قواعد شهر الحقوق . أما التأمينات المقدمة من الغير فلا تنتقل الى الإيجار الجديد الا اذا رضى مقدمها بذلك .

(مادة ٦٠٦)

١ - اذا نبه أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء واستمر

(مادة ٥٩٢)

يجب على المستأجر أن يبادر الى انظار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كان يحتاج المأجور الى اصلاح عاجل أو يتكشف به عيب أو يقع عليه غصب أو يحصل التعرض له فيه أو يحدث به ضرر .

(مادة ٥٩٤)

الاصلاحات البسيطة التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالاً مألوفاً ، تكون على عاتق المستأجر .

(مادة ٥٩٥)

يلتزم المستأجر برد المأجور وملحقاته عند انتهاء الإيجار . فان أخل بالتزامه بالتسليم وجب عليه تعويض المؤجر عما لحقه من ضرر ، وذلك دون اخلال بحق المؤجر في تسلم المأجور .

(مادة ٥٩٦)

١ - على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها ، الا ما يكون قد أصابه من هلاك أو تلف بغير خطأ يسأل عنه .

٢ - فاذا كان تسليم المأجور قد تم دون بيان لحالته ، افترض أن المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

(مادة ٥٩٧)

مصروفات رد المأجور تكون على المستأجر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

(مادة ٥٩٨)

١ - اذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراساً أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته ، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على نفقته اذا لم يكن في ذلك اضرار بالمأجور .

٢ - فان لم يزل المستأجر هذه الزيادات ، كان للمؤجر أن يطالبه بازالتها ، أو أن يستبنيها بقيمتها مستحقة الازالة ، دون اخلال بحقه في التعويض عما تسببه الازالة من ضرر اذا كانت الزيادات قد أحدثت بغير اذنه .

٣ - وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(ثلثاً) التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن :

(مادة ٥٩٩)

للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن عن كل ما استأجره أو بعضه وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره أو يتبين أن شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد .

(مادة ٦٠٠)

منع المستأجر من التنازل عن الإيجار يقتضى منعه من التأجير من الباطن وكذلك العكس .

(مادة ٦١٢)

إذا مات المستأجر ولم يكن الإيجار قد عقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، جاز لورثته والمؤجر أن يطلبوا إنهاء العقد .

(مادة ٦١٣)

إذا اقتضى عمل المستأجر أن يغير محل إقامته ، جاز له أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه .

(مادة ٦١٤)

يجب على من يطلب إنهاء الإيجار في الحالات المبينة بالمواد من ٦١٠ إلى ٦١٣ ، أن يراعى ميعاد التنبيه المنصوص عليه في المادة ٥٧٧ .

(مادة ٦١٥)

١ - إذا لم يباشر المستأجر الانتفاع بالمأجور أو لم ينتفع به إلا انتفاعاً ناقصاً ، وكان ذلك راجعاً إلى خطئه أو إلى أمر يتعلق بشخصه ، فإنه يبقى ملزماً بالإيجار وبالوفاء بما يفرضه عليه العقد من الالتزامات ما دام المؤجر قد وضع المأجور تحت تصرفه في حالة صالحة للانتفاع المتفق عليه .

٢ - وفي هذه الحالة يجب على المؤجر أن يتخضع من الأجرة قيمة ما اقتصد من نفقات بسبب عدم انتفاع المستأجر بالمأجور وقيمة ما حققه من نفع باستعماله المأجور في أغراض أخرى .

الفرع الثاني - بعض أنواع الإيجار**(أولا) إيجار الأراضي الزراعية :****(مادة ٦١٦)**

تسرى أحكام الإيجار على إيجار الأراضي الزراعية مع مراعاة أحكام المواد التالية ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها .

(مادة ٦١٧)

١ - إيجار الأرض الزراعية لا يشمل الأدوات الموجودة فيها إلا بنسب في العقد .
٢ - فإذا تناولها الإيجار ، التزم المستأجر بأن يراعها ويتعهد بها بالصيانة بحسب المألوف في استعمالها .

(مادة ٦١٨)

إذا ذكر في العقد أن الإيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات ، كان المقصود من ذلك أنه قد عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة دورات .

(مادة ٦١٩)

١ - يتم استئثار الأرض المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق كان على المستأجر أن يستغلها

المستأجر مع ذلك منتفعا بالمأجور ، فلا يعتبر الإيجار قد تجدد ما لم يتم الدليل على عكس ذلك .

٢ - أما إذا أخطر المؤجر المستأجر بعدم تجديد الإيجار إلا بأجرة محددة أو بشروط معينة أخرى ، فسكت المستأجر فإن سكوته يعتبر تجديداً للإيجار بالأجرة أو الشروط التي أخطرها بها المؤجر .

(مادة ٦٠٧)

إذا انتقلت ملكية المأجور إلى خلف خاص ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه بغير رضاه ما لم يثبت أنه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية إليه .

(مادة ٦٠٨)

لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية المأجور ، ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على رد المأجور إلا بعد التنبيه عليه بذلك وفقاً للمادة ٥٧٧ وبعدم حصول المستأجر على التعويض المستحق على المؤجر بسبب رد المأجور قبل انتهاء مدة الإيجار ، أو بعد الحصول على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض .

(مادة ٦٠٩)

١ - إذا نفذ الإيجار في حق من انتقلت إليه الملكية ، فإنه يعمل محل المؤجر في جميع ما يرتبه عقد الإيجار من حقوق والتزامات .

٢ - ومع ذلك لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بما دفعه من الأجرة في مواجهة من انتقلت إليه الملكية ، إذا ثبت أنه كان وقت الدفع يعلم بانتقال الملكية أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك .

(مادة ٦١٠)

١ - إذا حدث لاحد طرفي العقد ظروف غير متوقعة من شأنها أن تجعل استمرار الإيجار مرهقاً له ، جاز للقاضي بناء على طلبه ، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين ، إنهاء الإيجار مع تعويض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً .

٢ - فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كاف .

(مادة ٦١١)

١ - لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر .
٢ - ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم .

(ثانياً) الزراعة :

(مادة ٦٢٦)

المزارعة عقد على زرع الارض ببعض ما يخرج منها .

(مادة ٦٢٧)

تسرى أحكام الايجار على المزارعة مع مراعاة الاحكام الآتية ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها .

(مادة ٦٢٨)

إذا لم تحدد للمزارعة مدة ، كانت مدتها هي تلك اللازمة لجمع المحصول المتفق عليه .

(مادة ٦٢٩)

تدخل في المزارعة الآلات والادوات الزراعية الموجودة في الارض وقت التعاقد إذا كانت مملوكة لصاحب الارض ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٦٣٠)

يجب على المزارع أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع وعلى الارض وما يتبعها ، ما يبذله الشخص العادي من العناية .

(مادة ٦٣١)

لا يجوز للمزارع أن يخل بغيره في المزارعة أو يشركه فيها الا برضا صاحب الارض .

(مادة ٦٣٢)

١ - يتحمل المزارع مصروفات الزراعة والمحافظة على الزرع حتى يدرك أو أن حصاده ، وعليه صيانة الأدوات واجراء الاصلاحات البسيطة للمباني .

٢ - ويتحمل صاحب الارض مصروفات الاصلاحات الاخرى ، كما يتحمل التحسينات اللازمة للارض .

٣ - ويتحمل الطرفان ، كل بنسبة حصته في الغلة ، نفقات البذر والتسميد وفتح المبيدات ومصروفات الحصاد وما يتلوه حتى القسمة .

٤ - كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

(مادة ٦٣٣)

١ - توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها ، فإذا لم يتفق على نسبة روعيت النسبة التي يجري بها العرف ، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان لكل منهما نصف الغلة .

٢ - ولا يجوز الاتفاق على أن تكون حصة أحد الطرفين مقدارا محددا من المحصول أو محصول جزء معين مسن الارض .

(مادة ٦٣٤)

إذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب أجنبي لا يد ل احد الطرفين فيه ، هلكت عليها معا .

وقد تلبيتها وما يجري به العرف الزراعي وان يعمل بوجه خاص على أن تبقى صالحة للإنتاج .

٢ - ولا يجوز له ، دون رضا المؤجر ، أن يدخل على الطريقة المتبعة في استغلالها أي تغيير جوهرى يمتد أثره الى ما بعد انقضاء الايجار .

(مادة ٦٢٠)

١ - على المستأجر ان يقوم باجراء الاصلاحات التي يقتضيها الاستغلال المألوف للارض المؤجرة ، ويلتزم بوجه خاص بأعمال الصيانة المعتادة للإبار ومجارى المياه والمباني المصلة للسكن أو للاستغلال .

٢ - اما اجراء الاصلاحات التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، فيلزم بها المؤجر .

٣ - وكل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

(مادة ٦٢١)

١ - إذا استحال على المستأجر تهيئة الارض للزراعة أو بذرها أو هلك البذر كله أو أكثره ، وكان ذلك بسبب أجنبي لا يد له فيه ، برئت ذمته من الاجرة كلها أو بعضها بحسب الاحوال ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - وإذا هلك الزرع كله قبل حصاده بسبب أجنبي لا يد للمستأجر فيه ، جاز له أن يطلب اسقاط الاجرة .

٣ - وإذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه نقص كبير في ريع الارض ، كان للمستأجر ان يطلب انقاص الاجرة بما يتناسب مع ما نقص من ريع الارض .

(مادة ٦٢٢)

ليس للمستأجر أن يطلب اسقاط الاجرة أو انقاصها طبقا لما تقتضيه المادة السابقة الا في حدود ما عاد عليه من ضرر .

(مادة ٦٢٣)

ليس للمستأجر أن يطلب اسقاط الاجرة أو انقاصها اذا هلك المحصول بعد حصاده ، ما لم يكن متفقا على أن يكون للمؤجر جزء معلوم من المحصول فيتحمل المؤجر نصيبه فيما هلك ، على ألا يكون الهلاك قد وقع بظلمة المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم .

(مادة ٦٢٤)

إذا انقضت مدة الايجار قبل أن يدرك الزرع أو ان حصاده لسبب لا يد للمستأجر فيه ، ترك بأجر المثل حتى يتم ادراكه وحصاده .

(مادة ٦٢٥)

على المستأجر قبيل اخلاجه الارض بمدة مناسبة أن يسمح لمن يخلفه بتهيئتها وبذرها ، اذا لم يصبه ضرر من ذلك .

(مادة ٦٤٤)

١ - اذا عين الواقف مدة الاجارة اتبع شرطه وليس للناظر مخالفة الا اذا كان مادوناً بالتأخير بما هو أضع للوقف .
٢ - فاذا لم يوجد من يرغب في استئجار الوقف المصلحة التي عينها الواقف أو كانت الاجارة لاكثر من تلك المدة أضع للوقف ، جاز للناظر ، بعد استئذان القاضي ، أن يؤجره لمدة أطول .

(مادة ٦٤٥)

اذا لم يعين الواقف مدة الاجارة في كتاب الوقف ، تؤجر الدار والحانوت وما اليهما سنة ، والارض ثلاث سنين ، الا اذا كانت المصلحة تقتضى الزيادة في اجارة الدار والحانوت ، أو النقص في اجارة الارض .

(مادة ٦٤٦)

١ - لا يجوز للناظر ، بغير اذن القاضي ، أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين ، ولو كان ذلك بعقود مترادفة فاذا عقدت الاجارة لمدة أطول ، انقضت المدة الى ثلاث سنين .
٢ - ومع ذلك اذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد ، جاز له - بغير اذن القاضي - أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنين ، وهذا دون الخلل بحق الناظر الذي يظفنه في طلب انقاص المدة الى ثلاث سنين .

(مادة ٦٤٧)

لا تنتهي اجارة الوقف بموت الناظر ولا بجزئه .

(مادة ٦٤٨)

تسرى أحكام عقد الايجار على اجارة الوقف في كل ما لا يتعارض مع النصوص السابقة .

الفصل الثاني

الاعارة

(مادة ٦٤٩)

الاعارة عقد يلتزم به المير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ، ليستعمله بنفسه من غير عوض لمدة معينة أو في غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال .

(اولاً) آثار الاعارة :

١ - التزامات المير :

(مادة ٦٥٠)

يلتزم المير أن يسلم المستعير العارية بالحالة التي تكون عليها وقت انعقاد العقد .

(مادة ٦٥١)

اذا أفتق المستعير مصروفات اضطرابية لحفظ العارية من الهلاك التزم المير أن يرد اليه ما أفتقه .

(مادة ٦٤٥)

اذا انقضت مدة المزارعة قبيل أن يدرك الزرع أو أن حصاده امتدت حتى يتم الزرع ادراكه .

(مادة ٦٤٦)

اذا عجز المزارع عن زراعة الارض لمرض أو لاي سبب آخر ولم يكن في الامكان أن يحل محله أحد من أفراد أسرته ، جاز لكل من الطرفين أن يطلب فسخ العقد .

(مادة ٦٤٧)

لا تنتهي المزارعة بموت صاحب الارض ، ولكنها تنتهي بموت المزارع .

(مادة ٦٤٨)

١ - اذا انتهت المزارعة قبل انقضاء مدتها ، وجب على صاحب الارض أن يرد للمزارع أو لورثته ، ما أفتقه المزارع على الزرع الذي لم يدرك مع تعويض يعادل أجر المثل عن علسه ، على ألا يجاوز جميع ذلك قيمة حصة المزارع من المحصول .

٢ - ومع ذلك اذا انتهت المزارعة بموت المزارع يكون للورثة الخيار بين تقاضي ما تقدم ذكره أو الطول محل مورثهم في العمل حتى يدرك الزرع ، ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي .

(ثانياً) ايجار الوقف :

(مادة ٦٤٩)

١ - للناظر على الوقف ولاية ايجاره .
٢ - فلا يملكها الموقوف عليه ولو انحصر فيسه الاستحقاق الا اذا كان متولياً من قبل الواقف أو مادوناً ممن له ولاية الايجار من ناظر أو قاض .

(مادة ٦٥٠)

ولاية قبض الأجرة للناظر لا للموقوف عليه الا ان أذن له الناظر في قبضها .

(مادة ٦٤١)

لا يجوز للناظر أن يستأجر مال الوقف ولا أن يؤجره لزوجه أو لآحد أصوله أو فروع .

(مادة ٦٤٢)

لا تصح اجارة الوقف بالعين الفاحش الا اذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجاوز اجارته بالعين الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين .

(مادة ٦٤٣)

في اجارة الوقف تكون العبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي أيرم فيه عقد الايجار ، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك .

٣- وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل انتهاء الاعارة غير أنه اذا كان هذا الرد يضر المير فلا يرغم على قبوله .

(مادة ٦٥٩)

يجوز للمير أن يطلب في أي وقت انتهاء الاعارة اذا عرضت له حاجة ضرورية للعارية لم تكن متوقعة .

(مادة ٦٦٠)

تنتهي الاعارة بموت المستعير ، ما لم يتفق على غير ذلك .

الباب الثالث

العقود الواردة على العمل

الفصل الأول

المقاوله

الفرع الاول - القواعد العامة للمقاولات

(مادة ٦٥١)

المقاوله عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعا له أو قائما عنه .

(ولا) تقديم مواد العمل :

(مادة ٦٦٢)

١- يجوز ان يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه ، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك .
٢- كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها الى جانب التزامه بالعمل .

(مادة ٦٦٣)

١- اذا التزم المقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها يجب ان تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، فاذا لم تبين هذه المواصفات في العقد ، وجب أن تكون المواد وافية بالعرض المقصود .

٢- ويضمن المقاول ما في هذه المواد من عيوب يتعدر كشفها عند تسلم العمل ، وذلك وفقا لاحكام ضمان العيب في الشيء المبيع .

(مادة ٦٦٤)

١- اذا كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل ، التزم المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي ، وأن يراعى اصول الفن في استخدامها ؛ وأن يؤدي حسابا عنها لرب العمل ويرد اليه ما بقي منها .

٢- فاذا صارت المواد أو بعضها غير صالح للاستعمال بسبب اهمال المقاول أو قصور كفايته الفنية التزم برد قيمتها الى رب العمل مع التعويض ان كان له متقضى .

(مادة ٦٥٢)

١- لا يضمن المير استحقاق العارية ، الا اذا تعدد اخفاء سبب الاستحقاق أو كان هناك اتفاق على الضمان .

٢- ولا يضمن براءتها من العيب الا اذا تعدد اخفاءه أو اذا ضمن سلامة العارية منه ، فيلزمه تعويض المستعير عما يسببه العيب من اضرار .

٢- التزامات المستعير :

(مادة ٦٥٣)

١- اذا قيدت الاعارة بزمان أو مكان أو بنوع مسن أنواع الاستعمال فليس للمستعير أن يستعمل العارية في غير الزمان والمكان الميعنين أو أن يخالف الاستعمال المأذون به الى ما يتجاوزه ضررا .

٢- فاذا كانت الاعارة غير مقيدة بأي قيد ، جاز للمستعير أن يستعمل العارية في أي زمان ومكان ، وبأي استعمال أراد ، بشرط ألا يتجاوز المألوف في استعمالها .

٣- وفي الخطأين ، لا يكون المستعير مسؤولا عما يلحق العارية من تغير أو تلف أو نقصان ، بسبب الاستعمال الذي تخوله الاعارة .

(مادة ٦٥٤)

لا يجوز للمستعير أن يؤجر عارية أو يعيرها ، الا باذن من المير .

(مادة ٦٥٥)

تتقات استعمال العارية وصيانتها المتعددة ، وكذلك مصروفات تسليمها وردها تكون على المستعير .

(مادة ٦٥٦)

يجب على المستعير أن يبذل من العناية في المحافظة على العارية ، ما يبذله في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص العادي .

(مادة ٦٥٧)

١- متى انتهت الاعارة وجب على المستعير أن يرد العارية بالحالة التي تكون عليها ، وذلك دون اخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف وفقا لما يقضى به القانون .

٢- ويجب رد العارية في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمها فيه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(تقريبا) انتهاء الاعارة :

(مادة ٦٥٨)

١- تنتهي الاعارة باقتضاء الاجل المتفق عليه ، فاذا لم يعين لها اجل انتهت باستعمال العارية فيما أعيرت من أجله .

٢- فان لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة الاعارة جاز للمير أن يطلب ائهاها في أي وقت .

(مادة ٦٦٥)

١ - اذا حدثت أو ظهرت أثناء تنفيذ العمل ، عيوب في المواد التي قدمها رب العمل ، أو قامت عوامل أخرى من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة ، وجب على المتاول أن

يخطر فوراً رب العمل بذلك .
٢ - فإذا أهمل في الاخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على اهماله من نتائج .
(ثانياً) التزامات المتاول :

(مادة ٦٦٦)

١ - اذا كانت المواد مقدمة من رب العمل ، وهلك الشيء أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ، فلا يكون له أن يطالب المتاول بقيمتها ما لم يكن المتاول وقت الهلاك أو التلف مخلاً بالتزامه بتسليم العمل ، ولم يثبت أن الشيء كان ليتلف لو أنه قام بالتسليم من غير اخلال بالتزامه .
٢ - وتعتبر مواد العمل مقدمة من رب العمل اذا كان قد أدى للمتاول قيمتها أو عجل له مبلغاً تحت الحساب يشمل هذه القيمة .

١ - على المتاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المتاول وفي المدة المتفق عليها . فان لم تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة ، التزم بانجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة .
٢ - وعليه أن يأتي على نفقته بما يحتاج اليه فسي انجاز العمل من عمالة وأدوات ومهمات ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك .

(ثالثاً) التزامات رب العمل :

(مادة ٦٧١)

١ - اذا كان تنفيذ العمل يقتضى من رب العمل أن يقوم بأداء معين ولم يتم به في الوقت المناسب ، جاز للمتاول أن يكلفه بأدائه خلال أجل معقول يحدده .

٢ - وعليه أن يأتي على نفقته بما يحتاج اليه فسي انجاز العمل من عمالة وأدوات ومهمات ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك .

(مادة ٦٦٧)

٣ - فإذا اقتضى الأجل دون أن يقوم رب العمل بالتزامه جاز للمتاول أن يطلب فسخ العقد ، دون اخلال بحقته في التعويض ان كان له مقتضى .

١ - اذا تبين أثناء سير المتاول أن يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد ، جاز لرب العمل أن يندره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده له ، فإذا انقضى الاجل دون أن يرجع المتاول الى الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الاذن له بأن يعهد الى متاول آخر بانجاز العمل على نفقة المتاول الاول ، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك .

(مادة ٦٧٢)

متى أتم المتاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وأخطره بذلك ، وجب على رب العمل أن يبادر الى تسلمه وفقاً للمألوف في التعامل فإذا امتنع دون سبب مشروع اعتبر أن التسليم قد تم .

٢ - ويجوز طلب فسخ العقد دون حاجة الى اذار أو تحديد أجل ، اذا كان اصلاح العيب أو المخالفة مستحيلاً .

(مادة ٦٧٣)

١ - يجوز لرب العمل أن يستع عن التسليم اذا بلغ ما في العمل من عيب أو مخالفة للشروط المتفق عليها حداً يجعله غير واف بالعرض المقصود وذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٦٩١ .

٣ - وفي جميع الاحوال يجوز للقاضي رفض طلب النسخ اذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقل الى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود ، مع عدم الاخلال بالحق في التعويض ان كان له مقتضى .

(مادة ٦٦٨)

٢ - فإذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامه ، فانه لا يكون لرب العمل الا أن يطلب اقتصار المتاول بما يتناسب مع أهمية العيب ، أو الزام المتاول بالاصلاح في أجل معقول يحدده ، اذا كان الاصلاح ممكناً ولا يتكلف نفقات باهظة .

اذا تأخر المتاول في البدء في تنفيذ العمل أو في انجازه تأخرًا لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، أو اذا اتخذ مسلكاً يتم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه ، أو أتى فعلاً من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم .

٣ - وفي جميع الاحوال يجوز للمتاول أن يقوم بالاصلاح في مدة معقولة ، اذا كان هذا ممكناً ولا يسبب لرب العمل اضراراً ذات قيمة .

(مادة ٦٧٤)

ليس لرب العمل أن يتسكك بالحقوق التي تقرها المادة السابقة ، اذا كان هو المتسبب في احدث العيب ، سواء كان

(مادة ٦٦٩)

اذا هلك الشيء أو تلف بسبب حادث فجائي أو قوة

اعتقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار .

٢ - ولا تؤثر المفاوضة من الباطن في التزامات المقاول الأصلية قبل رب العمل ، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن .

(مادة ٦٨٢)

١ - المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل ، أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذى يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى .

٢ - ولعمال المقاول من الباطن أيضا دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل في حدود المستحق عليه .

(مادة ٦٨٣)

للمقاول من الباطن والعمال المذكورين في المادة السابقة أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن ، ويستوفون حقوقهم عند تراحمهم بنسبة دين كل منهم .

(انقضاء) انتهاء المفاوضة :

(مادة ٦٨٤)

إذا كان من مقتضى المفاوضة أن يقوم المقاول بصياغة شيء معين أو أن يؤدي غير ذلك من الأعمال المتجددة خلال مدة محددة ، انتهت المفاوضة بانقضاء هذه المدة .

(مادة ٦٨٥)

تنتهى المفاوضة باستحالة تنفيذ العمل المقود عليه لسبب لا يد ل أحد الطرفين فيه . وعندئذ يكون للمقاول الحق في مذالية رب العمل بما أنفقه وما يستحقه من أجر وذلك في حدود ما عاد من منفعة على رب العمل .

(مادة ٦٨٦)

١ - تنتهى المفاوضة بموت المقاول ، إذا كانت مؤهلاته الشخصية أو امكاناته محل اعتبار في التعاقد .

٢ - فإن لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية أو امكاناته محل اعتبار فلا ينتهى العقد من تلقاء نفسه ، ولكن يجوز لرب العمل أهائوه إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل .

(مادة ٦٨٧)

١ - إذا انتهت المفاوضة بموت المقاول استحق ورثته من المقابل بنسبة الأعمال التى تم تنفيذها وذلك دون اخلاص يحقهم في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت المقاول من مواد ، إذا كانت صالحة لاستعمالها في اتمام العمل .

٢ - ولرب العمل أن يطالب بتسليم المواد الأخرى التى

ذلك بإصدار أوامر تخالف رأى المقاول ، أم كان ذلك بأية طريقة أخرى .

(مادة ٦٨٥)

١ - إذا تم تسلم العمل ، ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب أو مخالفة لشروط العقد وذلك مع مراعاة حكم المادة ٦٩٢ .

٢ - فإذا كانت العيوب أو المخالفة خفية ، ثم تبينها رب العمل بعد التسلم وجب عليه أن يبادر باخطار المقاول بفسا ، مع مراعاة عرف الحرفة ، والا اعتبر أنه قد قبل العمل ، فإذا تم اخطار المقاول في الوقت المناسب سرت احكام المادة ٦٧٣ .

(مادة ٦٧٦)

يستحق المقابل عند تسلم العمل ، الا اذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

(مادة ٦٧٧)

١ - إذا كان العمل مكونا من عدة أجزاء ، أو كان المقابل محددًا على أساس الوحدة ، جاز للمقاول أن يستوفى من المقابل بقدر ما أنجز من العمل بعد معاينته وتقبله ، على أن يكون ما تم انجازه جزءا متميزا أو قسما ذا أهمية كافية بالنسبة الى العمل في جملته وذلك ما لم يتفق على خلافه .

٢ - ويفترض فيما دفع المقابل عنه أنه قد تمت معاينته وتقبله ، ما لم يثبت أن الدفع كان تحت الحساب .

(مادة ٦٧٨)

إذا لم يعين المقابل في العقد ، استحق المقاول مقابل المثل وقت ابرامه .

(مادة ٦٧٩)

لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر فمدى الالتزامات التى يرتبها العقد ، وذلك دون اخلاص باحكام المادة ١٩٨ .

(رابعا) التنازل عن المفاوضة والمفاوضة من الباطن :

(مادة ٦٨٠)

١ - لا يجوز لأى من المتعاقدين التنازل عن المفاوضة الا بموافقة الآخر ، وذلك مالم يوجد في العقد شرط يقضى بخلافه .

٢ - فإذا تم التنازل حل التنازل له محل التنازل في حقوقه والالتزامات .

٣ - ولا يسرى التنازل في مواجهة الغير الا اذا أعلن للمتعاقد الآخر بوجه رسمى ، أو كانت موافقته على التنازل ثابتة التاريخ .

(مادة ٦٨١)

١ - يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول من الباطن إذا لم ينعنه من ذلك شرط في

٢ - ومع ذلك اذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها .

٣ - والضمان يشمل التهدم ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز اقامة المباني أو المنشآت المعبية كما يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب ترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها .

(مادة ٦٩٣)

١ - اذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الانشاء أو جانب منه ، كان مسؤولا عن العيوب التي ترجع الى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ .

٢ - فاذا عهد اليه رب العمل بالاشراف على التنفيذ أو على جانب منه ، كان مسؤولا أيضا عن العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ الذي عهد اليه بالاشراف عليه .

(مادة ٦٩٤)

١ - لا يكون المقاول مسئولاً الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الخطأ في وضع التصميم ما لم تكن هذه العيوب ظاهرة .

٢ - ومع ذلك يكون المقاول مسئولاً عن العيوب التي ترجع الى التصميم اذا كان المهندس الذي قام بوضع التصميم تابعا له .

(مادة ٦٩٥)

اذا كان المهندس والمقاول مسئولين عما وقع من عيب في العمل ، كانا متضامنين في المسئولية .

(مادة ٦٩٦)

تسقط دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول باقتضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب .

(مادة ٦٩٧)

كل شرط باعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلا .

الفصل الثاني

الوكالة

(مادة ٦٩٨)

الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني .

(اولاً) اركان الوكالة :

(مادة ٦٩٩)

يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لاداء التصرف الذي وكل فيه غيره .

تم اعدادها والرسوم التي بدىء في تنفيذها ، على أن يدفع عنها مقابلا عادلا .

٣ - وتسرى هذه الأحكام أيضا اذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن اتمامه لسبب لا دخل لارادته فيه .

(مادة ٦٩٨)

١ - لرب العمل أن ينهي المتاولة ويوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل اتمامه ، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أفقته من مصروفات وما أنجزه من أعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

٢ - على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب اذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلا .

الفرع الثاني - الاحكام الخاصة بمقاولات المباني والانشاءات :
(مادة ٦٩٩)

١ - اذا أبرمت المتاولة على أساس مقايمة تقديرية ، وتبين في أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقايمة مجاوزة جسيمة ، وجب على المقاول أن يبادر باخطار رب العمل بذلك مبينا مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل ، والا سقط حقه في طلب هذه الزيادة .

٢ - ويجوز لرب العمل ، في هذه الحالة أن يتحمل من المتاولة ويوقف التنفيذ ، على أن يتم ذلك دون ابطاء ، مع ايفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد ، دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

(مادة ٦٩٥)

اذا أبرمت المتاولة لقاء مقابل حدد اجمالا ، على أساس تصميم تم وضعه والاتفاق عليه مع رب العمل ، فليس المقاول أن يطالب بأية زيادة في المقابل ، بسبب تعديل أو اضافة في هذا التصميم ، الا أن يكون ذلك راجعا الى فعل رب العمل أو يكون مادونا به منه .

(مادة ٦٩٦)

اذا أقيم بناء أو انشاء على أرض مملوكة لرب العمل وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامه الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٣ ، وترتب على ازالته اضرار بالغة ، فلا يكون لرب العمل الا طلب انقاص المقابل أو الزام المتاول بالاصلاح طبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة ، وذلك دون اخلال بحقه في التعويض ان كان له مقتض .

(مادة ٦٩٧)

١ - يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو اقاماه من منشآت ثابتة وذلك خلال عشر سنوات من وقت اتمام البناء أو الانشاء مع مراعاة ما تقتضيه به المواد التالية .

(مادة ٧٠٦)

على الوكيل أن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها ، ما لم تنقض طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بغير ذلك .

(مادة ٧٠٧)

ليس للوكيل أن يستعمل مال موكله لصالح نفسه بدون إذن ، والا كان ملزماً بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضى مع مراعاة ظروف الحال .

(مادة ٧٠٨)

١ - إذا تعدد الوكلاء ، ووكّل كل منهم بعقد مستقل ، كان لأى منهم الانفراد بالعمل ما لم يشترط عليه الموكل أن يعمل مع الباقين .

٢ - فإن وكلوا بعقد واحد ، دون أن يرخّص بأفرادهم في العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى .

(مادة ٧٠٩)

١ - يكون الوكلاء المتعددون مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك بينهم .

٢ - ومع ذلك لا يسأل الوكلاء ، ولو كانوا متضامين ، عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة .

(مادة ٧١٠)

١ - ليس للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة ، الا اذا كان مرخصاً له بذلك من قبل الموكل أو أجازاه له القانون .

٢ - فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه ، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً الا عن خطئه في اختيار نائبه ، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٢ - التزامات الموكل :

(مادة ٧١١)

١ - الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال .

٢ - فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعاً لتقدير القاضى ، الا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة .

(مادة ٧١٢)

١ - على الموكل أن يرد الى الوكيل ما أفتقه فى سبيل تنفيذ الوكالة بالتنفيذ الممتد ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح .

٢ - ويلتزم الموكل أن يقدم الى الوكيل المبالغ اللازمة للاتفاق منها في تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على خلاف ذلك .

(مادة ٧٠٠)

يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانونى محل الوكالة .

(مادة ٧٠١)

١ - الوكالة الواردة في الفاعل عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع التصرف القانونى محل الوكالة ، لا تغول الوكيل صفة الا في أعمال الادارة .

٢ - ويعد من أعمال الادارة ، الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وبديل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الادارة .

(مادة ٧٠٢)

١ - لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والاقرار والتحكيم وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢ - وتصح الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع التصرفات القانونية ولو لم يبين محل هذا التصرف على وجه التخصيص ، الا اذا كان التصرف من التبرعات .

(مادة ٧٠٣)

لا تجعل الوكالة للوكيل صفة الا في مباشرة الامور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الامور من تواع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى وما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين .

(ثانياً) آثار الوكالة :

١ - التزامات الوكيل :

(مادة ٧٠٤)

١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

(مادة ٧٠٥)

١ - اذا كانت الوكالة بلا اجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك مزيد من عناية الشخص العادى .

٢ - فإن كانت بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الشخص العادى .

الفصل الثالث

الإيداع

(مادة ٧٢٠)

الإيداع عقد يلتزم الوديع بمقتضاه أن يتسلم من المودع شيئاً لحفظه ، وأن يرده عنا .

(أولا) التزامات الوديع :

(مادة ٧٢١)

على الوديع أن يتسلم الوديعة ، وليس له أن يستعملها بغير إذن من المودع .

(مادة ٧٢٢)

١ — على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الوديعة ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص العادى .

٢ — ومع ذلك اذا كان الإيداع بأجر ، فانه يلتزم في حفظ الوديعة بعناية الشخص العادى .

٣ — وكل ما سبق ما لم يتفق على خلافه .

(مادة ٧٢٣)

ليس للوديع بغير إذن صريح من المودع ، أن يبيع عنه غيره في حفظ الوديعة ، الا أن يكون ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة .

(مادة ٧٢٤)

١ — على الوديع متى انتهى عقد الإيداع ، أن يرد الوديعة وما يكون قد قبضه من ثمارها الى المودع .

٢ — وترد الوديعة ن المكان الذى كان يلزم حفظها فيه وتكون مصروفات الرد على المودع .

٣ — وكل ما سبق ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

(مادة ٧٢٥)

١ — اذا باع الوارث الوديعة وهو حسن النية وتمسدر على المودع استردادها من المشتري ، فلا يكون الوارث ملزماً الا أن يرد للمودع ما قبضه من ثمن ، على أن يحول اليه ما عسى أن يكون له من حقوق قبل المشتري .

٢ — فاذا كان التصرف تبرعاً فان الوارث لا يلتزم الا برد قيمة الوديعة وقت التبرع .

(ثانياً) التزامات الوديع :

(مادة ٧٢٦)

الأصل في الإيداع أن يكون بغير أجر . فاذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه في الوقت الذى ينتهي فيه حفظ الوديعة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(مادة ٧١٢)

يكون الموكل مسئولاً عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً ، ما لم يكن ذلك ناشئاً عن خطئه .

(مادة ٧١٤)

اذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامنين في التزاماتهم نحو الوكيل ما لم يتفق على غير ذلك .

(مادة ٧١٥)

تطبق المواد من ٥٦ الى ٦١ الخاصة بالنيابة في التعاقد في علاقة الموكل بين يتعاقد معه الوكيل .
(ثالثاً) انتهاء الوكالة :

(مادة ٧١٦)

تنتهى الوكالة بانتماء العمل الموكل فيه أو بانقضاء الاجل المعين للوكالة ، كما تنتهى أيضاً بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما أهليته .

(مادة ٧١٧)

١ — للموكل في أى وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ — على أنه اذا كان للوكيل أو للغير مصلحة في الوكالة ، فانه لا يجوز للموكل أن ينهيا أو يقيداه دون موافقة من له المصلحة .

٣ — وفي كل حال ، يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يلحقه من ضرر من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير مبرر معقول .

(مادة ٧١٨)

١ — للوكيل في أى وقت أن يتنحى عن وكالته ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنحى بإعلانه للموكل ، ويكون الوكيل ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنحى في وقت غير مناسب وبغير عذر معقول .

٢ — على أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى كان لأحد من الغير مصلحة فيها الا اذا وجدت أسباب جديده تبرر ذلك ، على أن يضطر الغير بهذا التنحى ، وبمهلته وقتاً كافياً ليتخذ ما يراه مناسباً لرعاية مصالحه .

(مادة ٧١٩)

١ — اذا انتهت الوكالة قبل اتمام العمل الموكل فيه ، وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها الى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل .

٢ — وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، اذا توافرت فيهم الأهلية ، وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا الى اخطار الموكل بوفاته مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل .

(مادة ٧٣٥)

يتفق بإطلاع كل شرط باعفاً صاحب الفندق من المسؤولية أو بالتخفيف منها .

الفصل الرابع الحراسة

(مادة ٧٣٦)

الحراسة وضع مال متنازع فيه بيد أمين ، اذا كان بقاؤه في يد حازره من شأنه أن يهدد بالخطر من يدعى لنفسه حقاً فيه على أن يتكفل الأمين بحفظه وإدارته ورده الى من وثبت له الحق فيه .

(مادة ٧٣٧)

يجوز أن تتم الحراسة بالاتفاق ، كما يجوز انقضاء أمر بها .

(مادة ٧٣٨)

يكون تعيين الحارس باتفاق ذوى الشأن جميعاً ، فاذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه .

(مادة ٧٣٩)

تطبق على الحراسة أحكام الإيداع وأحكام الوكالة بالتقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام المواد التالية ، وذلك ما لم يحدد الاتفاق أو حكم القاضي حقوق الحارس والتزاماته على نحو مغاير .

(مادة ٧٤٠)

١ - يلتزم الحارس بالحفاظ على المال المهدود به حراسته وبإدارته . ويجب أن يبذل في ذلك عناية الشخص العادى .

٢ - ولا يجوز له أن ينيب عنه في أداء مهمته كلها أو بعضها أحداً من ذوى الشأن دون رضاه الآخرين أو اذن القاضي .

(مادة ٧٤١)

لا يجوز للحارس في غير ما تقتضيه الإدارة أن يجرى أعمال التصرف الا برضاء ذوى الشأن جميعاً أو بترخيص من القضاء .

(مادة ٧٤٢)

١ - يلتزم الحارس بإسماك دفاتر حساب منتظمة .
٢ - كما يلتزم أن يقدم لذوى الشأن ، مرة على الأقل كل سنة ، حساباً بما تسلمه وبما أفقده مؤيداً بالمستندات ، وعليه اذا كان معيناً من المحكمة أن يودع إدارة كتابها صورة من ذلك الحساب .

(مادة ٧٣٧)

على المودع أن يرد للمودع ما يكون قد أفتته في حفظ الوديعة وأن يعرضه عما يكون قد لحقه من ضرر بسببها .
(ثالثاً) انتهاء الإيداع :

(مادة ٧٣٨)

ينتهي عقد الإيداع بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فاذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، كان لكل من المتعاقدين إنهاء الإيداع بعد اخطار الطرف الآخر بميعاد مناسب .

(مادة ٧٣٩)

يجوز للمودع أن يسترد الوديعة قبل انقضاء الأجل المتفق عليه وذلك دون اخلال بحق المودع في الإيجار عما يقضى من مدة .

(مادة ٧٤٠)

اذا كان الإيداع بغير أجر ، وتمتد على المودع الاستمرار في حفظ الوديعة لأسباب طارئة ، جاز له أن يطلب إنهاء الإيداع قبل الأجل المتفق عليه على أن يخاطر المودع بتسليم الوديعة في أجل مناسب .

(مادة ٧٤١)

ينتهي الإيداع بعوت المودع ، ما لم يتفق على غير ذلك .
(رابعاً) بعض أنواع الإيداع :

(مادة ٧٤٢)

اذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع مأذوناً له في استعماله ، اعتبر العقد قرضاً .

(مادة ٧٤٣)

١ - يكون اصحاب التناقد وما مائلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتي بها النزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على محالهم .

٢ - ومع ذلك فانهم لا يكونون مسئولين بالنسبة الى النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعريض يجاوز الف دينار ، ما لم يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم ، أو يكونوا ، وهم على علم بقيمة هذه الأشياء ، قد أخذوا على عاقبتهم حفظها أو رفضوا دون سبب معقول أن يتسلموها عبدة لديهم .

(مادة ٧٤٤)

١ - على النزيل أن يخاطر صاحب الفندق بسرقة الشيء أو فقده أو تلفه بمجرد اكتشافه لذلك ، فان أبطأ في الاخطار دون سبب معقول فلا يكون صاحب الفندق مسئولاً اذا أثبت أنه لو أخطر في وقت مناسب لأمكنه تفادى الضرر .

٢ - وتستند دعوى النزيل قبل صاحب الفندق بانقضاء ستة أشهر من الوقت الذى يغادر فيه الفندق .

(مادة ٧٥٠)

- ١ - لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا .
- ٢ - واذا كانت الكفالة بسبب نقص اهلية المدين وأبطل التزامه التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مدينا أصليا .

(مادة ٧٥١)

- ١ - لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول .
- ٢ - ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون .

(مادة ٧٥٢)

تشمل الكفالة الالتزام المكفول وتوابعه ، كما تشمل مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من مصروفات بعد اخطار الكفيل . وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

(ثانيا) آثار الكفالة :

١ ... العلاقة ما بين الكفيل والدائن :

(مادة ٧٥٣)

يربأ الكفيل براءة المدين .

(مادة ٧٥٤)

- ١ - للكفيل أن يتسكك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين .
- ٢ - على أنه ليس للكفيل أن يتسكك بنقص اهلية المدين اذا كانت الكفالة بسبب ذلك .

(مادة ٧٥٥)

اذا قبل الدائن أن يستوفي من غير الكفيل شيئا آخر في مقابل الدين ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء ، الا اذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل .

(مادة ٧٥٦)

- ١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بظئله من التأمينات .
- ٢ - ويقصد بالتأمينات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون .

(مادة ٧٥٧)

- ١ - لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو لمجرد تأخره في اتخاذها .
- ٢ - ومع ذلك اذا أنذر الكفيل الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ، كان للكفيل أن يطالب براءة ذمته اذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الاجراءات خلال ثلاثة اشهر من تاريخ الانذار ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا .

(مادة ٧٤٣)

- ١ - للحارس الحق في أن يتقاضى اجرا ، ما لم يكن قد قبل القيام بالحراسة تبرعا .
- ٢ - وله أن يسترد ما أفتقه من مصروفات على حفظ وإدارة المال الموهود اليه حراسته .

(مادة ٧٤٤)

- ١ - تنتهي الحراسة بانفاق ذوى الشأن جميعا أو بحكم القضاء كما تنتهي بانقضاء مدتها اذا كانت لمدة محددة .
- ٢ - وعلى الحارس حينئذ أن يبادر الى رد المال الموهود اليه حراسته الى من يختاره ذوى الشأن أو من يعينه القاضي .

الباب الرابع الكفالة والتأمين الفصل الاول الكفالة

(مادة ٧٤٥)

الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه اذا لم يؤده المدين . (اولا) اركان الكفالة :

(مادة ٧٤٦)

الكفالة لا تفترض ، ويجب أن يكون رضاه الكفيل صريحا .

(مادة ٧٤٧)

١ - اذا التزم شخص بتقديم كفيل ، وجب عليه أن يقدم كفيلًا موسرا يكون موطنه في الكويت ، فان تمدد عليه ذلك ، كان له أن يقدم تأمينًا عينيا كافيا .

٢ - واذا أعسر الكفيل بعد الكفالة ، أو لم يعد له موطن في الكويت ، وجب تقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف .

(مادة ٧٤٨)

تجوز كفالة المدين بغير علمه ، كما تجوز أيضا رغم معارضته .

(مادة ٧٤٩)

- ١ - تجوز كفالة الالتزام المستقبلي ، اذا حدد مقدما مدى التزام الكفيل .
- ٢ - واذا لم يبين الكفيل مدة لكفالاته ، كان له في أي وقت أن يرجع فيها ، مادام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب .

٣- وإذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، التزم الدائن أن يقوم بالاجراءات اللازمة لسريان حلول الكفيل محله فيه ، ويتحمل الكفيل مصروفات هذه الاجراءات على أن يرجع بها على المدين .

(مادة ٧٦٥)

الكفيل الذى يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلًا للكفيل ، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة اليه .

(مادة ٧٦٦)

في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية ، يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم ومتضامين مع المدين .

(مادة ٧٦٧)

يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدائن .

(مادة ٧٦٨)

إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم أو كانت كفالتهم يعقود متواليّة ، ووفى أحدهم الدين عند حلوله ، كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين ، وبنصيبه في حصة المعسر منهم .

٢ - العلاقة ما بين الكفيل والدائن :

(مادة ٧٦٩)

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب ادخال المدين خصماً في الدعوى . فان لم يتم باخطار المدين قبل وفاء الدين أو لم يطلب ادخاله خصماً في الدعوى ، سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان المدين قد وفى الدين أو كانت اديه أسباب من شأنها أن تؤدي الى بطلانه أو انقضائه .

(مادة ٧٧٠)

للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين ، بما اداه من أصل الدين وتوابعه وبمصروفات المطالبة الأولى ، وبما يكون قد أتقته من مصروفات من وقت اخطاره المدين بالاجراءات التى اتخذت ضده .

(مادة ٧٧١)

إذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه ، حل محل الدائن في حقه طبقاً لتواعد الحلول القانوني .

(مادة ٧٧٢)

إذا تمدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامين فيما بينهم ، فللكفيل الذى ضمنهم جميعاً أن يرجع على أى منهم بكل ما وفاء من الدين .

٣- ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل .

(مادة ٧٥٨)

إذا أفلس المدين ، ولم يتقدم الدائن بالدين في التفياسة ، سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بدينه فيها .

(مادة ٧٥٩)

١- إذا تمدد الكفلاء بعقد واحد وكفلوا نفس المدين ونفس المدين ، وكانوا غير متضامين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم بالتساوى ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم .

٢- فإذا التزم الكفلاء بعقود متواليّة ، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم .

(مادة ٧٦٠)

١- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ، كما لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله ، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين .

٢- ويجب على الكفيل في الطالنين أن يتمسك بحقه .

(مادة ٧٦١)

١- إذا طلب الكفيل تجريد المدين ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن الى أموال للمدين تفى بالدائن كله .

٢- ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت متازعا فيها أو كانت موجودة في خارج الكويت .

(مادة ٧٦٢)

في كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين تيراً ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب .

(مادة ٧٦٣)

إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضماناً للدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ، جاز للكفيل ، إذا لم يكن متضامناً مع المدين ، أن يطلب التنفيذ على المسال المحلل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو .

(مادة ٧٦٤)

١- يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين ، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع .

٢- وإذا كان الدين المكفول مضموناً بسنقول مرهون أو مجبوس ، وجب على الدائن أن يتظلم عنه للكفيل أو لعدله ، إذا عارض المدين في تسليمه للكفيل .

الفصل الثاني

التأمين

(مادة ٧٧٢)

١ - التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد ، مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أى عوض مالى آخر ، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، وذلك في نظير مقابل تقضى يؤديه المؤمن له للمؤمن .

٢ - ويجوز أن يكون مقابل التأمين أقساطا أو دفعة واحدة .

(مادة ٧٧٤)

١ - يقصد بالمؤمن له الشخص الذى يتعهد بتنفيذ الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن ، ويقصد بالمستفيد الشخص أو الأشخاص الذين يؤدي اليهم المؤمن ما التزم به في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد .

٢ - ويعتبر المؤمن له هو المستفيد ، ما لم يعين في العقد مستفيد غيره .

(أولا) ابرام عقد التأمين :

(مادة ٧٧٥)

١ - اذا عقد التأمين بغير نيابة عن المؤمن له انصرف اليه العقد اذا أقره ولو بعد تحقق الخطر المؤمن منه .

٢ - فاذا تحقق الخطر ولم يقر المؤمن له العقد خلال ثلاث سنوات من تحقق الخطر ، أصبحت الأقساط المؤداة حقا خالصا للمؤمن .

(مادة ٧٧٦)

يقع التأمين من الاضرار باطلا اذا لم يستند الى مصالحة اقتصادية مشروعة .

(مادة ٧٧٧)

يقع التأمين باطلا اذا تبين أن الخطر المؤمن منه كان قد زال أو كان قد تحقق قبل تمام العقد .

(مادة ٧٧٨)

في جميع الأحوال التى يعيد فيها المؤمن تأمين ما هو مؤمن لديه من المخاطر لدى الغير ، يظل المؤمن وحده مسئولا قبل المؤمن له أو المستفيد .

(مادة ٧٧٩)

١ - لا يكون طلب التأمين وحده ملزما للمؤمن ولا للمؤمن له ولا يتم العقد الا اذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة الى المؤمن له ، واذا تم العقد اعتبر طلب التأمين وما جاء به من بيانات وقرارات جزءا مكتملا للعقد .

٢ - على أن العقد يتم ، حتى قبل تسليم الوثيقة ، اذا قام المؤمن استجابة لطلب التأمين ، بتسليم المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة تستند على التواعد الأساسية التى يقوم عليها هذا العقد ، وكانت هذه المذكرة تتضمن التزامات كل من الطرفين قبل الآخر .

٣ - ومع ذلك اذا قدم المؤمن له ايصالا يدفع جزء من مقابل التأمين ، كان له أن يثبت بكافة الطرق أن العقد قد تم ، حتى ولو لم يكن قد تسلم مذكرة تغطية مؤقتة .

(مادة ٧٨٠)

اذا لم تطابق الشروط المدونة بالوثيقة ما تم الاتفاق عليه كان للمؤمن له أن يطالب بتصحيح هذه الشروط في مدى ثلاثين يوما من وقت تسلم الوثيقة ، فان لم يفعل ، اعتبر ذلك قبولا منه للشروط المدونة فيها .

(مادة ٧٨١)

١ - دون اخلال بالأحكام الخاصة بالتأمين على الحياة ، يجوز أن تكون وثيقة التأمين في صورة وثيقة لمصلحة شخص معين أو وثيقة تحت الاذن أو وثيقة لحاملها ، فاذا كانت الوثيقة اذنية ، فانها تنتقل بالتظهير ولو على بياض .

٢ - ويجوز للمؤمن أن يحتج على حامل الوثيقة أو على الشخص الذى يتمسك بها بكل الدفع التى يكون له أن يحتج بها ضد المؤمن له .

(مادة ٧٨٢)

لا يجوز الاحتجاج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطان أو بالسقوط أو بالتحكيم ، الا اذا أبرزت بطريقة متميزة ، كأن تكتب بحروف أكبر ظهورا أو أكبر حجما .

(مادة ٧٨٣)

لا يعتد بالشروط الذى يقضى بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو في تقديم المستندات اذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول .

(مادة ٧٨٤)

يقع باطلا ما يرد في الوثيقة من الشروط الآتية :
(أ) - الشرط الذى يستثنى من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح ما لم يكن الاستثناء محددا .
(ب) - كل شرط تمسفى يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقق الخطر المؤمن منه .

(مادة ٧٨٥)

يجب أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في الوثيقة .

(مادة ٧٨٦)

- ١ - تبدأ مدة التأمين من أول اليوم التالي لتنام العقد وتنتهي بنهاية اليوم الأخير منها .
- ٢ - فإذا اتفق على بدء سريان التأمين في يوم معين ، بدأ سريانه من أول هذا اليوم .
- ٣ - وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

(مادة ٧٨٧)

فيما عدا عقود التأمين على الحياة ، يجوز لكل من المؤمن والمؤمن له إذا زادت مدة التأمين على خمس سنوات ، أن يطلب انهاء العقد في نهاية كل خمس سنوات من مدته إذا أخطر الطرف الآخر بذلك قبل انقضاء هذه الفترة بنسبة أشهر على الأقل ، ويجب ذكر هذا الحكم في وثيقة التأمين .

(مادة ٧٨٨)

- ١ - فيما عدا عقود التأمين على الحياة، يجوز بمقتضى شرط محصر في الوثيقة بشكل متميز ، الاتفاق على امتداد عقد التأمين من تلقاء ذاته إذا لم يقم المؤمن له قبل انتهاء مدته بثلاثين يوماً على الأقل بإبلاغ المؤمن برغبته في عدم امتداد العقد .
- ٢ - ولا يسرى مفعول هذا الامتداد الا سنة فسة ، ويقع باعلا كل اتفاق على أن يكون امتداد التأمين لمدة تزيد على ذلك .

(مادة ٧٨٩)

- ١ - يعتبر الطلب المرسل بكتاب موسى عليه من المؤمن له الى المؤمن ، متضمنا امتداد العقد أو تعديله أو سريانه بعد وقعه قد قبل ، إذا لم يرفض المؤمن هذا الطلب في خلال عشرين يوماً من وقت وصول الكتاب اليه .
 - ٢ - ومع ذلك إذا كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي أو كان الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين ، فلا يعتد الا بالموافقة الفعلية للمؤمن .
- (نانيا) التزامات المؤمن له :

(مادة ٧٩٠)

- يلتزم المؤمن له بما يأتي :
- (أ) - أن يبين بوضوح وقت ابرام العقد كل الظروف المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها ليتسكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، ويستبرهما على الاخص ، الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة .
 - (ب) - أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي الى زيادة المخاطر وذلك فور علمه بها .
 - (ج) - أن يؤدي مقابل التأمين في موعد استحقاقه .
 - (د) - أن يبادر الى ابلاغ المؤمن بكل حادثة من شأنها أن تجعله مستولاً .
- ولا تسرى أحكام البند (ب) على التأمين على الحياة .

(مادة ٧٩١)

- ١ - يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن ، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح ، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن .

- ٢ - فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر ، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موسى عليه ، الا اذا قبل هذا الاخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر . ويتربط على ابطال العقد في هذه الحالة أن يرد المؤمن مقابل التأمين أو يرد منه القدر الذي لم يتصل في مقابله بخطر ما .
- ٣ - أما اذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر ، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة معدل الانقراض التي أدت فعلاً الى معدل الانقراض التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت الى المؤمن على وجه صحيح .

(مادة ٧٩٢)

- ١ - إذا زادت المخاطر المؤمن منها ، سواء بفعل المؤمن له أو بغير فعله ، جاز للمؤمن أن يطلب انهاء العقد ، الا اذا قبل المؤمن له زيادة في مقابل التأمين تتناسب مع الزيادة الفارقة في الخطر .

- ٢ - ومع ذلك لا يجوز للمؤمن أن يتذرع بزيادة المخاطر ، اذا كان بعد أن علم بها بأي وجه ، قد أظهر رغبته في استبقاء العقد ، أو بوجه خاص اذا استمر في استيفاء الانقراض أو اذا أدى التعويض بعد تحقق الخطر المؤمن منسبه .
- ٣ - ولا تسرى أحكام هذه المادة على التأمين على الحياة .

(مادة ٧٩٣)

يبقى عقد التأمين سارياً دون زيادة في المقابل ، اذا تحقق الخطر أو زاد احتمال وقوعه :

- (أ) - نتيجة عمل قصد به حماية مصلحة المؤمن .
- (ب) - أو نتيجة أعمال أدت امتثالاً لواجب انساني أو توخياً للمصلحة العامة .

(مادة ٧٩٤)

إذا كان تحديد مقابل التأمين ملحوظاً فيه اعتبارات من شأنها زيادة الخطر المؤمن منه ، ثم زالت هذه الاعتبارات أو قلت أهميتها في أثناء سريان العقد ، كان للمؤمن له على الرغم من كل اتفاق منابر أن يطلب انهاء العقد دون مطالبة بتعويض مساً ، أو أن يطلب تخفيض مقابل التأمين المتفق عليه عن المدة اللاحقة بما يتناسب مع زوال هذه الاعتبارات ، وفقاً لتعريف التأمين المعمول بها يوم ابرام العقد .

(مادة ٨٠٠)

في التأمين من الاضرار ، يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه ، على ألا يجاوز ذلك مبلغ التأمين .

(مادة ٨٠١)

١ - في التأمين من الاضرار ، يحل المؤمن قانونا بسما أداء من تعويض في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول قانونا عن الضرر المؤمن منه ، وذلك ما لم يكن المسئول عن الضرر قريبا أو صهرا للمؤمن له ممن يكون معه في معيشة واحدة أو شخصا يكون المؤمن له مسئولاً عن أعماله .

٢ - وتبرأ ذمة المؤمن قبل المؤمن له من كل مبلغ التأمين أو بعضه اذا أصبح حله مهلة متعذراً بسبب راجع الى المؤمن له .

(رابعاً) انتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين **واقفاً** :

(مادة ٨٠٢)

١ - تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين الى من تنتقل اليه ملكية الشيء المؤمن عليه عند التصرف فيه ، أما في حالة وفاة المؤمن له فتنتقل هذه الحقوق والالتزامات الى ورثته مع مراعاة ما تقتضيه أحكام الميراث .

٢ - ومع ذلك يجوز لكل من المؤمن ومن انتقلت اليه الملكية أو آلت اليه عن طريق الارث أن يفسخ العقد وحده ، وللمؤمن أن يستعمل حقه في الفسخ خلال ثلاثين يوماً من التاريخ الذي يخطر فيه بالتصرف الناقل للملكية أو بوفاة المؤمن له .

(مادة ٨٠٣)

يقع باطلاً كل شرط يستحق المؤمن بمقتضاه تعويضاً اذا اختار من انتقلت أو آلت اليه ملكية الشيء المؤمن عليه انهاء العقد .

(مادة ٨٠٤)

اذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه ، بقي من انتقلت منه الملكية ملزماً بدفع ما حل من الاقساط ، وتبرأ ذمته من الاقساط المستقبلية ، وذلك من التاريخ الذي يخطر فيه المؤمن بكتاب موسى عليه بصصول التصرف الناقل للملكية .

(مادة ٨٠٥)

اذا تعدد الورثة أو المتصرف اليهم وسرى عقد التأمين بالنسبة لهم ، كانوا مسئولين بالتضامن عن دفع الاقساط .

(مادة ٧٩٥)

١ - يستحق القسط الاول من اقساط التأمين رقت انعام المقدم ، ما لم يتفق على غير ذلك .

٢ - ولا يجوز للمؤمن الذي ستم وثيقة التأمين قبل أداء القسط الاول أن يتسكك بما قد تنس عليه هذه الوثيقة من ارجاء سريان المقدم الى ما بعد أداء هذا القسط .

٣ - ويستحق كل قسط من الاقساط التالية عند بداية كل فترة من فترات التأمين ، ما لم يتفق على غير ذلك ، ويقصد بفترة التأمين المدة التي يحسب منها القسط ، وفي حالة الشك تعتبر فترة التأمين سنة واحدة .

(مادة ٧٩٦)

١ - تؤدي اقساط التأمين - فيما عدا القسط الاول - في موطن المؤمن له .

٢ - ومع ذلك يكون القسط واجب الاداء في موطن المؤمن ، اذا تأخر المؤمن له في دفعه بعد اعذاره .

٣ - وذلك كله ما لم يتفق على غيره .

(مادة ٧٩٧)

١ - اذا لم يدفع أحد الاقساط في ميعاد استحقاقه ، جاز للمؤمن أن يعذر المؤمن له بكتاب موسى عليه ، بوجود اذ القسط وبالنتائج المترتبة على التأخر في الوفاء .

٢ - ويترتب على الاعذار قطع المدة المقررة لعدم سماع دعوى المطالبة بالقسط .

(مادة ٧٩٨)

١ - فيما عدا الاحكام الخاصة بالتأمين على الحياة ، اذا لم يتم المؤمن له بأداء القسط رغم اعذاره ، فإن عسقد التأمين يقف سريانه باقتضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الاعذار .

٢ - ويجوز للمؤمن بعد اقتضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الوقف أن يطلب الحكم بتنفيذ المقدم ، أو فسخه .

٣ - فإذا أدت قبل الفسخ الاقساط المتأخرة وما يكون مستحقاً من مصروفات ، عاد العقد الى السريان من بدء اليوم التالي للاداء .

٤ - ويقع باطلاً كل اتفاق يعنى المؤمن من أن يقسوم بأعذار المؤمن له أو ينقص من المواعيد المخصوص عليه في التقريين الاولى والثانية .

(ثالثاً) التزامات المؤمن :

(مادة ٧٩٩)

يلتزم المؤمن ، عند تحقق الخطر المؤمن منه أو عند حلول الاجل المحدد في المقدم ، بأداء مبلغ التأمين المستحق خلال ثلاثين يوماً من اليوم الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة للتثبت من حقه .

القسم الثاني
الحقوق العينية
الكتاب الأول
الحقوق العينية الأصلية
الباب الأول
حق الملكية
الفصل الأول
أحكام حق الملكية

الفرع الأول - نطاق حق الملكية

(مادة ٨١٠)

لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ،
في حدود القانون .

(مادة ٨١١)

ملكية الشيء تشمل أجزائه ، وثماره ، ومنتجاته ،
وملحقاته ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك .

(مادة ٨١٢)

ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها الى الحد المفيد
في التمتع بها وفقا للمألوف ، ما لم يوجد نص أو تصرف
قانوني يخالف ذلك .

(مادة ٨١٣)

لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما
المتلاصقة ، وتكون تفقات التحديد مناصفة بينهما .

(مادة ٨١٤)

لا يجوز للمالك أن يكون له على ملك جاره فتحات
إلا في الحدود التي يقرها القانون .

(مادة ٨١٥)

إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف اليه
من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك
التصرف ، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط
ما لم يكن مبنيا على باعث قوى ومقتضورا على مدة معقولة .

(مادة ٨١٦)

١ - إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا ،
وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ، جاز لكل من
المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف .

٢ - ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره
المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير .

(مادة ٨٠٦)

١ - إذا أفلس المؤمن له قبل انقضاء مدة العقد ، بقى
التأمين قائما لصالح جماعة الدائنين التي تصح مدينة مباشرة
قبل المؤمن ببجوع الإفلاس التي تستحق من يوم صدور
الحكم بشهر الإفلاس ويكون لكل من الطرفين الحق في
إنهاء العقد في مدى ثلاثة أشهر تبدأ من هذا التاريخ ، وعلى
المؤمن في حالة الإنهاء أن يرد لجماعة الدائنين الجزء مسن
القسط الذي لم يتحمل في مقابلة خطرا ما .

٢ - فإذا أفلس المؤمن ، فإن العقد يقف سريانه من يوم
صدور الحكم بشهر الإفلاس . ويكون للمؤمن له الحق في
استرداد الجزء من القسط الذي يكون قد دفعه عن الفترة
التي يوقف فيها العقد وذلك دون إخلال بالأحكام الخاصة
بالتأمين على الحياة .

(مادة ٨٠٧)

تسقط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين باقضاء ثلاث
سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه
الدعاوى وذلك ما لم يقض القانون بخلافه - ومع ذلك لا
تسرى المدة :

(أ) - في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن
عنه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا
الخطر ، إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك .

(ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه ، إلا من اليوم
الذي علم فيه ذوو الشأن بوقوعه .

(ج) - عندما يكون سبب دعوى المؤمن له على
المؤمن ناشئا عن رجوع الغير عليه ، إلا من يوم رفع الدعوى
من هذا الغير على المؤمن له أو من اليوم الذي يستوفى فيه
الغير التعويض من المؤمن له .

(مادة ٨٠٨)

١ - لا يجوز الاتفاق على عدم سريان أحكام التصوص
الواردة في هذا الفصل أو على تعديلها ، إلا أن يكون ذلك
لمصلحة المؤمن له ، أو لمصلحة المستفيد .

٢ - ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على إطالة المدة المقررة
لسقوط الدعاوى المبينة في المادة السابقة ولا على تضييقها .
حتى لو كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد .

(مادة ٨٠٩)

تسرى الأحكام المبينة في هذا الفصل على جميع أنواع
التأمين ، مع مراعاة ما تقتضى به التشريعات الخاصة في شأن
نوع معين منها .

(مادة ٨١٧)

- ١ - لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به .
- ٢ - فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذى ورد به الشرط ، فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت الشهر .

الفرد الثانى - الملكية الشائعة

(أولا) احكام الشيوخ :

(مادة ٨١٨)

- ١ - اذا تعدد أصحاب الحق العيني على شئ ، غير مفرزة حصة كل منهم ، فهم شركاء على الشيوخ . وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك .
- ٢ - وتسمى النصوص التالية على الملكية الشائعة ، كما تسمى على الحقوق العينية الشائعة الاخرى ، ما لم تعارض مع طبيعة الحق أو مع ما يقرره القانون .

(مادة ٨١٩)

- ١ - لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه .
- ٢ - وله أن يتصرف في حصته الشائعة .

(مادة ٨٢٠)

- تكون ادارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

(مادة ٨٢١)

- ١ - لأغلبية الشركاء ، على أساس قيمة الحصص ، أن تقوم بأعمال الادارة المعتادة ، ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديرا يقوم بهذه الاعمال . ولها أن تضع نظاما للادارة .
- ٢ - ويسرى ما تتخذة الاغلبية على جميع الشركاء وخلفاتهم سواء كان الخلف عاما أو خاصا .

(مادة ٨٢٢)

- اذا لم تتوفر الاغلبية المنصوص عليها في المادة السابقة ، فللمحكمة بناء على طلب أى شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

(مادة ٨٢٣)

- اذا تولى أحد الشركاء عملا من أعمال الادارة المعتادة ولم تعرض عليه أغلبية الشركاء في وقت مناسب ، اعتبر فيما قام به تائبا عن الجميع ، فإذا اترضت الاغلبية لا ينفذ تصرف الشريك في حق باقى الشركاء .

(مادة ٨٢٤)

- ١ - للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض الذى أعد له ما يجاوز الادارة المعتادة ، على أن يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار كتابة قبل احداث التغيير أو التعديل ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم الى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوما من وقت الاخطار .

- ٢ - وللمحكمة اذا اعتمدت قرار الاغلبية ، أن تقر ما تراه مناسباً من التدابير .

(مادة ٨٢٥)

- لكل شريك الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء الشائع ، وذلك دون حاجة لموافقة باقى الشركاء .

(مادة ٨٢٦)

- فقتات حفظ المال الشائع وادارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل نسبة حصته ، ما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره أو يقض القانون بخلافه .

(مادة ٨٢٧)

- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه اذا استدوا في ذلك الى أسباب قوية ، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم أن يخطروا باقى الشركاء بقرارهم كتابة ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم الى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوما من وقت الاخطار . وللمحكمة تبعا للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه .

(مادة ٨٢٨)

- في الحالات التي ينص فيها القانون على حق اغلبية الشركاء في الادارة غير المعتادة أو التصرف ، لا تتوفر الاغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال .

(مادة ٨٢٩)

- اذا تصرف الشريك من جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون التصرف اثر ، فيما يتعلق بنقل الملكية أو انشاء الحقوق العينية الأخرى ، الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب الشريك المتصرف .

(ثانيا) انقضاء الشيوخ بالقسمة :

(مادة ٨٣٠)

- ١ - لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى القانون أو التصرف ولا يجوز الاجبار على البقاء في الشيوخ بمقتضى التصرف القانونى الى أجل يجاوز خمس سنين . فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة سرى الاجبار في حق الشريك ومن يخلفه .

٢- ويجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا ذلك بالإجماع ما لم يكن بينهم غير كامل الأهلية وليس له ولي أو كان بينهم من ثبتت غيبته أو فقده .

(مادة ٨٢٧)

١- يجب على الشركاء ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية ، أن يدلخوا الدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى أو قبل إبرام القسمة الاتفاقية ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقوقهم .

٢- ولدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة القضائية في غيبته ، وتكون المعارضة بائناً رسمى يوجه الى جميع الشركاء .

ويجب على الشركاء ادخال من عارض من الدائنين في الدعوى والا كانت القسمة غير نافذة في حقوقهم .

(مادة ٨٢٨)

يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المقرز الذى اختص به في القسمة . وتكون ملكيته له خاصة من كل حق رتبته غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر باجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقا للقانون .

(مادة ٨٢٩)

إذا كانت حصة الشريك ، قبل القسمة ، مثقلة بحق عينى، ترتب على القسمة أن يقل هذا الحق نصيب الشريك المقرز أو جزءا مما وقع في هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التى كانت مثقلة بالحق . وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوى الشأن .

(مادة ٨٤٠)

١- يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذى اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .

٢- فإذا استحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير . فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان مستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق . ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته ، فإذا كان أحدهم ممسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

(مادة ٨٤١)

يضمن المتقاسم ما يقع للغير من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع الى فعله ، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

٢- ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء في الشيوخ مدة تحددها أو بالاستمرار فيه الى أجل لاحق للأجل المشروط وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .

(مادة ٨٢١)

١- للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التى يرونها ما لم يقض نص بغيره .

٢- ولا يجوز إجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ما لم يكن له ولي ، وكذلك إذا كان أحدهم غائبا أو مفقودا وثبتت غيبته أو فقده .

(مادة ٨٢٢)

١- للمتقاسم الحق في طلب ابطال القسمة التى تمت بالتراضى إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة .

٢- وتسقط دعوى الابطال بمرور سنة من وقت القسمة .

٣- وللمدعى عليه أن يمنع الابطال إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه .

(مادة ٨٢٣)

ترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الكلية وللحكمة أن تتدب خيرا أو أكثر لافراز الأنصبة أن كان المال يقبل القسمة عينا دون نقص كبير في قيمته .

(مادة ٨٢٤)

١- تكون الأنصبة على أساس أصغر حصة ولو كانت القسمة جزئية .

٢- ويجب أن يعطى لكل شريك نصيبه إذا اتفق الشركاء على ذلك ، أو تعذرت القسمة على أساس أصغر حصة .

٣- ويجوز أن يكمل ما نقص من قيمة النصيب العينى بمعدل يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته .

(مادة ٨٢٥)

بعد الانتهاء من الفصل في المنازعات المتعلقة بتكوين الأنصبة والمنازعات الأخرى ، فإن كانت الأنصبة قد كونت بطريق التجنب أصدرت المحكمة حكما باعطاء كل شريك نصيبه المقرز ، وإن كانت قد كونت على أساس أصغر حصة تجرى القسمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في المحضروصتدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المقرز .

(مادة ٨٣٦)

١- إذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنة أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمته ، حكمت المحكمة ببيعه بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون المرافعات .

(مادة ٨٤٢)

مع عدم الاخلال بما تقضى به المادة السابقة لا يكون للضمان محل اذا وجد اتفاق صريح على الاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها أو كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه .

(ثلثا) قسمة المهايأة :

(مادة ٨٤٣)

١ - للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفرز مدة معينة لا يصح أن تزيد على خمس سنين ، وتنتهي القسمة بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة الى تنبيه .

٢ - فإذا لم يتفق على مدة ، اعتبرت القسمة لمدة سنة تمتد سنة فسنة ، وتنتهي اذا نبه احد الشركاء شركاهه برغبته في ذلك قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما .

٣ - وإذا انتهت القسمة ، وبقي الشركاء كل منهم منتفعا بالجزء الذي اخص به دون اعتراض من أحدهم ، تجددت لمدة سنة تمتد على النحو السابق .

(مادة ٨٤٤)

للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

(مادة ٨٤٥)

للشركاء أثناء القسمة النهائية أن يتفقوا على قسمة المال الشائع مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية . فإذا تعذر اتفاقهم على قسمة المهايأة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها .

(مادة ٨٤٦)

تخضع قسمة المهايأة من حيث اهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير لاحكام عقد الاجار ما لم تتعارض هذه الاحكام مع طبيعة القسمة .
(وأبعا) الشيوخ الاجباري :

(مادة ٨٤٧)

اذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع انه يجب أن يبقى شائعا ، فليس للشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفا يتعارض مع ذلك الغرض .

(خلاصة) ملكية الطبقات والشقق :

(مادة ٨٤٨)

١ - تسرى نصوص المواد التالية على كل بناء او مجموعة اينية ، لمدة اشخاص ، كل منهم يملك جزءا مفرزا وحصه شائعة في الاجزاء المشتركة .

٢ - ومن يملك جزءا مفرزا يعتبر مالكا حصه شائعة في الاجزاء المشتركة ما لم يثبت خلافه .

(مادة ٨٤٩)

١ - تشمل الاجزاء المشتركة : الارض ، وهيكل البناء ، واجزائه وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك ، وتشمل بوجه خاص :

(أ) الارض المقام عليها البناء ، والافنية ، والمسرات الخارجية ، والحدائق ، ومواقف السيارات .

(ب) اساسات البناء ، والاسقف ، والاعمدة المعدلة لحملها ، والجدران الرئيسية .

(ج) المداخل ، والممرات الداخلية ، والسلاسل ، والمصاعد .

(د) الاماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء .

(هـ) الاماكن المخصصة للخدمات المشتركة .

(و) كل انواع الاثاث والابحرة الا ما كان منها داخل احد الاجزاء المفرزة وتقتصر منفعتها على مالك هذا الجزء .

٢ - كل ما سبق مالم يرد في سندات الملك ما يخالفه .

(مادة ٨٥٠)

١ - الاجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض الملاك فقط تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك .

٢ - وبوجه خاص تكون الحواجز الفاصلة بين جزئين من اجزاء الطبقة ملكا مشتركا لملكها .

(مادة ٨٥١)

تكون حصه كل مالك في الاجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا ، وتقدر قيمة هذا الجزء على اساس مساحته وموقعه وقت انشاء البناء .

(مادة ٨٥٢)

الاجزاء المشتركة لا تقبل القسمة ، ولا يجوز للمالك ان يتصرف في حصه منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا ، والتصرف في الجزء المفرز يشمل حصه المتصرف في الاجزاء الشائعة .

(مادة ٨٥٣)

١ - للملاك بأغلبية ثلاثة ارباع الانصبة ان يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار وادارته .

٢ - ولا يجوز ان تفرض على النظام قيود على ملكية الاجزاء المفرزة او المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الاجزاء او موقعها .

(مادة ٨٥٤)

لكل مالك ان ينصرف في الجزء المرز الذي يملكه ، وله ان يستعمله وان يستغله بما لا يتعارض مع التخصيص المتفق عليه او مع ما اعد له .

(مادة ٨٥٥)

لكل مالك، في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزا، ان يستعمل الاجزاء المشتركة ، فيما خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك .

(مادة ٨٥٦)

١ - يجوز لكل مالك ان يحدث على نفقته تعديلا في الاجزاء المشتركة اذا كان من شأنه تحسين الانتفاع بتلك الاجزاء دون ان يغير من تخصيصها او يلحق الضرر بالملاك الآخرين .
٢ - ويجب ، قبل احداث التعديل ، الحصول على موافقة الجمعية العمومية للاتحاد وفقا لنص المادة ٨٦٧ ، وفي حالة عدم وجود اتحاد الحصول على موافقة اغلبية ثلاثة ارباع الانصبة، فاذالم يحصل على الموافقة كان له ان يطلب من المحكمة التصريح له باجرائه .

(مادة ٨٥٧)

لا يجوز لاي مالك ان يقوم بعمل من شأنه ان يهدد سلامة البناء او يغير في شكله او مظهره الخارجي .

(مادة ٨٥٨)

١ - نفقات حفظ الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل نسبة حصته في تلك الاجزاء .

٢ - ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة ، التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها فتفاوتا واضحا توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق او شقة من منفعة .
٣ - كل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

(مادة ٨٥٩)

١ - يجوز للملاك بأغلبية الانصبة ، ان يكونوا اتحادا لادارة العقار وضمان حسن الانتفاع به .
٢ - ويكون للاتحاد الملاك شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه .
٣ - وينظم شهر اتحاد الملاك بقرار يصدر من وزير العدل .

(مادة ٨٦٠)

١ - اذا لم يوجد اتحاد للملاك تكون ادارة الاجزاء المشتركة وفقا لما ينص الاتفاق عليه في النظام المشار اليه في المادة ٨٥٣ والقواعد العامة في ادارة الملكية الشائعة .

٢ - فاذا وجد اتحاد الملاك تسرى النصوص التالية والالتزام العامة لادارة ملكية الطبقات والشقق التي تصدر بمرسوم .

(مادة ٨٦١)

١ - يجوز لاتحاد الملاك ان يملك طبقة او شقة او اكثر ملكية مفرزة ، ويكون له أن ينصرف فيها .
٢ - ولا يكون للاتحاد بسبب ملكية بعض الاجزاء المفرزة اصوات في الجمعية العمومية .

(مادة ٨٦٢)

يعتبر اتحاد الملاك حارسا على الاجزاء المشتركة ويكون مسئولاً بهذه الصفة عن الاضرار التي تلحق الملاك أو الغير ، دون اخلال بحقه في الرجوع على غيره وفقا للقانون .

(مادة ٨٦٣)

١ - تتكون الجمعية العمومية من جميع الملاك .
٢ - واذا تمدد الاشخاص الذين يملكون معا طبقة أو شقة ، فيعتبرون فيما يتعلق بعضوية الجمعية مالكا واحدا ، وعليهم أن يوكلوا من يمثلهم فيها . فاذا لم يتفقوا، فللمحكمة بناء على طلب احدهم او على طلب مدير الاتحاد ان تعين من يمثلهم .

(مادة ٨٦٤)

١ - لكل مالك عدد من الاصوات في الجمعية العمومية يتناسب مع حصته في الاجزاء المشتركة .
٢ - ومع ذلك ، فاذا كانت حصة المالك تزيد على النصف انقص عدد ما له من اصوات الى ما يساوي مجموع اصوات باقي الملاك .

(مادة ٨٦٥)

١ - يجوز للمالك ان يوكل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها .
٢ - ولا يجوز لشخص واحد ان يكون وكيلاً عن أكثر من مالك ، كما لا يجوز لمن له عدد من الاصوات مساو لاصوات باقي الاعضاء ان يكون وكيلاً عن غيره .
٣ - ولا يجوز لمدير الاتحاد ولا ل احد معاونيه ولا لزوجهم ان يكونوا وكلاء عن الملاك .

(مادة ٨٦٦)

تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية ما للحاضرين من اصوات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

(مادة ٨٦٧)

تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية اصوات جميع الاعضاء في شأن :
(أ) التفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي للموافقة عليها اغلبية اصوات الحاضرين .

(ب) تعيين أو عزل مدير الاتحاد واعضاء مجلس الإدارة •

(ج) التصريح لاحد الملاك باحداث تعديل في الاجزاء المشتركة وفقا لنص المادة ٨٥٦ •

(مادة ٨٧١)

١ - تعيين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، من بين الملاك او من غيرهم ، لمدة لا تزيد على سنتين قابلة للتجديد •

٢ - واذا لم تعين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، كان لكل مالك ان يطلب من محكمة الامور المستعجلة تعيين مدير مؤقت •

(مادة ٨٧٢)

يمثل المدير الاتحاد امام المحاكم والجهات الادارية وفي التعامل مع الغير •

(مادة ٨٧٣)

يتولى المدير تنفيذ نظام الملكية وقرارات الجمعية العمومية وحفظ الاجزاء المشتركة ، وذلك بالاضافة الى ما يقرر له من اختصاصات اخرى وفقا للقانون •

(مادة ٨٧٤)

١ - يجوز انشاء مجلس لادارة الاتحاد ، لمساعدة المدير والرقابة على اعماله ، وايداع الراى للجمعية فيما يراه القيام بما تكلف به •

٢ - اذا لم ينص في نظام الملكية على انشاء مجلس للادارة ، يجوز للجمعية العمومية باغلبية اصوات جميع الاعضاء ان تقرر انشاء المجلس •

الفصل الثاني

اسباب كسب الملكية

الفرع الاول - كسب الملكية ابتداء (الاستيلاء)

(مادة ٨٧٥)

من حاز متقولا مباحا بنية تملكه ملكه •

(مادة ٨٧٦)

١ - يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه مالكه بنية النزول عن ملكيته •

٢ - وتعتبر الحيوانات غير الاليفة مباحة ما دامت طليقة ، ومع ذلك فاذا احرز حيوان منها ثم عاد طليقا فلا يعتبر مباحا الا اذا لم يتبعه المالك فورا او اذا كف عن تتبعه •

٣ - وما روض من الحيوانات والى الرجوع الى المكان المخصص له ، ثم فقد هذه العادة ، اصبح مباحا ما دام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه •

(مادة ٨٧٧)

الكنز المدفون او المخبوء الذى لا يستطيع احد ان يثبت ملكيته له ، يكون خسة لمن يعثر عليه والباقي للمالك الذى

(د) تعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٨٥٨ اذا اصبح هذا التعديل ضروريا بسبب تمييز تخصيص بعض الطبقات او الشقق •

(هـ) شروط تنفيذ الاعمال التي تفرضها القوانين او اللوائح •

(و) الشروط التي يتم بها التصرف في الاجزاء المشتركة اذا اصبح هذا التصرف واجبا تفرضه القوانين أو اللوائح •

(ز) تجديد البناء في حالة الهلاك كلياً او جزئياً ، وتوزيع نفقاته على الملاك •

(مادة ٨٦٨)

عند هلاك البناء كلياً او جزئياً يخصص ما قد يستحق بسببه لاعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك •

(مادة ٨٦٩)

تصدر قرارات الجمعية العمومية باغلبية ثلاثة ارباع اصوات جميع الاعضاء في شأن :

(١) وضع نظام للملكية لضمان حسن الانتفاع بالمقار وادارته او تعديله •

(ب) احداث تعديل او تغيير او اضافة في الاجزاء المشتركة اذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له المقار • وعلى الجمعية في هذه الحالة ان تقرر بنس الاغلبية توزيع نفقات ما قرره من اعمال وكذلك نفقات تشغيل وصيانة ما استحدث •

ولا يجوز لاي مالك ان يمنع او يعطل تنفيذ ما قرره الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام بأعمال داخل طبقتة او شققته •

ولمن يلحقه ضرر بسبب تنفيذ الاعمال التي قررتها الجمعية الحق في مطالبة الاتحاد بالتعويض •

(ج) التصرفات العقارية التي من شأنها كسب او نقل او ترتيب حق من الحقوق العينية بالنسبة للاجزاء المشتركة غير المنصوص عليها في المادة ٨٦٧ (و) •

(د) تملك الاتحاد جزءاً من الاجزاء المفزة ، والتصرف فيما يملكه من هذه الاجزاء •

(مادة ٨٧٠)

تصدر قرارات الجمعية العمومية باجماع اصوات الاعضاء في شأن :

(١) التصرف في جزء من الاجزاء المشتركة اذا كان الاحتفاظ بهذا الجزء ضروريا للانتفاع بالمقار وفقا للتخصيص المنق عليه •

او الغراس نزع ما استحدثه وكان ذلك لا يلحق بالارض
ضرا .

٢ - ومع ذلك ، فاذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من
الجسامه بحيث يرهق مالك الارض ان يؤدى ما هو مستحق
عنها ، كان له ان يطلب تملك الارض لمن احدثها بمقابل عادل .
(مادة ٨٨٤)

يجوز للمحكمة بناء على طلب من يلتزم بالمقابل أو التعويض
وفقا للمادتين ٨٨٢ و ٨٨٣ ، ان تقر ما تراه مناسباً للوفاء بما
تحكم به ، ولها بوجه خاص ان تحكم بأن يكون الوفاء على
اقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية .

(مادة ٨٨٥)

اذا كان مالك الارض ، وهو يقيم عليها بناء ، قد جار
بحسن نية على جزء يسير من الارض الملاصقة ، جاز للمحكمة أن
تحكم بتخليه الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل .

(مادة ٨٨٦)

٢ - واذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت
على ارض غيره ، بواد مملوكة لشخص ثالث ، كان لمالك المواد
ان يرجع بالتعويض على من احدثها ، كما له ان يرجع على مالك
الارض بما لا يزيد عما بقى في ذمته من قيمة ما استحدثت على
ارضه .

٢ - واذا كان من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت
حسن النية كان لمالك المواد ان يطلب نزعها اذا لم يلحق ذلك
بالارض ضرا .

(مادة ٨٨٧)

اذا التصفت منقولتان لملاك مختلفين ، بحيث لا يمكن فصلها
دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة
في الامر مراعية في ذلك الضرر الذى حدث وحالة الاطراف
وحسن او سوء نية كل منهم .

(ثانياً) التصرف القانوني :

(مادة ٨٨٨)

تنقل الملكية ، كما تنتقل أو تشأ الحقوق العينية الاخرى ،
في المنقول والعقار بالتصرف القانوني اذا كان المتصرف هو صاحب
الحق المتصرف فيه ، وذلك مع مراعاة احكام المادتين التاليتين .

(مادة ٨٨٩)

١ - اذا كان المتصرف فيه منقولاً بذاته ، انتقل
الحق او تشأ فور ابرام التصرف .

٢ - اذا كان المنقول معيناً بنوعه فلا ينتقل الحق او ينشأ
الا بافرازه .

٣ - كل ماسبق ما لم ينص القانون او يقض الاضطلاع
بخلافه .

وجد فيه الكنز أو ملكه رقبته أو للواقف أو ورثته اذا كان
الشيء الذى وجد فيه موقوفاً وذلك مع مراعاة ما تقضى به
المادة ٨٧٩ .

(مادة ٨٧٨)

كل عقار لا مالك له يكون ملكاً للدولة .

(مادة ٨٧٩)

الحق في صيد البر والبحر واللقطة والاشياء الاثرية وما
في باطن الارض من معادن تنظمه تشريعات خاصة .

الفرع الثانى - كسب الملكية ما بين الاحياء

(اولا) الاتصاف :

(مادة ٨٨٠)

كل ما على الارض أو تحتها من بناء أو منشآت اخرى
أو غراس ، يعتبر من عمل مالك الارض اقامه على نفقته ويكون
مملوكاً له ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك .

(مادة ٨٨١)

١ - يكون ملكاً لمالك الارض ما يحدثه فيها من منشآت
او غراس بواد مملوكة لغيره ، اذا لم يكن ممكناً نزع هذه
المواد دون ان يلحق مالك الارض ضرر جسيم ، أو كان ممكناً
نزعها ولم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من وقت علم مالك
المواد انها اندمجت في الارض .

٢ - فاذا تملك مالك الارض المواد ، كان عليه ان يدفع
قيمتها وقت التصاقها بالارض ، اما اذا استرد المواد مالكتها فان
نزعها يكون على نفقة مالك الارض . ولمالك المواد في الحالين
الحق في التعويض ان كان له وجه .

(مادة ٨٨٢)

اذا احدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت اخرى، بمواد
من عنده ، على ارض يعلم انها مملوكة لغيره وانه ليس له الحق
في احدثها ، او كان جهله بذلك ناشئاً عن خطأ جسيم ، كان
لمالك الارض أن يطلب ازالة المستحدثات على نفقة من احدثها
مع التعويض ان كان له وجه وذلك خلال سنة من وقت علمه
باحداثها . فان لم يطلب الازالة ، او طلب استبقاء المستحدثات
التزم بدفع قيمتها مستحقة الازالة او دفع ما زاد بسببها في قيمة
الارض .

(مادة ٨٨٣)

١ - اذا احدث شخص بناء أو غراساً او منشآت اخرى ،
بمواد من عنده ، على ارض غيره بتريخى من المالك او كان
معتقداً بحسن نية ان له الحق في احدثها ، فلا يجوز للمالك
الارض ان يطلب الازالة ، وانما يكون له الخيار بين ان يدفع
قيمة المواد واجرة العمل او ان يدفع ما زاد في قيمة الارض
بسبب ما استحدث فيها . هذا ما لم يطلب من احدث المنشآت

(مادة ٨٩٥)

إذا كان المتصرف فيه عقارا ، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ ، إلا بمرعاة أحكام قانون التسجيل العقاري .

(ثالثا) الشفعة :

(مادة ٨٩١)

الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار والموقوف في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية .

(مادة ٨٩٢)

١ - يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء .
٢ - وإذا تعدد الشفعاء كان استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه .

(مادة ٨٩٣)

١ - لا شفعة :
(أ) إذا تم البيع بالمراد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون .

(ب) إذا وقع البيع بين الاصول والفروع ، او بين الزوجين ، او بين الأقارب للدرجة الثانية .
(ج) إذا اظهر الشفيع ارادته صراحة أو ضمنا ، وقت البيع أو قبله ، في انه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تسم بها البيع .
٢ - ولا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة .

(مادة ٨٩٤)

إذا اشترى شخص ما تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل ان يعلن الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة او قبل ان يصبح اعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧ ، فلا يجوز الاخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .

(مادة ٨٩٥)

ليس للشفيع ان يأخذ بعض المبيع الا اذا تعدد المشترون فله ان يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي .

(مادة ٨٩٦)

١ - لاى من البائع والمشتري ان يوجه للشفيع اذارا رسميا يعلمه فيه بالبيع .
٢ - ويجب أن يشتل الانذار على البيانات الآتية والا كان باطلا :
(أ) اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وموطنه .
(ب) بيان المبيع بيانا كافيا .
(ج) بيان الثمن وشروط البيع .

(مادة ٨٩٧)

١ - على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها رسميا الى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه بالبيع والا سقط حقه . ويعتبر الانذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة قرينة قاطعة على العلم .
٢ - ولا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير الا اذا علم به . فاذا كان المبيع عقارا ، فيكون تسجيل اعلان الرغبة قرينة قاطعة على علم الغير .

(مادة ٨٩٨)

يجب على الشفيع ان يرفع الدعوى بالشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته ، وذلك بعد ان يودع خزانة ادارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، والا سقط حقه .

(مادة ٨٩٩)

الحكم الذي يصدر نهائيا بنبوت الشفعة يعتبر سندا لحقوق الشفيع والتزاماته ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

(مادة ٩٠٠)

١ - يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته .
٢ - ومع ذلك لا يحق له الانتفاع بالاجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا برضاء البائع .
٣ - واذا استحق المبيع للغير بعد اخذه بالشفعة ، فليس للشفيع ان يرجع الا على البائع .

(مادة ٩٠١)

١ - اذا زاد المشتري في المشفوع فيه شيئا ، من بناء او غراس او تحود ، قبل ان يعلنه الشفيع برغبته في الاخذ بالشفعة ، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري ان يدفع ما افقته او ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسبب ما أحدثه .
٢ - فاذا كان المشتري قد أحدث الزيادة بعد أن اطلنه الشفيع بالرغبة . كان للشفيع اما ان يطلب الازالة ، او يستبقى الزيادة مقابل دفع ما افقته المشتري او ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسببها .

(مادة ٩٠٢)

١ - لا يسرى في حق الشفيع اى تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني آخر ، اذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي اصبح فيه اعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧ .
٢ - ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم ما كان لهم من أولوية فيما آل الى المشتري من ثمن .

(مادة ٩١٢)

إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق معين
اعتبرت كاملة بين الوقتين ما لم يثبت العكس .
٢ - اثبات الحيازة :

(مادة ٩١٣)

إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة ، افترض
أن من يباشر السيطرة المادية هو الحائز الى أن يثبت العكس .
فإن كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض أنها
لحساب من انتقلت منه .

٣ - حسن وسوء نية الحائز :

(مادة ٩١٤)

١ - يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يمتدى
على حق للغير ، الا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم .
٢ - وحسن النية مفترض الى أن يثبت العكس ، ما لم
ينص القانون على خلاف ذلك .

(مادة ٩١٥)

١ - يصبح الحائز سيء النية من وقت علمه أن حيازته
اعتداء على حق للغير أو من وقت اعلائه في صحيفة الدعوى
بما يفيد أن حيازته اعتداء على حق غيره .
٢ - ويعتبر سيء النية من اغتصب الحيازة بالاكراه
من غيره .

(مادة ٩١٦)

تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها
الى أن يثبت العكس .

٤ - انتقال الحيازة :

(مادة ٩١٧)

تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . على أنه إذا كان
السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن
النية جاز له أن يتسك بحسن نيته .

(مادة ٩١٨)

تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره إذا اتفقا على ذلك
وأصبح في استطاعة هذا الغير أن يسيطر على الشيء ولو لم
يتسلمه تسليماً مادياً .

(مادة ٩١٩)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر
الحائز واضعاً يده لحساب من يخالفه في الحيازة أو استمر
الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه .

(مادة ٩٢٠)

١ - يجوز أن يتم نقل الحيازة إذا تسلم النظيف ما يمكنه
من التسلم المادي للشيء .

(مادة ٩٠٣)

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة :

(١) - إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة صراحة
أو ضمناً .

(ب) - إذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة
خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع ان كان المبيع عقاراً .
(ج) - في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون .

(مادة ٩٠٤)

لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع ، وانما
ينتقل الى ورثته .

(رابعا) الحيازة :

١ - تعريف الحيازة واركاتها :

(مادة ٩٠٥)

الحيازة هي سيطرة شخص ، بنفسه أو بواسطة غيره ،
على شيء مادي ، ظاهراً عليه بظهور المالك أو صاحب حق عيني
آخر ، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق .

(مادة ٩٠٦)

لا يمتد بحيازة الغير لاموال الدولة أو غيرها من الأشخاص
المعنوية العامة .

(مادة ٩٠٧)

لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات
أو بعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح .

(مادة ٩٠٨)

تكون الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة
على الشيء باسم الحائز .

(مادة ٩٠٩)

يجوز لعديم الأهلية أو ناقصاً أن يكسب الحيازة عن
طريق من ينوب عنه قانوناً .

(مادة ٩١٠)

ليس لمن يجوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة
حيازته ، ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من
الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يجوز باسمه ، ولا تباداً
الحيازة بصفاتها الجديدة الا من وقت الفعل الذي أحدث
التغيير .

(مادة ٩١١)

إذا اقترنت الحيازة باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها
ليس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت
عنه الحيازة أو التمس أمرها عليه ، الا من الوقت الذي تزول
فيه هذه العيوب .

(مادة ٩٢٧)

الحائز العقار اذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ثم وقع له تعرض في حيازته ، أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية دعوى بمنع هذا التعرض .

(مادة ٩٢٨)

١ - لحائز العقار اذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ، وخشى لأسباب معقولة التعرض له نتيجة أعمال جديدة تهدد حيازته ، أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية لبدء هذه الاعمال دعوى بوقفها طالما أنها لم تتم .

٢ - وللمحكمة أن تحكم بمنع استمرار الأعمال أو أن تأذن باستمرارها ، ولها في الطالين أن تأمر بتقديم تأمين كاف ضمانا لما قد يحدث من ضرر نتيجة تنفيذ حكم .

(مادة ٩٢٩)

١ - لحائز الشيء الحق فيما يقبضه من ثماره وما يحصل عليه من منفعة ما دام حسن النية .

٢ - وتعتبر الثمار الطبيعية أو المستحدثة مقبوضة يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما ، والحصول على المنفعة كقبض الثمار المدنية .

(مادة ٩٣٠)

يكون الحائز مستولا من وقت أن يصبح سبى النية عن المنفعة التي حصل عليها والثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها ، ويجوز له أن يسترد ما أفقده في انتاج الثمار .

(مادة ٩٣١)

١ - على المالك الذي يرد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما أفقده من المصروفات الضرورية .

٢ - وتسرى في شأن المصروفات النافعة أحكام المادتين ٨٨٢ و ٨٨٣ .

٣ - وليس للحائز أن يطالب بشيء من المصروفات الكسبية . وللمالك أن يستبقى ما استحدثه الحائز من منشآت بقيمتها مستحقة الازالة ، فان لم يطلب ذلك كان للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء الي حالته الأولى دون ضرر .

(مادة ٩٣٢)

على المالك الذي يرد اليه ملكه ان يؤدي للحائز الذي تلقى الحيازة من غيره ما أذاه هذا الحائز الي سلفه من مصروفات وذلك في حدود ما يلزم به المالك وفقا للمادة السابقة .

(مادة ٩٣٣)

يجوز للمحكمة ، بناء على طلب المالك ، أن تقر ما تراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين، ولها أن تقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات الكافية .

٢ - وبوجه خاص ، يقوم تسليم السندات المطعاة عن البضائع المجهود بها الي أمين النقل أو المودعة في المازن مقام تسليم البضائع ذاتها . على أنه اذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة .

(مادة ٩٢١)

يجوز للخلف الخاص أن يضم الي حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر .

٥ - زوال الحيازة :**(مادة ٩٢٢)**

١ - تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء ، أو فقد هذه السيطرة بآية طريقة أخرى .

٢ - ومع ذلك لا تزول الحيازة اذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي . فاذا كانت الحيازة واردة على عقار وسلبت من صاحبها ثم استردها خلال ثلاث السنوات التالية لفقدائها اعتبرت أنها لم تزل أصلا .

٦ - آثار الحيازة :**(مادة ٩٢٣)**

من حاز شيئا ظاهرا عليه بنظر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس .

(مادة ٩٢٤)

١ - لحائز العقار اذا فقد الحيازة أن يطلب خلال ثلاث السنوات التالية لفقدائها ردها اليه ، فاذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان ثلاث السنوات من وقت انكشافه .

٢ - ويجوز أيضا لمن كان حائزا لحساب غيره أن يطلب استرداد الحيازة .

(مادة ٩٢٥)

١ - اذا لم يكن من فقد الحيازة قد اقتضت على حيازته ثلاث سنوات وقت فقدتها فلا يجوز أن يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الي حيازة أحق بالترتيب . والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني . فاذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق بالترتيب هي الأسبق في التاريخ .

٢ - أما اذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال ثلاث السنوات التالية حيازته من المتعدي .

(مادة ٩٢٦)

يجوز أن ترفع دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة العقار ولو كان حسن النية .

(مادة ٩٤٤)

١ - لا يكون الحائز حسن النية مسئولاً قبل من يستحق الشيء عما يصيبه من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة تربت على هذا الهلاك أو التلف .

٢ - ويكون الحائز سبباً في هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن قوة قاهرة ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه .

(مادة ٩٢٥)

من حاز عقاراً أو منقولاً ، ظاهراً عليه بظهور المالك أو صاحب حق عيني آخر ، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة ، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق ، ويحكم له به ، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ، ولو لم يبين سبب كسبه .

(مادة ٩٣٦)

تسرى قواعد عدم سماع دعوى الدين بمرور الزمان على المدة التي تستمر خلالها الحيازة فيما يتعلق بحساب المدة ووقتها وانقطاعها والاتفاق على تعديلها ، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة الحيازة .

(مادة ٩٣٧)

١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله ، ظاهراً عليه بظهور المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وكان حسن النية وقت حيازته ، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة .

٢ - فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والتبؤد العينية كسب الحق خالصاً منها .

(مادة ٩٣٨)

الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

(مادة ٩٣٩)

١ - يجوز لمالك المتقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه ، إذا فقدته أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة .

٢ - فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يجعل له الثمن الذي دفعه .

الفرع الثالث - كسب الملكية بسبب الوفاة
(أولا) الميراث :

(مادة ٩٤٠)

تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الارث وانتقال أموال التركة اليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

(ثانياً) الوصية :

(مادة ٩٤١)

تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

(مادة ٩٤٢)

١ - كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية .

٢ - وعلى ورقة المتصرف أن يشيئوا أن التصرف تم من المورث وهو في مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق .

٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت العكس .

(مادة ٩٤٣)

إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقها في الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

الباب الثاني

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

(أولا) حق الانتفاع :

(مادة ٩٤٤)

يكسب حق الانتفاع بتصرف قانوني أو بمقتضى الحيازة .

(مادة ٩٤٥)

يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة في المواد الآتية .

(مادة ٩٤٦)

تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٥٢ .

(مادة ٩٤٧)

١ - على المنتفع أن يستعمل الشيء بطالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة .

٢ - ولمالك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطلب بتقديم تأمينات ، فان لم يقدها المنتفع أو ظل رغم اعتراض مالك الرقبة يستعمل العين استعمالاً

(مادة ٩٥٤)

١ - لا تسمع عند الانكار الدعوى بحق الانتفاع اذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة .

٢ - واذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوع ، فاستعمال أحدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يوقفها لمصلحة الآخرين .

(ثانياً) حق الاستعمال وحق السكنى :

(مادة ٩٥٥)

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بقدر ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام .

(مادة ٩٥٦)

لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

(مادة ٩٥٧)

فيما عدا الأحكام المتقدمة ، تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين العنقين .

الفصل الثاني حقوق الارتفاق

(مادة ٩٥٨)

حق الارتفاق تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول .

(مادة ٩٥٩)

تخضع حقوق الارتفاق لما هو مقرر في سند انشائها ، ولما جرى عليه عرف الجهة ، والأحكام الواردة في السواد الآتية .

(مادة ٩٦٠)

اذا أنشأ مالك عقارين منفصلين علاقة تبعية ظاهرة بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أنهما كانا مملوكين لمخصصين مختلفين ، ثم أصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين دون تغيير في الوضع الذي كان قائماً ، عد الارتفاق مرتباً بين العقارين ، ما لم يوجد شرط صريح يخالف ذلك .

(مادة ٩٦١)

لمالك العقار المرتفق أن يجرى الاعمال الضرورية لاستعمال حقه ، والمحافظة عليه . وعليه أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا ينشأ عنه الاقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به .

غير مشروع أو غير منطبق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ، وله تبعاً لظهور الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير .

(مادة ٩٤٨)

١ - المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة .

٢ - ولا يجبر مالك الرقبة على أداء التكاليف غير المعتادة ولا الاصلاحات الجسيمة ولو حصلت بغير خطأ المنتفع ، وذلك ما لم يكن حق الانتفاع قد تقرر بمقابل ، أو اشترط غيره .

(مادة ٩٤٩)

١ - على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص العادي .

٢ - وهو مسئول عن هلاك الشيء ولو بسبب اجنبي اذا كان قد تأخر بعد اعذاره عن رده الى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع ، الا اذا أثبت أن الشيء كان يهلك ولو في يد المالك .

(مادة ٩٥٠)

اذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج الى اصلاحات جسيمة ، أو الى اتخاذ اجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك ، وعليه اخطاره ايضا اذا ادعى اجنبي استحقاق الشيء نفسه .

(مادة ٩٥١)

اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، وجب جرده وزم المنتفع بتقديم تأمين كاف . فان لم يقدم المنتفع التأمين جاز للقاضى أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى ادارته لحساب المنتفع .

(مادة ٩٥٢)

١ - ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أى حال بموت المنتفع .

٢ - واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا اجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن .

(مادة ٩٥٣)

ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، غير أنه اذا قام مقام الشيء عوض ما ، فان حق الانتفاع ينتقل اليه .

العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، و باجتماع ملكية العقارين لشخص واحد الا أنه اذا زالت حالة اجتماع الملكية فان حق الارتفاق يعود .

(مادة ٩٦٨)

١ - لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق الارتفاق اذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وذلك ما لم يكن الارتفاق مقرراً لمنفعة عقار مملوك للدولة أو لجهة وقف .

٢ - واذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشبوع ، فاستعمال أحدهم الارتفاق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الباقين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحد الشركاء يوقتها لمصلحة الآخرين .

(مادة ٩٦٩)

ينتهي حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ، ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعماله .

(مادة ٩٧٠)

لمالك العقار المرتفق به أن يحرره من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق به ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الواقع على العقار المرتفق به .

الكتاب الثاني

الحقوق العينية التبعية

التأمينات العينية

الباب الاول

الرهن الرسمي

الفصل الأول

أنشاء الرهن الرسمي

(مادة ٩٧١)

الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجب أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون .

(مادة ٩٧٢)

١ - لا يتعد الرهن الرسمي الا اذا كان بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون .

٢ - ونفقات المقدم على الرهن ، الا اذا اتفق على غير ذلك .

(مادة ٩٦٢)

اذا جُد من حاجات العقار المرتفق ما من شأنه زيادة عبء الارتفاق ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يقضى بتعديل الارتفاق بما تقتضيه ضرورة مواجهة الزيادة ، وذلك في نظير مقابل عادل .

(مادة ٩٦٣)

١ - نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يستترط غير ذلك .

٢ - فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .

٣ - واذا كانت الاعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على المالكين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة .

(مادة ٩٦٤)

١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة .

٢ - ومع ذلك اذا كان الموضوع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا المقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه غيره اذا قبل ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق ميسوراً في وضعه الجديد بالقدر الذي كان عليه في وضعه السابق .

(مادة ٩٦٥)

١ - اذا جرى العقار المرتفق ، بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على المقار المرتفق به .

٢ - غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يفيد الاجزاء من هذه الاجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب انهاء الارتفاق عن الاجزاء الاخرى .

(مادة ٩٦٦)

١ - اذا جرى العقار المرتفق به ، بقي الارتفاق واقفاً على كل جزء منه .

٢ - غير أنه اذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الاجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب انهاء الارتفاق عن الجزء الذي يملكه .

(مادة ٩٦٧)

تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك

(مادة ٩٧٢)

يجوز أن يكون الرهن هو المدين أو شخصا آخر غير .

(مادة ٩٧٤)

إذا كان الرهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقا للقانون ، وإذا لم يصدر هذا الاقرار ، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت انذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للرهن .

(مادة ٩٧٥)

يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو نسخه أو زواله لاي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن .

(مادة ٩٧٦)

١ - لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي الا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

٢ - ويجب أن يكون العقار المرهون ما يصح بيعه استقلالا بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً بالذات تمينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسي لاحق ، والا وقع الرهن باطلا .

(مادة ٩٧٧)

١ - يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا .

٢ - ويشمل بوجه خاص الابنية والاشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو تستحدث بعده ، وحقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص ، وجميع التحسينات والانشاءات التي تجرى في العقار المرهون ، وذلك كله ما لم يتفق على غيره ، ومع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين .

(مادة ٩٧٨)

يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهنا رسما ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن ححق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الاقراض اذا هدمت المبانى ، ومن التمييز الذي يذمه مالك الارض اذا استبقى المبانى .

(مادة ٩٧٩)

يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم امكان قسمته .

(مادة ٩٨٠)

١ - اذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار كلها أو بعضها ، فإن الرهن يثقل بعد القسمة ما يقع فسي نصيب الرهن أو جزءا مما يقع في نصيبه يعادل في قيمته الحصه المرهونة . ويعين هذا الجزء بأمر على عريضة .

٢ - ويحتفظ هذا الرهن بمرتبه اذا أجرى له قيد جديد خلال ستين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة . ولا يضر احتفاظ الرهن بمرتبه على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .

(مادة ٩٨١)

يجوز أن يترتب الرهن ضمانا للمدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، فيجوز أن يترتب ضمانا لامتداد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين .

(مادة ٩٨٢)

كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك .

(مادة ٩٨٣)

١ - يكون الرهن تابعا للدين المضمون في صحته وفي اقتضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

٢ - وإذا كان الرهن غير المدين ، كان له الى جانب تسكته بأوجه الدفع الخاصة به أن يتسكك بما للمدين من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المديسن .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

الفرع الاول - اثر الرهن فيما بين المتعاقدين

(اولا) بالنسبة الى الرهن :

(مادة ٩٨٤)

لرهن الحق في ادارة العقار المرهون . وله قبض ثماره وكافة إيراداته الى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضى به قانون المرافعات .

(مادة ٩٨٥)

١ - الايجاب الصادر من الرهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن الا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز . أما اذا لم يكن الايجاب ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان

٢ - ويجوز لهذا الراهن أن يتفادى أى اجراء موجه اليه اذا هو تظلى عن العقار المرهون وفقا للاوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز فى تخليّة العقار .

(مادة ٩٢٢)

لا يعلق الرهن ، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يملك العقار المرهون بالدين أو بأى ثمن كان أو فى أن يبيعه دون مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون ، حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

الفقره اثنتانى - أثر الرهن بالنسبة الى الغير

(مادة ٩٢٣)

١ - لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير الا اذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وذلك دون اخلال بالاحكام المقررة فى الافلاس .

٢ - ولا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص من محل الدائن فى هذا الصق يحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، الا اذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الاصلى .

(مادة ٩٢٤)

يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المضمون بالرهن أيهما أقل .

(مادة ٩٢٥)

يسقط القيد اذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ اجراءه . على أن للدائن أن يعبرى قيذا جديدا ان أمكن ذلك قانونا تكون مرتبته من وقت اجراءه . وكل تجديد لا يكون له أثر الا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه .

(مادة ٩٢٦)

تجديد القيد واجب حتى أثناء اجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ولكنه لا يكون واجبا اذا انقضى الحق أو طهر العقار وبوجه خاص اذا تم بيع العقار قضاء .

(مادة ٩٢٧)

لا يجوز محو القيد الا بموجب حكم نهائى أو برضاء الدائن بقرير رسمى .

(مادة ٩٢٨)

اذا ألغى المحو عادت للمقيد مرتبته الاصلية ؛ ومع ذلك لا يكون لانفاؤه أثر رجعى بالنسبة الى القيد والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والالغاء .

قد عقد بعد تسجيل طلب الحجز ولم تعجل فيه الاجرة فلا يكون نافذا الا اذا كان داخلا فى أعمال الادارة الحسنة .

٢ - واذا كان الايجار السابق على تسجيل طلب الحجز تزيد مدته على عشر سنوات ، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن الا لمدة عشر سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهنس .

(مادة ٩٨٦)

١ - لا تكون المخالصة بالاجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائسن المرتهن الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز .

٢ - أما اذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فانها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن ، والا خفضت المسدة السى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة .

(مادة ٩٨٧)

يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه انتقاص ضمانته انتقاصا كبيرا . وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ على فقة الراهن ما يلزم من الوسائل التحفظية .

(مادة ٩٨٨)

١ - اذا تسبب الراهن بخلطه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا .

٢ - فاذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الاجسل .

(مادة ٩٨٩)

اذا هلك العقار المرهون أو تلف لاي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للنفعة العامة .

(ثانيا) بالنسبة الى الدائن المرتهن :

(مادة ٩٩٠)

للدائن المرتهن أن يستوفى حقه من العقار المرهون وفقا للاجراءات المقررة لذلك .

(مادة ٩٩١)

١ - اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على امواله الا ما رهن منها . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك .

(اولا حق التقيم :

(مادة ١٠٠٠)

يستوفى الدائنون المرتهون حقوقهم قبيل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، وذلك بحسب مرتبة كل منهم .

(مادة ١٠٠١)

تصحب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المسنون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديننا مستقبلا أو احتماليا .

(مادة ١٠٠٢)

يرتب على قيد الرهن ادخال مصروفات المقدم والقيد والتجديد في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها .

(مادة ١٠٠٣)

للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار ، ويجوز التمسك قبيل هذا الدائن الاخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الاول، عدا ما كان منها متعلقا باقتضاء حق هذا الدائن الاول اذا كان هذا الاقتضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة .

(ثانيا حق التتبع :

(مادة ١٠٠٤)

١ - يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ على العقار المرهون في يد حائزه بعد اذاره بدفع الدين ، الا اذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه .

٢ - ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأى سبب غير الميراث ، ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولًا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .

(مادة ١٠٠٥)

١ - يجوز للحائز، ان لم يكن طرفا في الدعوى التي حكم فيها على المدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها ، اذا كان الحكم لاحقا لثبوت وصف الحائز له .

٢ - ويجوز للحائز في جميع الاحوال ان يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم حق التمسك بها .

(مادة ١٠٠٦)

للعائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو

ومحصاه بما في دلت ما صرف في الاجراءات من وقت اذاره بدفع الدين . ويبقى حقه هذا قائما الى يوم رسو المزار ، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى من تلقى منه الحق ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق الا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين .

(مادة ١٠٠٧)

يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن بأن يجدهه عند الاقتضاء ، وذلك الى أن تحصى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز .

(مادة ١٠٠٨)

١ - اذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الاداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه .

٢ - فاذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الاداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو معيارا لها ، جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في أصل تمهده أن يدفع بمقتضاها وفي الاجل المتفق على الدفع فيه .

٣ - وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكن اذا هو وفي لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود .

(مادة ١٠٠٩)

١ - يجوز للحائز ، أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل سنده .

٢ - وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يرجعه الدائنون المرتهون الانذار اليه ، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم توقيع الحجر على العقار من الدائن المرتهن .

(مادة ١٠١٠)

اذا أراد الحائز تطهير العقار ، وجب عليه أن يوجه الى كل من الدائنين المقيدة حقوقهم اعلانا يشتمل على البيانات الآتية :

(أ) - خلاصة من سند ملكيته تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وتحديد العقار تحديدا دقيقا وتعيين مالكه السابق ، واذا كان التصرف يبعأ يذكر أيضا الثمن وملحقاته .

(ب) - تاريخ تسجيل سنده ورقم هذا التسجيل .

(ج) - بيان الحقوق التي تم قيدها على العقار قبيل تسجيل سنده وتاريخ قيدها ومقدار الحقوق وأسماء الدائنين .

(مادة ١٠١٦)

إذا لم يختار الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية المقار . ويكون الانذار بعد اعلان السند التنفيذي للمدين المتضمن تكليفه بالوفاء بالدين وفقا لما يقضى به قانون المرافعات أو مع هذا الاعلان .

(مادة ١٠١٧)

يحق للحائز أن يدخل في المراد بشرط ألا يعرض فيه ثمن أقل من الباقي في ذمته من ثمن المقار الجاري بيعه .

(مادة ١٠١٨)

إذا بيع المقار المرهون جبرا ولو كان ذلك بعد اتخاذ اجراءات التطهير أو التخلية ورسا المراد على الحائز ، اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلي ، وتطهر العقار من كل حق مقيد اذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المراد .

(مادة ١٠١٩)

إذا رسا المراد في الاحوال المتقدمة على شخص غير الحائز ، فان هذا الشخص يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المراد .

(مادة ١٠٢٠)

إذا زاد الثمن الذي رسا به المراد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز وكان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة .

(مادة ١٠٢١)

يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية المقار اليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى .

(مادة ١٠٢٢)

١ - يرجع الحائز بدعوى الضمان على من تلقى الحق عنه ، وذلك وفقا لقواعد رجوع الخلف على السلف .

٢ - ويرجع الحائز أيضا على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند حقه أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة . ويحل محل الدائنين الذي وقاهم حقوقهم ويوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها شخص آخر .

(مادة ١٠٢٣)

الحائز مسؤول قبل الدائنين عما يصيب المقار من تلف بخطئهم .

(د) - المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة المقار ، ويجب ألا يقل هذا المبلغ في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن المقار اذا كان التصرف بيعا .

(مادة ١٠١١)

يجب على الحائز أن يذكر في الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة الى القدر الذي قوم به المقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ تقدا ، بل ينحصر العرض في اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة .

(مادة ١٠١٢)

١ - يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كميل لحق مقيد أن يطلب بيع المقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوما من آخر اعلان رسمي .

٢ - ويكون الطلب باعلان يوجه الى الحائز والى المالك السابق ، ويجب ان يودع الطالب صندوق ادارة التنفيذ مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمراد ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق منه في المصروفات اذا لم يرس المراد بثمان أعلى من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ويكون الطلب باطلا اذا لم تستوف هذه الشروط .

٣ - ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه الا بموافقة جميع الدائنين القيديين وجميع الكفلاء .

(مادة ١٠١٣)

إذا طلب بيع المقار ، وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية . ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التمجيل من طالب أو حائز . وعلى من يباشر الاجراءات أن يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به المقار .

(مادة ١٠١٤)

إذا لم يطلب بيع المقار في الميعاد المحدد وبالاوضاع المقررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المراد ثمن أعلى مما عرضه الحائز ، استقرت ملكية المقار نهائيا لهذا الحائز اذا هو أودع المبلغ الذي عرضه صندوق ادارة التنفيذ .

(مادة ١٠١٥)

١ - تكون تخلية المقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى ادارة كتاب المحكمة الكلية ، ويجب عليه أن يملن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

٢ - ويجوز لمن له مصلحة في التمجيل أن يطلب الى قاضي الامور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ ، ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك .

(مادة ١٠٣١)

يشمل الرهن الحيازي وملحقات الشيء المرهون .

(مادة ١٠٣٢)

يجوز أن يرهن الشيء رهنا حيازيا ضمانا لعدة ديون إذا قبل من تسلم الشيء أن يحوزه لحساب أصحاب تلك الديون حتى ولو كان هو أحدهم .

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

الفرع الأول - فيما بين المتعاقدين

(أولا) بالنسبة الى الراهن :

(مادة ١٠٣٣)

- ١ - على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو العدل الذي عينه المتعاقدان لتسليمه .
- ٢ - ويسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

(مادة ١٠٣٤)

إذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به اقتضاء الرهن . كل هذا دون اخلال بحقوق الغير حسن النية .

(مادة ١٠٣٥)

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون .

(مادة ١٠٣٦)

يسرى على هلاك أو تلف الشيء المرهون رهنا حيازيا أحكام المادتين ٩٨٨ و ٩٨٩ .

(ثانيا) بالنسبة الى الدائن المرتهن :

(مادة ١٠٣٧)

إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيافته من العناية ما يبذله الشخص المادي ، وهو مسئول عن هلاك الشيء ، او تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب اجنبي لا يد له فيه .

(مادة ١٠٣٨)

- ١ - ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل .
- ٢ - وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا وفقا لطبيعته وذلك ما لم يتفق على خلافه .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

(مادة ١٠٢٤)

ينقضى الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته .

(مادة ١٠٢٥)

إذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ، ولو زالت لاي سبب من الاسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار .

(مادة ١٠٢٦)

إذا بيع العقار المرهون يباع جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو العارس الذي سلم اليه العقار عند انتزاعه ، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه السلي الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

الباب الثاني

الرهن الحيازي

الفصل الأول

انشاء الرهن الحيازي

(مادة ١٠٢٧)

الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى عدل يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يسد يكسون .

(مادة ١٠٢٨)

لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار .

(مادة ١٠٢٩)

تسرى على الرهن الحيازي أحكام المواد ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٨ و ٩٨١ و ٩٨٢ و ٩٨٣ المتعلقة بالرهن الرسمي .

(مادة ١٠٣٠)

يجوز رهن المال الشائع رهنا حيازيا ، وتسرى على هذا الرهن أحكام المادتين ٩٧٩ و ٩٨٠ .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الجياري

(مادة ١٠٤٥)

ينقضى حق الرهن الجياري بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي اقتضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته .

(مادة ١٠٤٦)

ينقضى أيضا حق الرهن الجياري بأحد الاسباب الآتية :

(أ) - إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في ابراء ذمة المدين من الدين ، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تغلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون . على أنه إذا كان الدين المضمون بالرهن مثقلا بحق للغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره .

(ب) - إذا اتحد حق الرهن الجياري مع حق الملكية في يد شخص واحد .

(ج) - إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون .

(مادة ١٠٤٧)

يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة وريحة أن يطلب من المحكمة الترخيص في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين . وللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تأذن بالبيع وتحدد عندئذ شروط البيع وتفصل في أمر ايداع الثمن .

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الجياري

الفرع الأول - رهن العقار

(مادة ١٠٤٨)

يشترط لنفاذ رهن العقار في حق الغير إلى جانب انتقال الحيابة أن يقيد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي .

(مادة ١٠٤٩)

١ - يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير .

٢ - فإذا اتفق على الايجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤثر به في هامش القيد ، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضروريا إذا جدد الايجار تجديدا ضمنيا .

٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصص من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أفتقه في المحافظة على الشيء والاصلاحات وما دفعه من التكاليف ، ثم مما استحقه من تعويضات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين .

(مادة ١٠٣٩)

١ - يتولى الدائن المرتهن ادارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي وليس له أن يعير من طريقة استغلال الشيء المرهون الا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله .

٢ - فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء ادارة سيئة أو ارتكب في ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه .

(مادة ١٠٤٠)

يلتزم المرتهن برد الشيء المرهون الى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من مصروفات وتعويضات .

(مادة ١٠٤١)

تسرى على الرهن الجياري احكام المادة ٩٩١ فقرة أولى والمادة ٩٩٢ .

الفرع الثاني - بالنسبة الى الغير

(مادة ١٠٤٢)

يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرتهن أو العدل الذي ارتضاء المتناقدان .

(مادة ١٠٤٣)

١ - يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون .

٢ - وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون ارادته او دون علمه كان له الحق في استرداده وفقا لاحكام الحيابة .

(مادة ١٠٤٤)

لا يقتصر الرهن الجياري على ضمان أصل الحق وانما يضمن ايضا وفي نفس المرتبة :

(١) - المصروفات الضرورية التي انفتحت للمحافظة على الشيء ، دون اخلال بامتياز مصروفات الحفظ .

(ب) - التعويضات عن الاضرار الناشئة عن عيوب الشيء .

(ج) - مصروفات العقد الذي انشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقيمة عند الاقتضاء والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن .

الفرع الثاني - رهن المنقول

(مادة ١٠٥٠)

يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يصر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بياناً كافياً .
وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن .

(مادة ١٠٥١)

الأحكام المتعلقة بالأثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول .

(مادة ١٠٥٢)

١ - اذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للمرتهن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمراد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق .

٢ - ويفصل القاضي في أمر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه .

(مادة ١٠٥٣)

يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمراد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق .

الفرع الثالث - رهن الدين

(مادة ١٠٥٤)

١ - لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين الا باعلانه بالرهن أو بقبوله اياه وفقاً لقواعد الحوالة .
٢ - ولا يكون هذا الرهن نافذاً في حق الغير الا منذ حيازة الدائن المرتهن أو العدل سند الدين المرهون وإعلان المدين بالرهن أو التاريخ الثابت لقبوله .

(مادة ١٠٥٥)

يكون رهن الصكوك لأمراً وفقاً لما يقضى به القانون .

(مادة ١٠٥٦)

لا يجوز رهن الدين اذا كان قابلاً للحوالة أو الحجز .

(مادة ١٠٥٧)

لا يسرى الوفاء بالدين أو تجديده أو المقاصة به أو اتحاد الذمة فيه أو الإبراء منه في مواجهة الدائن المرتهن الا باقراره . كما لا يسرى في مواجهته أي تعديل في الدين يكون من شأنه أن يضره الا بقبوله .

(مادة ١٠٥٨)

يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ،

وكذلك بأوجه الدفع التي تكون له هو قبل دائته الاصلى ، كل ذلك بالقدر الذي يجوز للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفع قبل المحال اليه .

(مادة ١٠٥٩)

١ - اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين الا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الراهن الى ما تم ايداعه .

٢ - واذا لم يتفق الراهن والمرتهن على طريقة استغلال ما آداه المدين ، قضت المحكمة بما تراه انفع للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن .

(مادة ١٠٦٠)

اذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الاداء جاز للدائن المرتهن أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو أن يطلب بيع هذا الدين وفقاً للمادة ١٠٥٣ .

الباب الثالث**حقوق الامتياز****الفصل الاول****احكام عامة**

(مادة ١٠٦١)

لا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون .

(مادة ١٠٦٢)

١ - يحدد القانون مرتبة الامتياز . فان لم يحدد القانون لامتياز مرتبته ، كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته .
٢ - واذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فافاضتوتوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(مادة ١٠٦٣)

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين .

(مادة ١٠٦٤)

١ - لا يلزم القيد في حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار ، كما أنه لا يلزم في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزاة العامة .

٢ - وتكون هذه الحقوق الممتازة جميعاً اسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقارى آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزاة يتقدم على حقوق الامتياز العامة .

(مادة ١٠٧٢)

١ - المبالغ المستحقة للخرانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن عدا المصروفات القضائية .

(مادة ١٠٧٣)

١ - المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاح ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها .

(مادة ١٠٧٤)

١ - يكون المحقوق الآتية ، بقدر ما هو مستحق منها في الستة الشهور الاخيرة حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار .

(أ) المبالغ المستحقة للخدم والعمال وكل أجبر آخر من أجبرهم ومرتباهم من أى نوع كان .

(ب) - المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولن يعوله من ماكل وملبس ودواء .

(ج) - النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة ومصروفات الحفظ والاصلاح . أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

(مادة ١٠٧٥)

١ - المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مسواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصار ، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في انتاجه وتكون لها جميعها مرتبة واحدة .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة ومصروفات الحفظ والاصلاح والمبالغ المضمونة بامتياز عام .

(مادة ١٠٧٦)

١ - أجرة المياني والاراضي لستينين أو لمدة الايجار انقلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار ، يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة وملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي .

(مادة ١٠٦٥)

لا يترتب على حقوق الامتياز العامة حق التسعير وذلك مع مراعاة ما يقضى به القانون في شأن امتياز المبالغ المستحقة للخرانة العامة .

(مادة ١٠٦٦)

تسرى على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديده ومحو .

(مادة ١٠٦٧)

١ - لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على اعتبار خلوه منه .

٢ - ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة الى الامتعة التي يأتي بها النزلاء الى فندقه .

(مادة ١٠٦٨)

يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .

(مادة ١٠٦٩)

ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقا لاحكام اقتضاء هذين الحقين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الاحكام مع طبيعة حق الامتياز ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك .

الفصل الثاني

انواع الحقوق الممتازة

(مادة ١٠٧٠)

الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة الى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة .

الفرع الاول - حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول :

(مادة ١٠٧١)

١ - المصروفات القضائية التي أفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال .

٢ - وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن .

٣ - وتتقدم المصروفات التي أفقت في بيع الاموال على تلك التي أفقت في اجراءات التوزيع .

(مادة ١٠٧٨)

١ - ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد التجارية .

٢ - ويكون الامتياز تالياً في المرتبة للامتيازات الواردة ذكرها في المواد السابقة ، الا انه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق اذا ثبت أنها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

(مادة ١٠٧٩)

١ - للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .

٢ - وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي لامتياز البائع ، فاذا تراحم العقاقير قدم الاسبق في التاريخ .

الفرع الثاني - حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار :

(مادة ١٠٨٠)

١ - ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .

٢ - ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

(مادة ١٠٨١)

١ - المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد اليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الاعمال في قيمة العقار وقت بيعه .

٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد مع مراعاة ما تقضى به المادة ٩٧٧ .

(مادة ١٠٨٢)

١ - اذا اقتسم الشركاء عقاراً شائعاً بينهم ، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء .

٢ - ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

٢ - ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجبة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ونم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها ، وذلك دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة .

٣ - ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الايجار من الباطن ، فاذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الاصلى في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصلى .

٤ - واذا نقلت الاموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق المتأخرة ، بقي الامتياز قائماً على الاموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الاموال . ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها اذا وقع المؤجر عليها حجراً استحقاقياً في الميعاد القانوني . ومع ذلك اذا بيعت هذه الاموال الى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ، وجب على المؤجر ان يرد الثمن الى ذلك المشتري .

٥ - وتستوفي هذه المبالغ المتأخرة من ثمن الاموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق الواردة في المواد السابقة ، الا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

(مادة ١٠٧٧)

١ - المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة التزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف احسابه ، يكون لها امتياز على الامتعة التي أتى بها التزيل في الفندق أو ملحقاته .

٢ - ويقع الامتياز على الامتعة ولو كانت غير مملوكة للتزيل اذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها بشرط الا تكون تلك الامتعة مسروقة أو ضائعة . ولصاحب الفندق أن يعارض في هزل الامتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملاً . فاذا نقلت الامتعة رغم معارضته أو دون علمه ، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية على الوجه المبين في المادة ١٠٧٦ في شأن امتياز مؤجر العقار .

٣ - ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر ، فاذا تراحم العقاقير قدم الاسبق في التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر .

بسم الله الرحمن الرحيم

القانون المدني

المذكورة الايضاحية

احكام عامة

الايضاحية وليس مدونات القانون ، وهو ما حرص تقرير
المجلة ذاته على التنبيه اليه .

لذلك عنى المشروع بان يورد في صدره احكاما عامة
في القانون والحق واختص القانون بباب اول حدد فيه
مصادره وورد فيه الاحكام المتعلقة بالغاء التشريع وتعاقب
القوانين في الزمان محيلا في تنظيم تنازعها في المكان الى قانون
خاص . ثم عرض في باب ثان للاحكام العامة في الحق ،
فخص صاحبه بفصل اول تناول فيه الشخص الطبيعي وبدء
شخصيته ونهايتها وخصائص هذه الشخصية . وتناول بعد
ذلك الاشخاص الاعتبارية فحدد اهليتها وموطنها ، وبعرض
في فصل ثان لمحل الحق وتقسيم الاشياء والاموال ، وأخيرا
خصص فصلا ثالثا لاستعمال الحقوق وضاوابط عدم
المشروعية في هذا الاستعمال .

الباب الأول

القانون

(المواد ١ - ٨)

ترسم المادة الاولى يفقرتها الاولى نطاق سريان النصوص
التشريعية فنقضى سريان نصوص التشريع على جميع
المسائل التي ينسحب عليها حكمه ، سواء استخلص هذا الحكم
من منطوق النص أو من مفهومه الذي يتم الكشف عن
حقيقته بطرق التفسير المختلفة .

وجدير بالذكر أن كلمة التشريع هنا تصدق على جميع
أنواع التشريع سواء أكان تشريعا دستوريا أو تشريعا صادرا
من السلطة التشريعية أو تشريعا فرعيا .

وتعرض الفقرة الثانية من هذه المادة لمصادر القانون
الاحتياطية التي يمتنع استثناء الحكم عنها عند سكوت التشريع
فتحيل القاضي أولا الى العرف باعتباره المصدر الذي يلى
التشريع في المرتبة ، ومن ثم يكون على القاضي أن يلجأ الى
العرف مباشرة في حالة سكوت النص ، وغنى عن البيان
أن العرف المشتر هنا هو ذلك الذي لا يخالف النظام العام أو
حسن الاداب . فالعادات التي تتنافى مع الاسس الاجتماعية
والسياسية والاقتصادية والاخلاقية التي تقوم عليها الجساعة
لا ترقى أبدا الى مرتبة العرف وإن طال عليها الامد ، وفسى

يستند كل نظام قانوني بالضرورة الى احكام عامة يقوم
عليها ، وتسرى كأصل عام في شأن فروع القانون دون
تخصيص . ومثال ذلك ، ما يتعلق بمصادر القانون وتطبيقه في
الزمان ، وثبوت الشخصية واتهاؤها ، والخصائص التي
تتميز بها ، وتقسيم الاشياء والاموال ، واستعمال الحقوق .
وغير ذلك مما لا يختلف في شأنه عادة فرع من فروع القانون .
واذ كان تقنين هذه الاحكام أمرا جوهريا لا تغناء عنه ،
فقد جرت التشريعات المختلفة على أن تفرّد لها مكانا رحبا في
مدونة القانون المدني باعتبار أن هذا القانون هو الصرع
الاصيل في دوحه القانون الخاص ، بل في دوحه القانون بوجه
عام .

ولم تعرض مجلة الاحكام العدلية - وهي أساس القانون
المدني المطبق في الكويت - لمثل هذه الاحكام العامة . وهو
نقص قد لا يكون له من الناحية العملية كبير أثر بالنسبة الى
بعض الامور التي يمكن الوصول الى الحكم فيها على هدى
المبادئ العامة المستقرة أو يمكن استخلاصه من تشريع قائم .
فلا يمكن مثلا أن يثور خلاف في شأن أولوية التشريع في
التطبيق بالنسبة الى غيره من مصادر القانون ، ولا كذلك في
شأن مبدأ عدم رجعية القوانين وهو منصوص عليه في الدستور
ولا يمكن أيضا أن يثور حول الاعتراف بالشخصية الاعتبارية
بعد أن منحها المشرع بالفعل لبعض الكائنات من مؤسسات
وشركات وقنابات وجمعيات . ولكن الامر يختلف بالنسبة الى
مسائل أخرى يكون اغفال التقنين فيها أكثر خطورة وأبعد
أثرا : ومن ذلك عدم النص على حكم عام يحدد مصادر القانون
وترتيبها ، وعدم تنظيم الآثار المترتبة على تعاقب القوانين في
الزمان ، وعدم وضع قاعدة موحدة في حساب المواعيد ،
وعدم تحديد موطن الاشخاص ودرجات القرابة ، وعدم
الاخذ بتقسيم الاشياء والاموال يتفق والتطور القانوني
الحديث ، الى غير ذلك من المسائل التي أفضى سكوت
التشريع عن ايراد حكم عام فيها ، الى خلق كثير مسن
الصعوبات .

وغنى عن البيان أن ما ورد من قواعد فقهية في المقالة
الثانية من مقدمة مجلة الاحكام العدلية لا يعتبر من قبيل
الاحكام العامة المشار اليها فيما تقدم ، وانما هي في أغلبها
اصول فقهية مكانها الصحيح كتب الفقهاء أو المذكرات

فاذا لم يجد القاضي في التشريع أو العرف حكماً يمكن تطبيقه ، فإن المشروع يطلق للقاضي حرية الاجتهاد . مهتدباً بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها وفي ذلك يضع المشروع في اعتباره ما جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور تطبيقاً على المادة الثانية منه ، وكذلك ما ورد في قرار مجلس الوزراء بشأن تنقيح التشريعات وتطويرها ، من أن تكون التشريعات الموضوعة متفقة مع واقع الكويت وتقاليدها .

ولا محل للتخوف من دعوة القاضي الى الاجتهاد ، ففي الشروط التي يشترطها القانون فيمن يولى القضاء ، وفي رقابة محكمة التمييز على عمل القضاة خير ضمان سلامة الاجتهاد وحسن الاهتداء بأحكام الفقه الاسلامي فضلاً عن توحيد الرأي ، ثم ان هذا الاهتداء ينضبط بما يأتي :

أولاً - عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب ولا الوقوف عند أرواح الاقوال فيها .

وثانياً - الاخذ بالأحكام الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها والتي تتسق مع الاحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الكويتي في مجلته ، فلا يجوز الاخذ بحكم في الفقه الاسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفقد النظام القانوني تجانسه وانسجامه . وفي الرخصة في الاخذ بمذاهب الفقه جميعاً ما يجعل تحقيق هذا التجانس أمراً ميسوراً .

وغنى عن البيان أن نص المشروع لا يمنع القاضي من الاهتداء - الى جانب أحكام الفقه الاسلامي - بمبادئ القانون العامة ، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى ، أو أن يستلهم الرأي من الاحكام التي أقرها القضاء والفقه كويتياً كان أو غير كويتي ، ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصالحة الجماعة وتنفي تحقيق العدالة .

هذا ولم يشأ المشروع - بعد ذلك - أن يجارى التقنين المصري وبعض التقنينات العربية الاخرى في اجرائها الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لما يؤخذ على هاتين العبارتين من غموض وإبهام ، ولأن مثل هذه العبارات لا ترد للقاضي الى ضابط يقيته وانما تقتصر - في الحقيقة - على الزامه أن يجتهد رأيه لتقطع عليه سبيل التكون عن القضاء ، وهو ما يسره المشروع للقاضي في أرحب نطاق .

وتعرض المادة الثانية لالغاء التشريع أو نسخه . والالغاء هو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة ، وقد وجد الالغاء في الشرائع المنزلة وسمى نسخاً : قال تعالى في سورة البقرة : « ما نسخ من آية أو نساها نأت بخير منها أو مثلها » . وعرفه ابن قيم الجوزية بأنه : « رفع الحكم الذي ثبت

بلد - كالكويت - يدين بالاسلام بنص الدستور ، لا يمكن أن يعتبر عرفاً كل ما يخالفه أصلاً من أصول الاسلام أو حكماً من أحكامه الاساسية الثانية .

ومكافة العرف من حيث أنه يلى التشريع ترجع الى كونه المصدر الشعبي الاصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تسعها أو استعصائها على النص . ولذلك يظل هذا المصدر - الى جانب التشريع - مصدراً تكميليلاً خصباً يتناول المسائل التي تسرى في شأها قواعد القانون المدني وقانون التجارة وغيرها من فروع القانون التي تقبل ذلك بطبيعتها .

ويتفق نص المشروع ، في الاحالة اولا الى العرف ، مع نص الفقرة (٢) من المادة الاولى من التقنين المدني المصري ومثلتها من التقنين المدني العراقي . أما التقنينات العربية الاخرى ، فقد قدم بعض منها (كالتقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين السوداني والتقنين الاردني) مبادئ الشريعة الاسلامية أو الفقه الاسلامي على العرف ، وأسقط بعض آخر منها العرف من بين مصادر القانون : فالتقنين المدني الصوماني يعيل القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية ثم الى مبادئ العدالة الاجتماعية وقواعد العدالة (١٢ ف ٢٤) بينما يقتصر المشروع المصري الليبي على الاحالة الى أصول الشريعة الاسلامية وأحكامها دون غيرها من المصادر .

والواقع أن تقديم مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف لا يتفق تماماً مع منطقتي ترتيب مصادر القانون ، لأن العرف من أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الاسلامي اعتمادها ، واعتماد مبادئ أو أصول الشريعة الاسلامية مؤدها اعتماد العرف الذي له في الشريعة اعتبار اساسي في بناء الاحكام . فالاصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس او جرى به العرف بينهم ، الا ان يتراضوا أو يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع ، من تحليل حرام ، أو تحريم حلال ، وقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية هذا الاصل ، فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم في صحيحه : « أتمم أعلم بأمر دينكم » ، وقوله فيما رواه أحمد في مسنده : « ما كان من أمر دينكم فالي ، وما كان من أمر دينكم فأتهم أعلم به » . ولذلك فقد اشتهر على ألسنة الشرعيين قولهم العرف ، في الشرع له اعتباره وقولهم : العرف شرعية محكمة ومن ثم يكون ذكر العرف بعد مبادئ الشريعة من قبيل الترتيب ، ما دام أن العرف يعتبر من أهم المصادر في الشريعة الفراء .

فنص أولا ، على أن القانون الجديد لا يسرى الا على ما يقع عليه من تاريخ العمل به ، ما لم ينص فيه على سريانه على ما تقدمه من أوضاع .

ونص ثانيا ، على أن القانون المنسوخ يظل ساريا على آثار التصرفات التي أبرمت تحت سلطانه ، الا اذا كانت أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فتسرى بأثر فوري على ما يترتب من تلك الآثار بعد نفاذه .

وقد أورد المشروع بعد ذلك أهم الحلول العملية لمسائل التنازع فعرض للنصوص المتعلقة بالأهلية وبالتقدم ثم المتعلقة بأدلة الاثبات ، وذلك كله على نحو يكفل استقرار الحقوق والمعاملات .

(١) النصوص المتعلقة بالأهلية - تضى المادة الرابعة ، في فقرتها الاولى ، بأن النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الاشخاص الذين تتناولهم أحكامها . ومؤدى ذلك أن القانون الجديد اذا رفع سن الرشد ، فانه يرد من كان يعتبر رشيدا الى حالة القصر اذا لم يكن قد بلغ السن المحددة فيه . واذا خفض القانون الجديد السن ، كان من شأنه ان يدخل في عداد الراشدين من كان يعتبر قاصرا في ظل القانون القديم . ذلك أن تحديد الأهلية يرعى فيه حماية الشخص من تصرفاته الارادية ، وهي حماية تتعلق بالنظام العام .

ولكن تغيير أهلية الشخص بمقتضى قانون جديد ، لا يؤثر في تصرفاته السابقة ، كما تنص عليه الفقرة الثانية من هذه المادة . فاذا عاد شخص الى حالة القصر بعد أن كان رشيدا في ظل التشريع القديم . فإذ هذا لا يؤثر في صحة التصرفات التي صدرت منه تحت سلطان ذلك التشريع . وكذلك اذا أصبح القاصر رشيدا ، فإن التصرفات التي صدرت منه في ظل التشريع القديم تظل باطلة وأ قابلة للإبطال ويجوز الطعن فيها بسبب نقص الأهلية متى كان الشخص ناقص الأهلية وقت اجرائها ذلك أن القانون الجديد لا يغير في أهلية الاشخاص الا بالنسبة للمستقبل فحسب . ولا تأثير له على التصرفات التي أبرمت قبل صدوره .

(ب) النصوص المتعلقة بالتقدم - لما كان من مقتضى الأثر الفوري للقانون الجديد ، أن تسرى نصوصه فور العمل به على كل تقادم لم يكتنل فلم ير المشروع داعيا للنص على هذه القاعدة العامة على النحو الذي جرت عليه بعض التقنينات العربية . ونص في المادة الخامسة منه ، على أنه اذا أطلال القانون الجديد مدة التقدم ، سرت المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتنل ، مع الاعتداد بما انقضى من مدته ، أما اذا قصر القانون الجديد مدة التقدم ، فانه طبقا للفترة الثانية من هذه المادة ، تسرى المدة التي ينص عليها القانون الجديد من وقت العمل

تلكه للعباد اما بإسقاطه الى غير بدل أو الى بدل « . فاذا جاز النسخ في الشرائع السماوية فإن جوازه أولى في شريعة من صنع البشر .

والغاء التشريع انما يكون بتشريع آخر في مثل منزلته أو أسس منه . فالتشريع الدستوري لا يعدله الا تشريع دستوري ، والتشريع العادي يلغيه تشريع دستوري أو تشريع عادي مثله ، ولكن لا يلغيه تشريع فرعي كما لا يلغيه العرف وان طال استقراره .

والغاء التشريع قد يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق ، وهو ما نص عليه المشروع في صدر الفقرة الاولى من المادة الثانية . ويتحدد الغاءه وقتا للنص الذي يقرره : فقد يكون الغاءه شاملا وقد يكون جزئيا ، وقد يكون هذا الغاءه الى غير بدل يعط محل النص الملغى وقد يكون الى بدل . وقد يأت الغاءه التشريع ضمنيا ، وهو ما يتحقق في صورتين :

الاولى : أن يصدر تشريع جديد يتضمن نصا يتعارض مع نص في تشريع قديم ، وفي هذه الحالة يقتصر الغاءه على النص القديم في حدود ما يتحقق به التعارض .

والثانية : أن يصدر تشريع ينظم من جديد تنظيميا كاملا موضوعا كان ينظمه تشريع سابق . وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ، حتى ولو تضمن حكما لا يتعارض ونصوص التشريع الجديد .

وتتناول المواد من ٣ - ٦ ، أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان . فاذا ألتى قانون جديد قانونا كان معمولا به من قبل فان تعاقب القوانين يثير التنازع بين ولاية القانون القديم والقانون الجديد . فولاية القانون القديم وان زالت بزواله قد تظل برغم ذلك تلاحق بعض الاوضاع في ظل القانون الجديد . فولاية القانون اللاحق وان تناولت ما يجد في المستقبل من وقائع قد تتناول ما تم من أو ضاع قبل صدوره ، وفي هذا الوضع يعرض أمر التنازع واضحا .

وقد يتدخل المشرع لفض التنازع بين القوانين القديم والجديد ، ولكن ذلك لا يفتى عن وضع مبادئ عامة تطبيق في حانة عدم تدخل المشرع أو في حالة عدم كفاية القواعد التي أصدرها . واذا كان الدستور قد تكفل بوضع المبدأ الاساسي في ذلك فنص في المادة ١٧٨ منه على أن « لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ . ويجوز في غير المواد الجزائية ، النص في القانون على خلاف ذلك * * » ، غير أن هذا النص يحتاج الى تفصيل وهو ما تكفل به المشروع في مادته الثالثة ، فضمنها الضوابط التي تحكم ذلك النوع من التنازع .

القواعد في تشريع قائم بذاته . وهو مسلك اتبعه كثير من الدول ومنها دولة الكويت نفسها التي اصدرت لذلك القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي .

وتتضمن المادة الثامنة من هذا الباب حكما عاما يقضى بحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، وهو حكم يسرى على جميع المواعيد والمدد المنصوص عليها في القانون المدني أو في غيره من التشريعات ، ما لم يخرج عليه الشرع بنص صريح ، اذا رأى في ذلك مصلحة يستقل هو بتقديرها .

الباب الثاني الحق

لم يعن علماء الفقه الاسلامي ببيان أركان الحق ومصادره واستعماله ، مكتفين ببيان أنواع المعاملات وفروعها ومسائلها . ولكن علماء أصول الفقه بحثوا ذلك عند الكلام عن « المحكوم فيه » ، وإن عسوا كلامهم في ذلك على جميع الحقوق المالية وغير المالية ما كان منها من حق الله تعالى ، وما كان منها من حق العبد . واهتداء بهذه الأصول عنى المشروع - في هذا الباب - ببيان الأحكام العامة في الحق ، مقتصرًا في ذلك على الحقوق المالية التي تدخل وحدها في رحاب القانون الخاص ، ووزع هذه الأحكام على فصول ثلاثة خصصها على التوالي : لصاحب الحق ولمحل الحق ولاستعمال الحق .

الفصل الأول صاحب الحق

العنصر أو الركن الأول في الحق ، هو صاحبه . فما من حق الا وله صاحب . وصاحب الحق هو الشخص في معناه القانوني ، أي الكائن الذي يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، سواء كان شخصا طبيعيا - وهو الانسان - أو شخصا اعتباريا يعترف له القانون بالشخصية الاعتبارية . ولذلك يقسم المشروع هذا الفصل الى قسمين يتناول في أولهما الشخص الطبيعي ويخصص الثاني للشخص الاعتباري .

١ - الشخص الطبيعي

(الواد ٩ - ١٧)

وتحدد المادتان ٩ و ١٠ بدء الشخصية ونهايتها ، وطبقا لاولهما تبدأ الشخصية الطبيعية للانسان بنسبته ولادته حيا . فتقبل أن تتم الولادة لا تبدأ الشخصية ، واذا تمت الولادة ولكن الجنين ولد ميتا ، فلا تقوم الشخصية كذلك . وهو حكم بنى على ما رآه الحنابلة والمالكية والشافعية ، في بيان الحياة التي يثبت بها الميراث للمولود وأخذت به التقنيات الغربية وفي

به وذلك بالنسبة لكل تقادم لم يكتمل دون اعتداد بالمدة التي انقضت في ظل القانون القديم . غير أن المشروع رأى عدم اعمال هذا الحكم في الحالة التي يكون فيها الباقي من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقررت في التشريع الجديد . كما لو كانت المدة القديمة عشر سنوات ولم يبق لاكتسابها سوى ثلاث سنوات ثم جعل التشريع الجديد المدة خمس سنوات ، ففي هذه الحالة يعتد بالمدة القديمة وما سرى منها ويتم التقادم باقضاء باقها (ثلاث سنوات) ، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله تحقيقا للعدالة لأنه بغير هذا الاستثناء تطول مدة التقادم على عكس ما أراد الشارع . وهو حل أثره المشروع ، اقتداء بالتقنين المدني المصري والتقنينات الغربية الأخرى التي حذت حذوه .

وجلى بعد ذلك أن المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقعه وانقطاعه ، هي وقائع تخضع للقانون السارى وقت وقوعها طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع وكذلك طبقا لقاعدة عدم رجعية القوانين المنصوص عليها في الدستور .

(ج) النصوص المتعلقة بأدلة الاثبات - وتعرض المادة السادسة من المشروع للقواعد التي تحكم قبول أدلة الاثبات وتعين حجيتها فتتص على أنه يسرى في شأنها احكام القانون القائم وقت حصول الوقائع أو التصرفات المراد اثباتها . فاذا كان الدليل الذي يجوز أن يحصل به الاثبات وقت نشوء الواقعة أو حصول التصرف هو البينة ، جاز اثبات هذه الواقعة أو التصرف بالبينة ولو كان الممول المعمول به وقت النزاع يمنع الاثبات بها ويتطلب الكتابة .

وغنى عن البيان أن النصوص المتعلقة باجراءات الاثبات ، تسرى فور العمل بها على جميع الدعاوى القائمة لتعلقها بنظام التقاضي واتصالها على هذا الوجه بالنظام العام .

أما القواعد الخاصة بتعاقب القوانين فيما يتعلق بالتنظيم القضائي واختصاص المحاكم وجراءات الترافع والاحكام ، فلم ير المشروع أن يتعرض لها ، تاركا ذلك لمكاتبه المناسب في قانون المرافعات .

وتحيل المادة السابعة من المشروع الى قانون خاص ، لبيان القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرا اجنبيا ، أو ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان . فتتنظيم التنازع بين قوانين الدول المختلفة يتكفل به فروع مستقل من فروع القانون ، هو القانون الدولي الخاص . والقواعد التي يقررها في ذلك لا تنظم العلاقات القانونية ، وانما تقتصر على تعيين القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات اذا تضمنت عنصرا اجنبيا ، ومن ثم يكون من الأفضل أن تقتن هذه

وصى على الحمل المستكن ، وهو احتياط حسن يدعو اليه افتراض ولادة الحمل حيا ، فان امتناع الية لمصلحة الجنين لم يعد له مبرر ، اذ يمكن للولي او للوصى ان يقبل الية عنه وهو حكم ورد في فقه المالكية واخذ به التقنين اللبناني للموجبات والعقود بنصه في المادة ٥١٨ على أن الهيات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز ان يقبلها الاشخاص الذين يملوهم .

ولهذه الاعتبارات جميعها فان المشروع بعد أن نص في الفترة الاولى من المادة العاشرة على القاعدة العامة التي تقضى بأن الحمل أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سبب انشائها الى قبول وذلك بشرط تمام ولادته حيا ، عاد في الفترة الثانية من هذه المادة وأجاز الية له اذا كانت خالصة من العوض كما حمله بالالتزامات التي تقتضيها ادارة ماله . وغنى عن البيان أن سلطات القيم على الحمل لاستقرار له بصفة نهائية الا بتمام ولادته حيا ، فان ولد ميتا اعتبر كأن لم يكن موجودا وآل ما كان قد حجز له من حقوق الي من كان يستحقها أصلا .

وإذا كانت شخصية الانسان تنتهي بموته موتا حقيقيا ، فانها قد تنتهي أيضا باعتباره ميتا حكما وهو أمر يلحق بالانسان في حالة فقده ، وقد أثر المشروع عدم التعرض لاحكام المقفود تاركا اياها لقانون الأحوال الشخصية .

وعالج المشروع موطن الشخص الطبيعي في المواد من ١١ الى ١٤ فصور في المادة ١١ منه موطن الشخص تصويرا واقبيا يستجيب للحاجات ائعملية . مستهديا في ذلك بأحكام الفقه الاسلامي كما فعل التقنين المصري والتقنين العربية الاخرى التي حذت حذوه . فحدد موطن الشخص بالمكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد . وهو ما يترتب عليه حتما تيجتان - الأولى ، أنه يجوز أن لا يكون للشخص موطن ما ، اذا كان ممن لا يقيمون في مكان معين بصفة مستقرة ، كالبدو الرحل الذين لا يقر لهم على أرض قرار . والثانية ، انه يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن ، كما اذا كانت للشخص زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان على استقلال .

وإذا كانت القاعدة هي أن الموطن العام للشخص يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه على نحو معتاد ، الا أنه يجوز أن يحدد القانون موطنا خاصا للشخص على أساس آخر . ومن هذا القبيل موطن الاعمال والموطن الحكومي والموطن المختار .

ففي المادة ١٢ . اعتبر المشروع المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفه ، موطنه له بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة من أعمال . وفي المادة ١٣ حدد لمديني الاهلية وناقصيها موطنها حكما ، هو موطن من ينوب عنهم قانونا . مبيزا أن يكون لناقص الاهلية موطن خاص بالنسبة الى التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لأدائها ، كالفاصل اذا بلغ

مقدمتها القانون المصري (المادة ٢٩ مدني وقانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) . وتنتهي الشخصية الطبيعية بالموت ، سواء كان الموت حقيقيا او حكما . وغنى عن البيان ان اثبات الولادة والوفاة ، يرجع فيه الى القانون الخاص بذلك ، فقيد المواليذ والوفيات ينظمه القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٩ ، كما أن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحدد أدلة الابتناء وقوتها في حالة عدم وجود شهادة ميلاد أو شهادة وفاة . وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعي ويتمتع بأهلية الوجوب ، أى القابلية لأن تكون له حقوق وان ترتب في ذمته التزامات .

وإذا كانت الشخصية الطبيعية لا تبدأ الا بتمام الولادة ، فان مقتضى ذلك الا يكون للحمل شخصية ، اذ يعتبر وهو موجود في بطن أمه جزءا منها يتحرك بحركتها ويقر بقرارها . ولكنه الى جانب ذلك جزء يوشك ان يتفصل انفصالا كاملا مستقلا بحياته . ولذلك نرى فقهاء الشريعة مجمعين على الاحتفاظ له ببعض الحقوق ، وهي التي يكون فيها نفع له ولا تحتاج وجودها وصحتها وثبوتها الى القبول ، مثل ثبوت نسبة من أبيه ، وارثه من مورثه ، واستحقاقه ما أوصى له به . وكذلك استحقاقه من غلة الوقت الذي يكون من بين مستحقيه . فإذا ما ولد حيا ، ثبتت له هذه الحقوق ، وان ولد ميتا لم تثبت له . أما غير ذلك من الحقوق التي فيها نفع له ولكنها تحتاج الى قبول ، كالهبة ، فلا تثبت له . وكذلك لا تجب على الجنين حقوق قبل غيره ، لأن وجوب الحق على الشخص يكون بفعله او بالتزام يلتزمه بعبارة أو بعبارة من له الولاية أو الوصاية عليه وهو غير متحقق في الجنين ، اذ لا يتصور ان يصدر منه فعل أو عبارة ، وليس له ولي أو وصي حتى ينوب عنه في انشاء الحقوق والالتزام بها فالأصل عند الحنفية الا تبدأ الولاية على الانسان الا من وقت ولادته حيا ، ولم يرد عن فقهاءهم نصوص صريحة تتعلق بصفة اقامة وصى على الحمل قبل انفصاله سوى استظهارات لبعض التأخرين منهم . وقد كان هذا الموضوع محل خلاف في مصر ، الى أن صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - فنص في المادة ٢٨ على أنه يجوز للاب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ، وفي المادة ٢٩ على انه اذا لم يكن للقاصر او للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا ، ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على الواوود مالم تعين المحكمة غيره . وفي الكويت ، ردد المشرع في المادتين ٣٧ و ٣٨ من قانون التسجيل العقاري ثم في المادة العاشرة من قانون ادارة شؤون القصر رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ نص المادتين ٢٨ ، ٢٩ من قانون الولاية على المال المصري ، كما عهد لادارة شؤون القصر بالوصاية على الحمل المستكن اذا لم يكن له وصى مختار ولم تعين المحكمة وصيا آخر . وما دام القانون قد أجاز تعيين

والخاصة فذات حياة مشتقة من النظام القانوني وتابعة له ،
تتشأ وتتبدل وتتكاثر تبعاً لتطور أهدافه وتبدل الظروف
والاحوال ، مما يستقل المشرع بتقديره .

وقد وردت في الدستور اشارات متفرقة الى
بعض من هذه الكائنات كالجمعيات والنقابات والمؤسسات
العامه وهيئات الادارة والبلدية أو الاشخاص المعنوية المحلية
العامه (المواد ٤٣ و ١٣٣ و ١٣٧ و ١٥٦) . وورد النص في
القوانين المتعلقة بالشركات التجارية والجمعيات التعاونية
والأندية وجمعيات النفع العام (القوانين ١٥ لسنة ١٩٦٥ و ٣٥
لسنة ١٩٦٢ و ٢٤ لسنة ١٩٦٢ على التوالي) على تمتعها
بالشخصية الاعتبارية ، كما اعترفت قوانين أخرى متعددة بهذه
الشخصية لبعض من المؤسسات وهيئات العامة ، كالصندوق
الكويتي للتنمية الاقتصادية ، والهيئة العامة لمنطقة الشعيبة
الصناعية ، ومؤسسة خطوط الجوية الكويتية ، وبنك التسليف
والادخار والهيئة العامة للجنوب والخليج العربي والبنك الكويتي
المركزي .

ولذلك فان المشروع يكتفي ببيان الخصائص الرئيسية
للأشخاص الاعتبارية تاركاً تحديد الحقوق التي تمتع بها هذه
الأشخاص وتنظيم الاحكام المتعلقة بها ومدى الرقابة عليها
لتقدير المشرع .

وينص المشروع في المادة ١٩ على أن أهلية الشخص
الاعتباري فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات -
أي أهلية الوجوب - تتحدد بالفرض الذي أنشئ الشخص من
أجله ، كما تتحدد بما يعينه له القانون من مجال عمل لا يجوز له
تجاوزه ، فضلاً عما يرسمه له سند انشائه او النظام الخاص به
من حدود ، وغنى عن البيان ان تكون للشخص الاعتباري أهلية
أداء كنتيجة لازمة لكونه أهلاً للوجوب . فيستطيع أن يقوم -
بواسطة مثله - بأداء التصرفات القانونية في الحدود التي هو
أهل لها . بما يستتبع ذلك من حقه في التقاضي .

ويستقل موطن الشخص الاعتباري عن موطن أعضائه ،
ويتحدد أصلاً بالمكان الذي يوجد فيه مركز ادارته (المادة ٢٠
فقرة أولى) . فإذا كان له فروع في أماكن متعددة ، فإن المكان
الذي يوجد فيه كل فرع يعتبر موطناً خاصاً بالنسبة الى ما يدخل
في نشاط هذا الفرع (المادة ٢٠ فقرة ثانية) وذلك تيسيراً على
التعاملين معه ورفعاً للعتق عنهم .

وأخيراً تعرض المادة ٢١ لحالة الشخص الاعتباري الاجنبي
الذي يباشر نشاطه في الكويت ويكون مركزه الرئيسي في
الخارج . فنصت على اعتبار المكان الذي توجد فيه ادارته المحلية
موطناً له بالنسبة لنشاطه الذي يباشره في داخل الدولة ، وذلك
حماية لمصالح التعاملين معه من المقيمين في البلاد .

الثاني عشرة واذن له في ادارة أمواله . وغنى عن البيان أن
الموطن الحكي او القانوني لا يكون الا في الاحوال التي
يحددها القانون . وأجاز المشروع - في المادة ١٤ - اتخاذ
موطن مختار للعمل قانوني معين وذلك من باب التيسير على
الافراد في معاملاتهم وخصوماتهم . ولكن القانون قد يوجب
أيضاً في بعض الأحيان اتخاذ موطن مختار في مكان معين ومن
ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٥ من قانون المرافعات من وجوب
أن يعين طالب أمر الاداء في عريضة طلب الأمر موطناً مختاراً له
في الكويت . ويعتد بالموطن المختار بالنسبة الى كل ما يتعلق
بالعمل القانوني الذي اختير له ، مالم يشترط صراحة قصر هذا
الموطن على أعمال دون أخرى . ولكنه يجب لاثبات الموطن
المختار أن يكون اختياره وارداً في ورقة مكتوبة .

وتعرض المواد من ١٥ الى ١٧ لحالة الشخص العائلية .
فتحدد المادة ١٥ المقصود من الأسرة التي يرتبط بها الشخص
سواء بالزواج أو القرابة ، كما تحدد ذوى القربى بكل من
يجمعهم بالشخص أصل مشترك .

وتنقسم المادة ١٦ القرابة الى قرابة مباشرة تربط بين الأصول
والفروع ، وقرابة حواشي تربط بين الشخص وبين كل من يجتمع
به أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر .

وأخيراً تحدد المادة ١٧ درجة القرابة المباشرة ودرجة قرابة
الحواشي ، كما تحدد درجة المصاهرة بدرجة القرابة للزوج .

هذا ولم يشأ المشروع أن يعرض لحالة الشخص من
حيث انتمائه الى الدولة تاركاً أمر ذلك للقانون الخاص بالجنسية
(انظر المرسوم الاميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون الجنسية
الكويتي) .

٢ - الشخص الاعتباري

(المواد ١٨ - ٢١)

يقرر المشروع الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من
الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية
(المادة ١٨) . وبذلك فانه يجب لنشوء الشخص الاعتباري
توافر عنصرين . عنصر موضوعي ، هو وجود جماعة من
الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين .
وعنصر شكلي ، هو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية
الاعتبارية وفقاً للشروط والاوزاع التي يحددها .

ولم يضع المشروع بياناً بالأشخاص الاعتبارية - كما فعلت
التقنيات الغربية الأخرى - لاعتبارات منطقية وعملية .
فالدولة ، وهي أولى الأشخاص الاعتبارية التي تذكرها هذه
القوانين ، تستمد شخصيتها من طبيعة وجودها ومن العرف
والتقاليد ومن ثم يكون من غير المنطقي أن ينص القانون على
الاعتراف بالشخصية لها . أما الكائنات الأخرى العامة

الفصل الثاني

محل الحق

(الواد ٢٢ - ٢٩)

بدأ هذا الفصل ببيان محل الحق بوجه عام . ثم يتابع بعد ذلك التقسيمات المختلفة للأشياء المادية . أما الأشياء غير المادية وما يرد عليها من حقوق فسوف يفردها قانون خاص .

وتنص المادة ٢٢ من المشروع على أن الأشياء المتقومة هي وحدها التي تصلح محلاً للحقوق المادية . والأشياء المتقومة هي الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون . فلا تكون محلاً للحق الأشياء التي لا يستطیع أحد أن يتسأثر بحدوثها كالشمس والهواء ، وأتلك التي لا يجيز القانون التعامل فيها كالخمر والخنزير والحشيش والأيون ، وكذلك الأشياء العامة . ولا يغير من هذا الوصف لتلك الأشياء اجازة نوع معين من التعامل فيها كبيع الأيون لأغراض طبية واعطاء رخص للاتضاع ببعض الأشياء العامة .

فالأشياء العامة باعتبارها من الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون ، لا يجوز أن تكون محلاً للحقوق المالية ، وينص الدستور على أن لها « حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن » (١٧م) .

وقد اعتبرت المادة ٢٣ من المشروع الأشياء المملوكة للدول أو أي شخص اعتباري عام أشياء عامة إذا كانت مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى القانون ، ثم رتب على اعتبارها كذلك ثلاث تأويلات .

الأولى - عدم جواز التعامل في تلك الأشياء بما يتعارض مع تخصيصها للنفع العام .

الثانية - عدم جواز الحجز عليها ، لأن الحجز بما يستتبعه مع بيع إجباري يتعارض مع ذلك التخصيص .

الثالثة - عدم جواز وضع اليد على هذه الأشياء بما يقتضيه ذلك من عدم جواز كسب أي حق عليها بمرور الزمان .

ومن ذلك يتضح أن المشروع أخذ في تحديد الأشياء العامة، بمعيار التخصيص للنفع العام وهو المعيار الذي تأخذ به غالبية التشريعات ويقره الرأي الراجح في الفقه والقضاء ، كما يعتبر المشروع حق الدولة على الأشياء العامة حق ملكية ، وهو ما يؤيده نص الدستور في المادة ٢١ على أن « الثروات الطبيعية جميعها ومواردها ملك الدولة » ، ويجرى عليه العمل حالياً بشأن المعارات المستملكة يتم تسجيلها في إدارة التسجيل العقاري باسم الدولة .

وينتهي التخصيص للنفع العام أيضاً بالفعل أو بمقتضى القانون وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٣ . وباتهاء

التخصيص تصبح الأشياء العامة مملوكة ملكية خاصة للدولة بما يترتب على ذلك من أحكام .

ويعرض المشروع بعد ذلك لتقسيم الأشياء التي يصح أن تكون محلاً للحقوق النيئية فيقسمها الى عقار ومنقول ومثلية وقيمة ثم الى استهلاكية وغير استهلاكية .

وتعرف الفقرة الأولى من المادة ٢٤ العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه المالكي في تحديد العقار فيدخل فيه الأرض والبناء ، وكذلك الشجر لأنه لا يمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته التي كان عليها . أما المجلة تعرف العقار بأنه ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالنور والأراضي (١٢٩م) ، كما يعرف مرشد الحيران بأنه كل ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويه (٢م) .

وأخذ المشروع في الفقرة الثانية من المادة ٢٤ بنظرية استقرت في الفقه باسم نظرية المنقول بحسب المال ، وهي نظرية لا يوجد بشأنها في التقنيات الأخرى نص عام ، وإن وردت لها بعض التطبيقات في نصوص متفرقة من تلك التقنيات تتعلق بالمحصول الزراعي - وهو عقار بطبيعته - فتعتبره منقولاً حكماً في بعض الأحوال لأن مائة الحنئى أن ينفصل عن الأرض ومن ثم يكون منقولاً بحسب المال (انظر على سبيل المثال المواد ١١٤٢ فقرة ١ ، ١١٤٣ فقرة ١ مدنى مصرى و ٤٩٩ مرافعات مصرى ، وما يقابلها في التقنيات العربية الأخرى) .

على أن نظرية المنقول بحسب المال لا يقتصر تطبيقها على المحصولات فحسب بل تتسع لتتناول كل ما هو معد الانفصال عن أصله ، ومن ثم حرص المشروع على أن يستحدث حكماً عاماً في شأنها فنص على اعتبار الشيء منقولاً إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول ، ونظر إليه استقلالاً على هذا الاعتبار . ومن ثم يجب أن يتوافر شرطان لا مكان اعتبار العقار بطبيعته منقولاً بحسب المال . (الأول) أن يكون العقار معداً بالفعل للانفصال عن أصله في مستقبل قريب ، وإن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال ، وهو ما قد يستخلص من طبيعة الأشياء كما في الحصول والثمار ، أو من الأعداد الفعلية من جانب مالك العقار كصاحب الأشجار إذا أعدها للقطع وباعها خشباً ، وصاحب البناء إذا أعده للهدم وباعه أقطاشاً . (والثاني) أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار في الحال ، بل على أساس ما يصير إليه في المال ، فإذا باع صاحب الثمار أو البناء ثماره أو أوبناه لمشتري . وجب أن يكون كل منهما قد نظر في هذا التعامل إلى الثمار أو البناء لا على أنه قائم على الشجر أو على أنه متصل بالأرض ، بل على أنه قد تم قطعه أو هدمه فأصبح منقولاً . فهما يتبايعان في منقول لا في عقار .

في المادة ٢٨ منه نص المادة ٥٦ من القانون الاردني التي تنفق مع الفقه الاسلامي في تعريفه لهذه الاشياء (قارن المواد ١٤٥ - ١٤٨ و ١١١٩ من المجلة) ، وهو تعريف أدق مما جاء في المادة ٨٥ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن «الاشياء المثلثية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ...» لأن هذا القيام يعتبر نتيجة لكونها مثلية لا تعريفا لها .

وأخيرا يعرف المشروع في المادة ٢٩ الاشياء الاستهلاكية بأنها مالا يتحقق الانتفاع به الا باستهلاكه أو انفاقه ، معتبرا كل ما أعد في المتاجر للبيع من الاشياء الاستهلاكية .

الفصل الثالث استعمال الحق (المادة ٣٠)

الاصل أن استعمال الحق من جانب صاحبه يعتبر فصلا مشروعا مادام يلتزم فيه مضمون الحق وحدوده كما رسمها القانون . ومن هنا كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحرية مطلقة في استعمال حقه ولا يكون مسؤولا عما يصيب الغير من جراء استعماله ولكن غالبية التشريعات الحديثة تقيد من هذه الحرية وتضع على استعمال الحقوق رقابة تكفل مشروعيتها، فتضفي حماية القانون على استعمال المشروع وحده، وتمنعه من الاستعمال الذي ينحرف به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي بل وتسائله عما يسبب للغير من ضرر ، أو تمنعه أصلا من المضي في هذا الاستعمال .

والفكرة قديمة تمتد جذورها الى الشرائع السالفة . عرفها القانون الروماني في صورتها البدائية البسيطة قائم استعمال الحق اذا قصد به الاضرار بالغير . وكذلك عرفها الفقه الاسلامي، ولكن دون أن يحددها في هذه الصورة البسيطة . بل توسع فيها وصاغها نظرية عامة تضارع في دقتها وأحكامها أحدث ما وصلت اليه الشرائع الحديثة وأسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء العرب . وقننت مجلة الاحكام العدلية هذا الفقه وأوردت له كثيرا من التطبيقات ، فلما تقرر العمل بها في الكويت ، انتقلت نظرية التمسك بكل ابعادها الى القانون الكويتي وذلك قبل أن يتقرر الاخذ بها في كثير من البلاد . فلا غرو أن يتضمن قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٠ تطبيقا لهذه النظرية ، في حالة رفع الدعوى أو الدفاع بقصد الاضرار بالغير (المادة ٢٠٨) ، وأن ينص الدستور بعد ذلك على أن الملكية حق من الحقوق الفردية ذات الوظيفة الاجتماعية ، ويقصد بذلك كما جاء في المذكرة التفسيرية - تنظيم وظيفة الملكية بما فيصالح الجماعة بهدف منع الاضرار بصالحه المجموع وإساءة استعمال الحق . فحيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة قدمت المصلحة العامة ، فيما ينبغي أن تقتف الملكية حرج عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ولا يدخل هذا

وإذا كان المشروع قد ناقض في الحالة السابقة طبيعة الاشياء، واعتبر العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل، فإنه يناقضها أيضا في حالة أخرى عكسية ويعتبر المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص في بعض الاحوال فينص في المادة ٢٥ على أنه «يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمته واستغلاله» . دون أن يشترط في تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله أن يكون التخصيص ضروريا . وفكرة العقار بالتخصيص منقولة أصلا عن القانون المدني الفرنسي (٥٢٤م) و (٥٢٥) ، وتأخذ بها جميع القوانين العربية . وهي تطبيق لفكرة أهم هي فكرة التبعية المتمثلة في قاعدة «الفرع يتبع الاصل» ، ولذا نجد بعض التقنينات الأوروبية يستغني عنها اكتفاء بفكرة التبعية ، وهي ذات الفكرة التي أخذ بها الفقه الاسلامي وفي ذلك تنص المجلة على أن التابع تابع ٥٥٠ (٤٧٣) وعلى أن التابع لا يفرد بالحكم (٤٨٣) ، وعلى أن من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته ٥٥٠ (٤٩٣) ، كما تنص على أن كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتلات البيع يدخل في البيع من غير ذكر ٥٥٠ (٢٣٢) ، وعلى أن ما كان في حكم جزء من المبيع أى مالا يقبل الانفكاك عن المبيع نظرا الى غرض الاثراء يدخل في البيع بدون ذكر ٥٥٠ (٢٣١) ، وعلى أن توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر ٥٥٠ (٢٣٢) . ومع هذا فقد رأى المشروع أن يأخذ بفكرة العقار بالتخصيص ، لانها وإن كانت تطبيقا لفكرة أهم ، الا انها أكثر تحديدا ووضوحا ، كما أنها أصبحت مستقرة في التشريعات الكويتية (انظر على سبيل المثال المادة ٩ من قانون التأمينات العينية) .

وتعالج المادة ٢٦ تقسيم الحقوق . والحقوق بحسب الاصل اشياء معنوية لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا ولكن المشروع تبعاً للتقاليد القانونية يقسم الحقوق الى عقار ومنقول ، تبعاً لطبيعة المحل الذي تقع عليه ، فيعتبر الحقوق العينية التي تقع على العقار عقارا ، سواء كانت من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية ، وسواء كانت واقعة على عقار بطبيعته أو على عقار بالتخصيص .

ولم يجاز المشروع التقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه (المادة ٨٣ مصري وما يقابلها) ، في اعتبارها كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار مالا عقارا لان الدعوى ليست مالا وانما هي وسيلة لحماية الحق عن طريق القضاء . كما لم يعرف المنقول تعريفا مباشرا كما فعلت بعض التقنينات العربية ومنها التقنين العراقي الذي يعرف المنقول بأنه « كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات » ، بل اقتصر على أن يقرر في المادة ٢٧ « كل ما ليس عقارا فهو منقول » ، وفي ذلك كل الغناء .

وفي تحديد المقصود بالاشياء المثلثية والقيمية ، نقل المشروع

من استعمال الحق . والتطبيق الثالث ، هو انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير ، وهو ما يتخذ قرينة على توافر قصد الاضرار بالغير . والتطبيق الاخير، هو استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف ، وهو تطبيق يخضه الفقه الاسلامي بكيان مستقل ويؤليه كثيراً من الاهتمام - وقد قننته المجلة في المادة ١١٩٨ بقولها « كل أحد له التعلّي على حائظ الملك وبنساء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً » ، وعرفت الضرر الفاحش في المادة التالية بأنه « كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه » ثم عقت على ذلك تطبيقات مختلفة في المواد من ١٢٠٠ الى ١٢١٢ . وإذا كان هذا التطبيق قد حذف من نص المادة الخامسة من القانون المصرى بعد أن كان وارداً في مشروعه التعميدى ، غير أن هذا الحذف لم يكن عدولاً عن اعتباره تطبيقاً للتعسف وانما اكتفاء بتطبيقه الخاص الوارد في باب الملكية وهو تطبيقه الرئيسى .

يقع بعد ذلك أن يجتهد القاضى رأيه فيما يعرض عليه من مسائل لا تندرج تحت واحد من هذه التطبيقات ، وذلك بأعمال المبدأ العام الذى وضعه المشروع ، مهتدياً بأحكام الفقه الاسلامي ومُتأسياً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

وعلى هذا النحو يمكن المشروع نظرية التعسف بين أحكامه العامة ، باعتبارها فكرة ملازمة لفكرة الحق ومكملة لها ، تستهدف تحقيق مصلحة الجماعة ، وتجاوز في دورها وجزائها دور المسئولية وجزائها التعويضى مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال الحقوق الى جانب رقايته اللاحقة على هذا الاستعمال .

القسم الأول

الحقوق الشخصية أو الالتزامات

تتقسم الحقوق المالية ، بصفة أساسية ، الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهو تقسيم تقليدى قال به الرومان ، ولا زال القانون المعاصر في مجموعته يسير عليه الى الآن ، وإن كان قد اتسع بعض الشيء ، ليشمل نوعاً جدياً من الحقوق ، وهى تلك التى ترد على ثمرة الفكر والقريحة في جانبها المالى ، والتي أطلق عليها في البداية اسم « حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » ، ثم أخذ الفكر القانوني يتعد عنه ، مضيقاً عليها اسماً آخر ، بعد أن تبين تمايزها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه العلمى ، ليقول تارة « الحقوق المعنوية » وتارة أخرى « الحقوق الذهنية » .

في وظيفتها الاجتماعية . وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك فإن هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، فما ينبغى استعمال حق الملكية فيما يضر بالغير ضرراً غير مشروع ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية .

على أنه إذا كان الأخذ بنظر تعامة التعسف قد أصبح مبدأً مستقراً في كثير من التشريعات الحديثة إلا أن هذه التشريعات تختلف فيما بينها عند تحديد المعيار الذى يقاس به التعسف ، فيكتفى بعضها بوضع مبدأ عام دون تحديد لصور التعسف ، ومن ذلك معيار الاضرار أو الغرض الذى منح الحق من أجله . ويفضل بعضها الاخذ بتحديد صور التعسف بغير ابراز للمبدأ العام الذى يحكمها ، كما فعل المشرع المصرى وغالبية القوانين العربية التى نحت نصوصه . وإذا كانت الطريقة الاولى بتجربتها ومرورتها أكثر مناسبة للعمل التشريعي حتى لا ينحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يظهر تقدم الزمان وتغير الاوضاع قصورها عن ملاحظة التطور ، الا انه يبيها في الوقت ذاته صعوبة تحديد الهدف والغرض من كل حق من الحقوق ، ولذلك رأى المشروع أن يجمع بين الطريقتين ، فيورد المبدأ العام الذى يحكم معيار التعسف ، ثم يورد بعده التطبيقات الرئيسية للمبدأ .

وقد عنى المشروع بوضع المبدأ العام متحايماً - كما فعل القانون المصرى - اصطلاح التعسف لسمته وإبهامه ، ودمج استعمال الحق بعدم المشروعية إذا انصرف به صاحب الحق عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية . وتحديد معيار عدم المشروعية بالانحراف عن غاية الحق أو الغرض منه يحظى بتأييد كبير في التشريع والفقه الحديث ، أما الوظيفة الاجتماعية للحقوق فهى مكرسة في الدستور .

وفي تعديد التطبيقات الرئيسية لعدم المشروعية ، حرص المشروع على أن تكون هذه التطبيقات مستمدة من الفقه الاسلامي بوجه خاص . وأول هذه التطبيقات ، عدم مشروعية المصلحة التى ترتب على استعمال الحق ، وهو تطبيق يقوم على ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته أو الغرض منه ، والا كان استعمالاً منحرفاً ، وفي ذلك فإن المصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها مخالفاً لحكم من أحكام القانون فحسب ، بل انما تكون غير مشروعة أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . والتطبيق الثانى ، هو استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، وهو تطبيق استقر عليه الفقه الاسلامي وأخذ به التقنين الالمانى (المادة ٢٢٦) ، وقلته عنه غالبية التقنينات الحديثة . والجوهري في شأنه هو توافر قصد الاضرار ولو أفضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه ، وكما يستخلص هذا القصد من تعامة المصلحة التى تعود على صاحب الحق ، فانه يستخلص بالاولى من انتفاء كل مصلحة

والترام التقسيم التقليدي للحقوق المالية السى شخصية وعينية كنهج يتبع في سرد الاحكام التى تتضمنها مدونة القانون المدنى ، يتشئى تماما مع منطلق القانون ومقتضيات فنه ، سيما وأن احكام النوع الثالث الذى جد من الحقوق المالية ، لينتظم الحقوق المعنوية أو الذهبية ، تجد مكانها ، وفقا لما جرت عليه العادة فى الدول المختلفة ، فى قانون خاص بها ، نظرا لما تتسم به من طابع متميز ، ولما تتجه اليه من دولية تقوى على مر الزمن . ثم ان ذلك ليس غربيا على الفقه الاسلامى . فهو يتجاوب فى مجموعته مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية الى عين ودين . من أجل ذلك رأى المشروع اتباع هذا النهج ، فهو ينقسم فقسين أساسيين : يتناول أولهما أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات . ويتضمن ثانيهما أحكام الحقوق العينية ، وذلك بعد أن انتهى المشروع من سرد الاحكام العامة .

والمشروع ، فى سرده النصوص التى تتضمن أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، يتناول ببادئ ذى بدء ، الالتزام بوجه عام ، وهى الاحكام التى تدخل فيما يطلق عليه عادة « نظرية الالتزام » . ثم يتناول أهم العقود المتبادلة . من هنا لزم أن ينشطر القسم الاول للمعلق بالحقوق الشخصية أو الالتزامات شطرين ، يتضمن أولهما أحكام الالتزام بوجه عام ، ويتناول ثانيهما العقود المسماة .

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الاحكام التى تنظم الالتزامات بوجه عام ، تتسم بأهمية قصوى فى دنيا القانون ككل . فهى التى تقوم عليها المعاملات المالية ، أيا ما كانت طبيعتها بل ان الاسس التى ترسيها نظرية الالتزام كثيرا ما تراعى فى غير المعاملات المالية من مظاهر حياة الناس ، وان لحقها تعديل هنا أو هناك وفقا لما تقتضيه طبيعة العلاقة الحكومية .

ولان أحكام الالتزامات بوجه عام ، ترسى الاسس التى تقوم عليها المعاملات المالية ، فان تطبيقها لا يقف عند حدود القانون المدنى ، بل يتجاوزها الى غيره من فروع القانون الأخرى بوجه عام ، لا سيما فروع القانون الخاص ، وعلى رأسها القانون التجارى ، ثم قانون العمل .

ولقد كان من شأن الأهمية القصوى لاحكام الالتزامات ان أفردت لها بعض الدول مدونة خاصة بها ، اما وحدها واما مع العقود المسماة ، بيد أن افراد مدونة مستقلة لاحكام الالتزام بوجه عام ليس أمرا ضروريا . فيمكن لهذه الاحكام أن تجسد مكانها المرموق بين دفتى مدونة القانون المدنى . فالتقاسون

المدنى هو الفرع الاصيل فى دوحه القانون الخاص ، ومن ثم يمكن لمدونته ان تضم ، الاحكام القانونية التى من شأنها أن تسرى داخل نطاقه ، كما تسرى فى نطاق غيره من فروع القانون الأخرى ، وهى مهمة يضطلع بها بالفعل من قديم فى الأغلبية الكبرى من البلاد .

وقد ارتأى المشروع أن يسلك هذا النهج فيقتضى بين نصوصه أحكام الالتزامات بوجه عام ، أو أحكام نظرية الالتزام وهذا تاح الفرصة لمدونة قانون التجارة الكويتية الجديدة المزمع اصدارها أن تترك هذه الاحكام ، لتتصل فى مكانها الطبيعى المؤلف ، بعد أن اتسعت لها دفتا مدونة قانون التجارة الحالية .

فقد رأى المشروع الكويتى ، عند اصدار قانون التجارة فى عام ١٩٦١ ، أن تشمل مدونته نصوصا تتضمن أحكام نظرية الالتزام ، أو أحكام « الالتزامات بوجه عام » ، كما شاء هو أن يقول . وهو وضع فريد لا يعرف لا مثيل . ولكنه كان أمرا ضروريا ليس عنه غناء . فقانون التجارة يتضمن لحكم المعاملات التجارية نصوصا مستقاة من القانون المعاصر . فلا بد إذن من ارسائها على أسس هى بدورها معاصرة .

ولكن ورود أحكام نظرية الالتزام فى مدونة قانون التجارة مع تضمين هذه المدونة نصوصا بقصر سريان مافضته من أحكام على المعاملات التجارية آثار شيئا من التناقض من وجهه ، والكثير من التناقض من وجه آخر . فمن وجه أول ، أصبحت المعاملات المالية مختلفة فى حكمها باختلاف صيغتها المدنية أو التجارية ، ليس فى الجزئيات والتفرعات فحسب ، كما هو الشأن فى البلاد المختلفة . بل فى ذات الاسس التى تقوم عليها أيضا ، ومن وجه آخر ، ثار الجدل حول ما اذا كان يمكن لاحكام نظرية الالتزامات أن تسرى خارج نطاق التجارة والتجار ، وعلى الأخص كأساس للقواعد التى جاءت بها التشريعات الحديثة التى صدرت فى الكويت مؤخرا ، وهى تتضمن أحكاما مستقاة من القانون العصرى ، كقانون التسجيل وقانون التأمينات العينية وقانون العمل وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وقانون ادارة شؤون القصر وقانون ايجار العقارات والاماكن .

وغنى عن البيان أن نظرية الالتزامات تتضمن الاحكام المتعلقة بالالتزام بوجه عام ، من غير أن تعنى بالترام بعينه . فهى تضم بين رحابها القواعد العامة الاساسية التى تسرى على الالتزامات فى مجموعها ، بغض النظر عن ذاتية كل الترام ، مدينا كان أم تجاريا .

والنهج المنطقى لسرد الاحكام الداخلة فى رحاب نظرية الالتزام يقتضى السير مع هذا النظام القانونى فى مراحل حياته ، فيواجه أولا الالتزام فى نشأته وهذا ما يدعو الى البدء

ترتيباً معيناً في تناولها . فهو يبدأ بالعقد ، وهو المصدر الغالب في أهميته . ثم يتناول الإرادة المنفردة ويعرض بعد ذلك للفعل الفاعل ، ويعقب بالفاعل النافع ، وينتهي بنشأة الالتزامات التي لا ترتد إلى أصل مما سبق ، والتي جرت العادة على أن تعزى نشأتها إلى القانون .

الفصل الأول

العقد

العقد هو المصدر الأساسي لنشأة الالتزام ، بل الحقوق المالية كلها عامة . وهو يتشمل ، في العمل ، أهم المصادر على الاطلاق ، بل انه ينشئ وحده ، في واقع حياة الناس ، الاغلبية الكبرى من الالتزامات ، بحيث أن مصادر الالتزام الأخرى ، كلها مجتمعة ، لا تتناسب معه في الأهمية .

والعقد ، اذا كان من شأنه أن يولد الالتزام ، بل وغيره من الحقوق والواجبات ، فليس هذا الأمر وحده ، على جليل خطره ، أثره الوحيد . فمن شأن العقد أن يربط أيضاً آثاراً قانونية أخرى بعيدة المدى . فهو ينقل الحق أو الالتزام . وهو يعدل فيه على نحو أو على آخر . ويمكن له أن ينهيه . وهو ، بهذه المثابة . يشمل اصطلاحاً قانونياً متفقاً تماماً في مدلوله مع اصطلاح الاتقان .

فالعقد والاتفاق أصبحا ، في لغة القانون المعاصر السائدة ، اصطلاحين مترادفين ، يعني أحدهما ما يعنيه الآخر . وقد دعم هذا النهج سير فقهاء المسلمين في نفس الطريق ، حيث استعملوا اصطلاح « العقد » في نفس المعنى الذي يمكن لاصطلاح « الاتفاق » أن يفيدوه ، فضلاً عن شيوع الأول على ألسنتهم وندرة الثاني ، لما لاصطلاح « العقد » من دلالة أقوى على ارتباط التعاقد بما تعاقده عليه .

وقد جاءت في القرآن الكريم كلمة « العقدة » بمعنى العقد ، في قوله عز شأنه : « ولا تزموا عتدة الكناح حتى يبلغ الكتاب أجله » . وكان لهذا القول الإلهي أثره في بعض البلاد العربية كالغرب ، حيث يجرى على اللسان أحياناً استعمال لفظ « العقدة » بدلاً من العقد . بيد أن الغالب ، عند فقهاء المسلمين ، هو استعمال اصطلاح « العقد » لعموم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

وإذا كان المشروع يتناول أحكام العقد في الباب المخصص لمصادر الالتزام ، فليس معنى ذلك ، بطبيعة الحال ، أن هذه الأحكام لا تسري عليه إلا حينئذ ينتج هذا الأثر . فهي تلزمه في شتى مجالات أعماله ، دون تفرقة .

وغنى عن البيان أن المشروع هنا لا يتناول أحكام عقد بعينه ، فهو يستهدف وضع القواعد الأساسية العامة المشتركة

بمصادره على أن تليها الأحكام المتعلقة بآثاره ، ثم تلك الخاصة بأوصافه وبإتقاله . وتأتي بعد ذلك المرحلة الأخيرة التي يواجها الالتزام بالضرورة وهي مرحلة إقضائه . وهو مما التزمه المشروع في عرضه لتلك الأحكام .

وهذا النهج من المشروع ليس مبتدعاً ، فقد سارت عليه من قبل مدونة القانون المدني المصري ، والمدونات العربية الأخرى التي استوحته ، كمدونة القانون المدني السوري ومدونة القانون المدني العراقي ، ومدونة القانون المدني الليبي ، ومدونة القانون المدني الأردني ، وهو نفس النهج الذي سار عليه بدوره قانون التجارة الكويتي .

ولم يشأ المشروع أن يعرض لقواعد الإثبات ، لا بين الأحكام المتعلقة بنظرية الالتزام ، ولا بين غيره من أحكامه الأخرى . فقد وجد من الملائم أن يفرّد قانون خاص يجمع كافة قواعد الإثبات الموضوعية والاجرائية على السواء .

الباب الأول

مصادر الالتزام

لم يشأ المشروع أن يتضمن نصاً يعرف الالتزام . وهو في ذلك يخالف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية ، ولكنه يساير غالبية القوانين العربية ، كالتقانون المصري والقانون العراقي والقانون السوري والقانون الليبي والقانون الأردني . فحسن صناعة التشريع يأبى أن تلجأ النصوص لتعريف الأنظمة القانونية ما لم تتطلبه ضرورة أو حاجة ، فذلك بمنه بمل الفقه أخلق .

ولم يشأ المشروع كذلك أن يعرض في نصوصه لتقسيم مصادر الالتزام ورددها إلى أصولها . وهو في ذلك يخالف مدونة نابليون التي تبنت التقسيم التقليدي البالي لمصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون . وهو تقسيم وجّه إليه سهام النقد الجارحة لتصبيه في الصميم .

والواقع أن الاتجاه الحديث في التقنين ينبذ التعرض في النصوص لتقسيم مصادر الالتزام . وكان من أول التقنينات التي عرضت عن تقسيم مصادر الالتزام مشروع القانون الفرنسي الإيطالي للالتزامات والعقود ، الذي رأى واضعوه بحق أن هذا التقسيم أليق بأغراض التعليم منه بأغراض صناعة التشريع . وجاء القانون المدني المصري ، وغيره من القوانين العربية التي استوحته ، لتتبع في نفس الطريق . وهو ما يراه المشروع أولى بالاتباع .

وإذا كان المشروع لا يعرض في ذات نصوصه لتقسيم مصادر الالتزام ورددها إلى أصولها ، إلا أنه يراعى بالضرورة

في العقود . وبعبارة أخرى هو يتناول أحكام العقود بوجه عام ، وهو ما درج الفقه على أن يطلق عليها « نظرية العقد » .

والاحكام التي يتضمنها المشروع في هذا الفصل ، اعتبارا بأنها ترمى الاسس العامة المشتركة ، تسمى على العقود المالية كلها ، مدنية كانت أم تجارية أم غيرها ، وسواء اكانت هذه العقود مسماة أم غير مسماة ، وذلك ما لم يقض القانون ، في شأن عقد معين ، بحكم خاص به ، أو اقتضته طبيعة هذا العقد .

تعريف العقد (٢١ م) :

تباين أمر التفتينات ، في الدول المختلفة ، في شأن تضمن النصوص تعريفا للعقد . فبعضها سار عليه ، وسلك نفس النهج قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٣) . والبعض الآخر تجنب ايراد تعريف له .

وإذا كان الاصل هو أن تعريف الانظمة القانونية أخلق أن يترك للفقه ، إلا أن المصلحة قد تدعو التشريع أحيانا إلى أن يتناوله . ونظير ذلك ، على وجه الخصوص ، إذا كان من شأن ايراد التعريف في النص أن يبرز فلسفة النظام ويرسي أسسه ، سيما إذا تعلق الأمر بنظام فذ وعلاق كالقعد .

وقد عرّفَت المادة ٣١ من المشروع العقد بقولها : « العقد هو ارتباط الایجاب بالقبول على أحداث أثر يرتبه القانون » . ومقتضى هذا التعريف أن يبرز في شأن الرضاء بالعقد - وهو الركن الاساسي فيه - أمرين أساسيين : (الاول) ارتباط الایجاب بالقبول ، وهو ما يكون الإرادة المشتركة . (الثاني) اتجاه الإرادة المشتركة إلى أحداث أثر قانوني .

ولم يشأ المشروع أن يسائر الكثرة الغالبة من التفتينات في تعريفها العقد تارة بأنه اتفاق وتارة بأنه توافق ارادتين أو أكثر . فالاتفاق أو التوافق لا يكفي في ذاته لقيام العقد ، ما بقيت الإرادة كامنة في نفس صاحبيها ، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجي عن طريق التعبير عنها ، وهو ما يطلق عليه في الفقه الاسلامي ، (الصيغة) . ثم انه ينبغي أن يبيى القبول حالة كون الایجاب باقيا لم يسقط لسبب أو آخر . وبعبارة ارتباط الایجاب بالقبول أخلق بأن تبرز هذين الأمرين كليهما .

وارتباط الایجاب بالقبول ، كأساس للعقد ، قول مستمد من الفقه الاسلامي . وهو شأن على أسنة رجاله وأوردته المجلة (المادة ١٠٣) ومرشد الحيران (المادة ٢٦٢) ، كما أورده أخيرا مشروع تفتين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أبي حنيفة ، الذي أصدره مجلس البحوث الاسلامية بالقاهرة (المادة ٣) . وقد أقام القانون العراقي تعريف العقد على ذلك القول ، فنقل عن مرشد الحيران ، في المادة ٧٣ منه النص على أن : « العقد هو ارتباط الایجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول

الأخر على وجه يشب أثره في المقود عليه » . وجاء قانونو التجارة الكويتي الحالي وتبنى نفس التعريف ، في المادة ١٠٣ منه . وأخذ القانون الاردني في المادة ٨٧ منه ، بالتعريف ذاته مع شيء من الاضافة إليه .

ولم يشأ المشروع أن يأخذ بنفس التعريف الذي أورده قانون التجارة الكويتي الحالي ، نقلا عن القانون العراقي ومرشد الحيران . فهو ، من ناحية يعم ارتباط الایجاب بالقبول ، دون أن يخصه بحصوله بين متعاقد وآخر ، لاماكان أن يقوم العقد بين أكثر من طرفين ، كما هو الشأن في الشركة والتقسمة . ومن ناحية أخرى ، حرص المشروع على أن يذكر أن ارتباط الایجاب بالقبول يرد في شأن أحداث أثر قانوني ، بدلا من القول بأن يرد « على وجه يشب أثره في المقود عليه » ، لابرز ما يمكن للائر المترتب على العقد من عمومية وشمول ، وهو في ابراز هذه الفكرة ، لم يشأ أن يجارى القانون الاردني الذي اضاف الى القول بأن ارتباط الایجاب بالقبول يكون على وجه يشب أثره في المقود عليه ، عبارة « ويترتب عليه التزام كل منهما (المتعاقدين) بما وجب عليه للاخر » . فأثر العقد أعم من أن ينشأ الالتزام . فيسكن له أن يعدل في التزام قائم ، أو ينقله أو ينهيه .

فجوهر العقد أن يستهدف انشاء أثر قانوني ، أيا ما كان هذا الاثر ، وقد حرص المشروع على أن يبرز هذه الفكرة ، حتى يبذل كل مقننه ، وعلى الاخص ما تار منها في خصوص النقل بالمجان ، حيث التبس الامر في شأن قيام عقد ، سواء أكان عقد النقل أو غيره ، وما يترتب عليه من الالتزام بضمان السلامة ، وهو اتجاه رفضه القضاء بحق ، اعتدادا بانتفاء القصد في ترتيب أثر قانوني . ولا يهم بعد ذلك طبيعة الاثر القانوني المبتغى . فسواء أن يتعلق بالمقود عليه مباشرة ، كما إذا كان من شأنه أن ينقل ملكيته ، أو يتعلق بامر آخر من أمور انشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو اتفائه . وهذا ما يتفق تماما مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من التمييز بين حكم العقد ، بمعنى ما يترتب عليه من اثر مباشر للمقود عليه ، كتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وبين حقوق العقد ، بمعنى آثاره المترتبة في ذمة المتعاقد . كالتزام البائع بالتسليم والتزامه بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن .

الفرع الاول - انعقاد العقد

(الواد ٢٢ - ١٩٢)

تمدد المادة ٣٢ أركان العقد التي لا يقوم بغير توافرها كلها مجتمعة ، وتقضى بانقاده بمجرد توافرها . وأركان القعد هي الرضاء - المتمثل في ارتباط الایجاب بالقبول - والمحل والسبب ، وذلك فضلا على الشكل الذي يتطلبه القانون ، في حالات خاصة ، لانقعاد القعد .

الارادة وحده لا يكفي . فالتقانون لا يعتمد بالارادة طالما بقيت حبيسة في نفس صاحبها ، فلا بد أن تخرج الى العالم الخارجي الملموس . ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها . وبهذا يمكن أن يقال أن الارادة التي يعتمد بها التقانون في انشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام، تمر بمراحل ثلاث : التدبير والتقرير والتعبير . والمرحلتان الاوليان تسميتان . اما الثالثة فتأخذ مظهرا ماديا .

وتعرض الفقرة الثانية من المادة للارادة من حيث الاثبات . وهي تقيم قرينة على توافرها عند اجراء التصرف ، تمشيا مع الغالب في شأن الناس ، واستقرارا للمعاملات بينهم . ولكن هذه القرينة بسيطة . فيجوز اثبات عكسها ممن يدعيه . ثم ان هذه القرينة لا يمكن لها أن تقوم بمخالفة حكم بميله التقانون بانعدام الارادة كما هو الشأن في حالة الصبي غير المميز .

(٤) التعبير عن الارادة :

وتعرض المادة ٣٤ لطريقة التعبير عن الارادة . وهى مستوحاة من نص المادة ٩٠ من القانون المصرى والنصوص الاخرى التي اخذت عنه ، وعلى الاخص نص المادة ١٠٦ من قانون التجارة الكويتي ونص المادة ٩٣ من القانون الاردني ، دون أن تأتي بحكم متاير .

وحكمها يتشبه مع الاجزاء الغالب ، سواء في التقانون المعاصر أم في الفقه الاسلامي ، من اطلاق الصورة التي يعيى عليها ، التعبير عن الارادة ، بالتسكين له من أن يأتي بأى طريق كان ، طالما كان من شأن هذا الطريق أن يدل على حقيقة الارادة بغير لبس أو غموض . فهي تقضى بأن التعبير عن الارادة يمكن أن يحصل باللفظ ، أو بالكتابة ، أو بالإشارة الشائعة الاستعمال - أي تلك التي يعم بين الناس استعمالها في نفس المدلول - أو بالمبادأة الفعلية الدالة على التراضى - وهو ما يطلق عليه ، في الفقه الاسلامي « تعاقد المعاطاة » - أو باتخاذ أى موقف آخر غير ما ذكر ، اذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه .

ولم يشأ المشروع أن يساير نص المادة ١٠٦ من قانون التجارة الكويتي الحالي ونص المادة ٩٣ من القانون الاردني في حرصها على ذكر أن الإشارة تصلح تعبيراً عن الارادة ، ولو وقعت من غير الاخرس ، مكتفياً بإيراد لفظ الإشارة في عمومها ، اعتباراً بأنه يعينها مادامت شائعة بين الناس ، أياً ما كان الشخص الذى صدرت منه ، أخرس كان أم غير أخرس .

ولم يشأ المشروع كذلك أن يعرض للجدل الذى ثار في الفقه الاسلامي حول الصبغة التي يأتي عليها اللفظ الدال على الرضاء ، سواء أكانت صبغة الماضى أم المضارع أم الامر . وهو جدل ترك أثره في بعض تقنيناتنا العربية ، كقانون التجارة

وقد حرص المشروع ، في هذه المادة ، على أن يذكر المحل والسبب ، باعتبارها ركبتين لازمين لانقضاء العقد ، جنباً الى جنب مع الرضاء . وهو في ذلك يسير على نهج المادة ١١٠٣ من القانون المدني الفرنسي ، بعد أن استبعد منها أهلية التعاقد ، اعتباراً بأنها لا ترتقى الى مرتبة ركن في العقد ، وبأن عدم توافرها لا يمنع من ذات انقضاده ، وانما يعيب الرضاء به فحسب بما يجعله قابلاً للإبطال .

ولم يشأ المشروع أن يساير بعض التقنينات الغربية التي تقول بقيام العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ، أو توافق الارادة ، من غير ذكر للمحل والسبب . كما أنه لم يشأ أن يساير تقنينات اخرى عربية ، كالتقانون المصرى (المادة ٨٩) ، والتقانون الاردني (المادة ٩٠) ، التي وإن لم تذكر بدورها المحل والسبب كركبتين لازمين لانقضاء العقد ، قرنت توافق الارادة ، أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، بوجوب « مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانقضاء العقد » . فالعقد لا ينعقد بتوافق الرضاء وحده . وانما يلزم الى جانبه المحل والسبب ، وهذا أمر جوهرى ينبئ التصريح به . ولا يجزئ عنه ذكر عبارة عامة تفيد وجوب مراعاة ما يقرره القانون من اوضاع معينة لانقضاء العقد . لان هذه العبارة قد تصرف الى الشكل الذى يتطلبه التقانون ، في حالات خاصة . وهو بالفعل المعنى الذى يقصده منها المشروع . وهى على أية حال أدنى من أن تدل دلالة واضحة على أمرين يمثلان ركيزتين أساسيتين يقوم العقد عليهما ، الى جانب الرضاء ، وعلى نفس المرتبة معه .

وفي القول بأن العقد ينعقد اذا ورد الرضاء على محمل واستند الى سبب معتبرين قانوناً ، لم يشأ المشروع أن يقف عند الجدل الذى ثار في الفقه حول ما اذا كان المحل أو السبب يعتبر ركناً في الالتزام أو في العقد أو حتى في الارادة . فأياً ما كان من أمر الخلاف الذى نشب في هذا الخصوص ، فإن كل ما يتعلق بالالتزام ينكس بالضرورة على العقد الذى من شأنه أن يولده . فالمحل المباشر للعقد هو الالتزامات التي ينشأها . وبهذه المثابة ، يشمل ما يعتبر ركناً في الالتزام ، ركناً في العقد أيضاً ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر .

١ - الرضاء :

تواجه المادة ٣٣ بفقرتها رضاء المتعاقد الذى من شأنه أن يكون الرضاء بالمقد ، عند اقترانه برضاء المتعاقد الآخر ، وتبين عنصريه اللازمين لقيامه ، وهما : الارادة والتعبير عنها .

وتتناول الفقرة الاولى عنصري الرضاء السابقين من حيث الموضوع ، متطلبه توافرها . إذ أن الرضاء لا يقوم بغير الارادة . ولا تتوافر الارادة في المتعاقد ، الا اذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذى هو قادم عليه ، وانتهى الى أن يقصده . بيد أن توافر

يترتب فور صدور التعبير . وهنا يختلط الوجود القانوني للتعبير مع وجوده المادى ، وقد يمكن لآثر التعبير أن يترسخ الى وقت يلي صدوره . فينتقد عندئذ الوجودان .

وقد أثار المشروع أن يأخذ بوجه النظر الثانية فجعل أثر التعبير عن الإرادة مترخياً الى وقت اتصاله بعلم من يوجه اليه ، مسايراً في ذلك كثرة غالبية في التقنيات الحديثة . وهذا هو ما يقضي به على وجه الخصوص القانون الألماني (المادة ١٣٠) ، وأن كان قد جعل انتاج التعبير أثره رهيناً بوصوله الى من وجه اليه ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٩) ، ومشروع القانون الفرنسي الايطالي (المادة ٢/٤) ، والقانون البرازيلي (المادة ١٠٨١) . وهو ما يقضي به أيضاً القانون المصرى (المادة ٩١) ، وتبعا فيه القانون الليبي (المادة ٩١) ، ووافقته فيه القانون العراقي وأن لم يصرح به . ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات العربية التي أخذت أحكامها عن القانون المصرى الا القانون السورى ، حيث ترك على غير عادته ، نص المادة ٩١ مصرى ، وتضمن نصاً (المادة ٩٨) يوحى بأنه يعاير في الحكم . أما قانون التجارة الكويتي ، فقد جاء على غرار القانون العراقي ، أخذاً ، في صدد القبول عند التعاقد بين الغائبين ، بحكم تراخي أثر التعبير عن الإرادة الى وقت اتصاله بعلم من وجه اليه ، دون أن يصرح به كمبدأ عام (المادة ١١٢)

وغنى عن البيان أن تراخي أثر التعبير الى فترة تأتي بعد صدوره لا يكون الا في العقود . أما في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، فلا يوجد فيه طرف آخر يوجه التعبير اليه . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يظهر أنه يتضمن منه عزمه النهائي على ابرام التصرف .

ولا تظهر أهمية تراخي أثر التعبير عن الإرادة الى وقت اتصاله بعلم من يوجه اليه الا في التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . اذ توجد فيه بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله الى من يرسل اليه . أما في التعاقد بين الحاضرين ، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه ، فلا تظهر الاهمية السابقة . اذ أن صدور التعبير ووصله وتسان في نفس الوقت .

وتعرض الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين لاثبات وصول التعبير عن الإرادة الى علم من يوجه اليه ، لانسامه بأهمية لاتخفى ، مادام أثر التعبير مناطاً بهذا الوصول . وهي تجعل من وصول التعبير الى من يوجه اليه قرينة على علم هذا به . وهو حكم تقتضيه طبيعة الامور ذاتها . اذ أنه يتشبه مع الغالب حصوله في واقع حياة الناس . ثم انه يتصدّر عملاً على من صدر التعبير منه اثبات العلم به ممن وجه اليه . ومن ثم لزوم أن

الكويتي الحالي (المادة ١٠٥) ، والقانون المدني العراقي (المادة ٧٧) والقانون الاردني (المادة ٩٣) . فالامر مسرده الى الدلالة على حقيقة القصد ، على نحو ما يتبينه قاضى الموضوع . وسيان بعد ذلك أن يأتي اللفظ على صيغة أو على أخرى . وهو من بعد الامر الذى يسود في الفقه الاسلامي ، وعلى الاخص وفقاً لما يقول به المذهب المالكي والمذهب الحنبلي .

وقد حرص المشروع على أن يشير ، في عجز المادة الرابعة والثلاثين الى ما قد يورده المشرع - في حالات خاصة - من قيود على مبدأ اطلاق طريقة التعبير عن الإرادة ، ليتحفظ على الاخص ، في شأن الشكل ، حينما يستلزمه القانون لذات انعقاد العقد .

وتعرض المادة الخامسة والثلاثون للتعبير الضمني عن الإرادة . وهو ذلك الذى تستخلص فيه الإرادة دلالة من ظروف الحال ، بعد اعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي . وهي تقر جواز هذا النوع من التعبير عن الإرادة كأصل عام ، مستثنية الحالات التي يقضى فيها القانون أو الاتفاق بأن يجىء التعبير عن الإرادة صريحاً ، وتلك التي يكون من شأن طبيعة المعاملة ذاتها أن تستتويج في خصوصها .

وحكم هذه المادة متفق مع ما يقضى به القانون المعاصر والفقه الاسلامي على حد سواء . وهو مستمد من المادة ٩٠/٢ مصرى . بعد أن رؤى اضافة طبيعة المعاملة كاستثناء للحالات التي يمكن فيها أن تستظهر الإرادة دلالة من ظروف الحال ، الى جانب القانون والاتفاق . اذ قد يكون من شأن جسامته الاثر المترتب على المعاملة أن يتطلب التعبير المباشر الصريح .

وتعرض الفقرة الاولى من المادة السادسة والثلاثين للتعبير عن الإرادة ، من حيث قيامه ونتاج أثره . وتحصر على التفرقة بين هذين الامرين . فقد يوجد التعبير عن الإرادة ، بأن يكتمل له مظهره المادى ، من غير أن يترتب عليه الاثر القانوني المبتغى منه ، على نحو ما قرره أغلب التشريعات المعاصرة من تراخي هذا الاثر الى وقت اتصال التعبير عن الإرادة بعلم من يوجه اليه . وهذا التصور قائم أيضاً في الفقه الاسلامي ، بالنسبة الى الايجاب ، عند التعاقد بوساطة رسول . ففكرة وحدة مجلس العقد تؤدي الى عدم الاعتداد بالتعبير الصادر من الموجب ، قبل ان تبلغ الرسالة الى الموجب له ، حيث يبدأ بهذا التبليغ انعقاد مجلس العقد .

وتقرر المادة أن التعبير عن الإرادة يتكامل له وجوده ، بمجرد صدوره من صاحبه . وهذا أمر ظاهر لا خلاف فيه .

أما الخلاف الذى يمكن أن يثور يتعلق بالآثر القانوني الذى من شأن التعبير أن يحدثه . فقد يمكن لهذا الاثر أن

وهذا التعاريف في أساس الحكم الذي تجده ، في ظل القانون المعاصر ، بين الزعتين اللاتينية والجرمانية ، تجده أيضا في ظل الفقه الاسلامي ، بين مذاهبه المختلفة . فالمذاهب الاسلامية لم يتفق فيها بدورها الرأي حول الحكم الواجب اتباعه ، عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة - وتسمى ، عند الفقهاء ، بالقصد أو النية - وبين الإرادة الظاهرة ، وتسمى بالصيغة . فمن هذه المذاهب ما يعلب الإرادة الباطنة ، ومنها ما يعلب الإرادة الظاهرة ، وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب ، في اعتدادها بالإرادة الظاهرة ، الى حد القول بأن عبارة الهازل تصلح لانشاء العقود وترتب الآثار عليها ، دون فرق في ذلك بين عقد وعقد (وهذا هو الراجح في مذهب الشافعية) . وان كان الغالب في الفقه الاسلامي هو عدم الاعتداد بعبارة الهازل ، الا فيما يكون فيه حق لله تعالى ، اعتبارا بأن حق الله - جل قدرته - لا يكون موضعاً لهزل (مذهب الحنابلة وأكثر المالكية) . وأساس هذا الرأي قوله ، صلوات الله عليه ، « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » . وفي بعض الروايات أضيفت الرجعة ، وفي بعضها الآخر ، أضيفت البيعة . أما الحنفية ، فيعتدون بإرادة الهازل ، حتى في غير ما كان فيه حق لله تعالى ، ولكن فقط من حيث كونها تصلح لاعتقاد النقد ، دون أن تكفي لصحته . فالمعقد القائم على ارادة الهازل ، عند الحنفية ، يعتقد (لتحقيق الاختيار ، بمعنى القصد الى التكلم بالعبارة) ، ولكنه يعتقد فاسدا (لغوات الرضا ، أي لانعدام الإرادة) .

وقد ارتأى المشروع أن يحسم الخلاف بحكم توفيقه يتمشى مع منطق العقد ودور الإرادة فيه باعتبارها الأساس المكين لقيامه ، وذلك من غير أن يصحى بما ينبغي أن يسود المعاملات من الثقة والائتمان والاستقرار . فهو يترزع ، في الفقرة الاولى من المادة ، الى تغليب الإرادة الباطنة ويقرره كمبدأ عام . ثم يجيء في الفقرة الثانية ، فيرخص لمن وجه التعبير غير المطابق لحقيقة القصد ، أن يعتد به ، شريطة أن يثبت أنه عول عليه ، حانة كونه يعتقد عندئذ مطابقتها لحقيقة الإرادة ، ومن غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك حول تلك المطابقة .

وبهذا يلزم للاعتداد بالتعبير المخالف لحقيقة القصد أمران (الاول) التحويل على التعبير ، بمعنى أن ترتب من وجه اليه أمره على أساسه . (الثاني) حسن النية ، بأن يكون من وجه التعبير اليه معتقداً مطابقتها لحقيقة قصد غريمه ، دون أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك حول تلك المطابقة . وقد دفع المشروع الى هذا رغبته في عدم التضحية بالإرادة الحقيقية ، التي هي قوام العقد وأساسه ، الا في الحدود التي يتطلبها توفير الثقة والائتمان واستقرار المعاملات . وهو الاعتبار الذي يسوغ أمامه التضحية بحقيقة الإرادة .

يتحول عبء الاثبات . على أن القرينة هنا بسيطة ، فيجوز دحضها بأثبات العكس ممن يديه .

وتنضي المادة ٣٧ بمذنب العدول عن التعبير عن الإرادة ، ورغم صدورهم من صاحبه ، ومنعه بالتالي من أن يرتب أثره ، طالما أن هذا العدول قد وصل الى من وجه اليه التعبير ، قبيل وصول هذا التعبير ذاته اليه ، أو في نفس الوقت . ففي هذه الحالة يعتبر التعبير كأن لم يكن .

ولا عبرة هنا بعلم من وجه اليه التعبير بحصول العدول عنه أو عدم علمه به ، طالما أنه قد وصل اليه في وقته . اد لا يقبل منه هنا ان يسعي علمه بالتعبير وعدم علمه بالعدول عنه ، أو علمه بالاول قبل الثاني .

والحكم الذي تنضي به المادة ٣٧ هو نتيجة منطقية للحكم الذي تنضي به المادة ٣٦ . وتظهر أهمية هذا الحكم ، بشكل واضح بالنسبة الى القبول ، حيث يجوز لمن أرسل الى الموجب ، يبلغه بقوله أن يعدل عنه ، وهذا يستطيع أن يقبل نفسه من الصفة ، اذا ندم على ارتضاها . بيد أن هذا الحكم لا يعدم كل فائدة بالنسبة الى الإيجاب . فتظهر له فائدته في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزماً له ، لا يستطيع الرجوع فيه . إذ بالعدول ، لا يشمل التعبير إيجاباً أصلاً .

وهذا الحكم يتمشى أيضا مع الروح المسحة للشرعية الاسلامية الفراء ، التي من شأنها أن تسمح بالعدول عن ارتضاء الصفة ، طالما أنه لم يتعلق بهذا الرضا حق للغير معتبر شرعا . وهو يتجاوب مع الحديث النبوي الشريف : « من أقال نادماً يبعته ، أقال الله عشرته يوم القيامة » .

وتواجه المادة ٣٨ موضوعاً ثار حوله الخلاف واحتدم في القانون المعاصر ، وفي الفقه الاسلامي على حد سواء . وهو موضوع عدم مطابقة التعبير عن الإرادة لحقيقة قصد صاحبه . فقد يختلف التعبير عن الإرادة ، أو ما يطلق عليه في لغة الفقه الاسلامي « الصيغة » ، مع حقيقة ما اتواه صاحبه وعقد العزم عليه ، وقد يحصل ذلك عن قصد أو عن غير قصد .

وأياً ما كان من أمر الصورة التي يجيء عليها الاختلاف بين حقيقة الإرادة وبين التعبير عنها ، فإنه يجب حسسه على نحو أو على آخر . وتتنازع هذا الأمر ، في القانون المعاصر ، تزعتان : تزعة تغلب الإرادة الحقيقية أو ما يطلق عليها الإرادة الباطنة ، ولا تمتد بالتعبير عنها ، الا اذا جاء مطابقاً لها ، وفي حدود تلك المطابقة . وهذه هي الزعة اللاتينية التي تستند أساساً الى القانون الفرنسي . أما الزعة الأخرى فهي تغلب التعبير عن الإرادة أو ما يطلق عليه الإرادة الظاهرة أو الإعلان عن الإرادة . وهذه هي الزعة الجرمانية .

الإيجاب :

تعرض المواد من ٣٩ إلى ٤٢ للإيجاب ، باعتباره الخطوة الاولى لقيام العقد .

وتعمد المادة ٣٩ لتحديد ما يعتبر إيجاباً ، يقوم العقد بقوله « فقد يدق ، في بعض الأحيان ، تكيف ما يصدر من المتعاقد أهو إيجاب أم هو مجرد دعوة إلى التعاقد ، أو من قبيل التفاوض بشأنه . ولهذا التكيف أهمية لا تخفى . فالإيجاب خطوة إلى العقد ، تصل به إليه بمجرد أن يترنن به القبول ، وعندئذ ينتم على صاحبه الرجوع والنكوص . أما الدعوة إلى التعاقد ، فإن تليتها تتضمن إيجاباً ، يلزم قبوله ممن وجهها ، ليقوم العقد . وبهذه المثابة ، يجوز لهذا الأخير أن يتحلل من إبرام العقد ، مع عدم الإخلال بما تقتضيه قواعد المسؤولية التصريحية من تحمله بالتعويض ، إذا كان له محل .

وقد عمد المشروع إلى وضع معيار مرن ، من شأنه أن يساعد في تحديد ما إذا كان الإيجاب قد قام تبرص القبول ، أم أنه لم يقم بعده . وينبئ هذا المعيار على أمرين جوهرين : (الأول) العزم النهائي من المعاهد على إبرام العقد . فلا تكفي مجرد الرغبة فيه ، أن لم تصل إلى حد البت . (الثاني) أن يكون العرض قد حصل على صورة ، بحيث يمكن للعقد أن يقوم على أساسه ، بمجرد أن يترنن به القبول ممن وجه إليه . وهذا الأمر وذلك يتطلبان في العرض ، نكي يرقى إلى مرتبة الإيجاب ، أن يتضمن ، في الأقل طبيعة انعقد وشروطه الأساسية .

ولم يشأ المشروع أن يقف عند نص اتفقت المادة ١٠٥ من قانون التجارة الكويتي الحالي ، والمادة ١/٧٧ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١/٩١ من القانون المدني الأردني ، على أن تأتي به بحرفيته ، فائلة كلها أن : « الإيجاب والقبول كل لفظين مستملين عرفاً لانشاء العقد . وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول ... » كما أنه لم يشأ أن يقف عند نص المادة ١٠١ من المجلة التي تقضى بأن : « الإيجاب أول كلام يصدر من أحد المعاقدين لانشاء التصرف ، وبه يجب ويشب التصرف » . فكل من هذين النصين لا يحقق الغاية التي استهدفها المشروع ، وهي تحديد ما يعتبر إيجاباً وتمييزه عما قد يصاحبه من مقدمات أو مفاوضات .

وتعرض المادة ٤٠ لصورة من صور الإيجاب ، شاملة في واقع حياة الناس ، وهي صورة الإيجاب المقدم للجمهور . فتقرر الفقرة الاولى مبدأ جواز مجيء الإيجاب في هذه الصورة ، بعد أن تقيدها بقيد تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها ، ومؤداه الاتكون شخصية المتعاقد ذات اعتبار أساسي في التعاقد . فالعرض الذي يوجهه ملأرب عمل للجمهور في شأن تشغيل العمال عنده

لا يكون إيجاباً حتى لو تضمن شروط العقد الأساسية ، لما لشخصية العامل من اعتبار أساسي في التعاقد .

وقد حرص المشروع على أن يتحفظ ، في شأن الإيجاب الموجه للجمهور ، بوجوب مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال ، إذ أن الإيجاب هنا يرد بالضرورة معلقاً على امكانية تنشي صاحبه مسع مقتضاه .

وتجبي الفقرة الثانية لتخص بالذكر ، حالة عرض البضائع في واجهات المتاجر أو ما يشابهها مع بيان أثمانها ، باعتبارها أكثر حالات العرض الموجه للجمهور شيوعاً في العمل بمضنية عليه وصف الإيجاب . ولا يدنو هذا الحكم أن يكون مجرد تطبيق للمبدأ الذي قرره الفقرة الاولى .

أما الفقرة الثالثة ، فتمرض حالات النشر والاعلان وارسال وتوزيع قوائم الاسمار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متمثل بعروض أو طلبات موجبه للجمهور أو لافراد معينين ، وتقرر أنها لا تعتبر ، بحسب الاصل ، إيجاباً . ولا يخالف هذا الاصل الا اذا استبان عكسه من ظروف الحال . وهذا الحكم يتمشى تماما مع الغالب حصوله في العمل . حيث أنه يقصد في العادة بإرسال ماسبق ، الدعاية ، أو في الأكثر الدعوة إلى التعاقد .

وحكم الفقرتين الثانية والثالثة مستمد في أصله من المادة ٣/٧ و ٣ من مدونة الالتزامات السويسرية ، والمادة ٧٣ من مدونة القانون البولوني . وقد اخذها عنهما مشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة ١٣٤) . وعن هذا الأخير ، انتقل إلى قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١٠٧) .

وقد حرص المشروع ، في الفقرة الثانية من المادة ٤٠ ، على أن يورد على مبدأ اعتبار عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً تحفظاً تفرضه طبيعة الأمور ، مؤداه وجوب مراعاة ما تقتضيه التجارة من أوضاع . ولهذا التحفظ ما يبرره . فقد لا يقصد التاجر ، بعرض سلعة معينة في واجهة محله ، أن يوجب بيعها بذاتها ، وإنما يبيع سلعة أخرى تماثلها . وقد لا تكون في المتجر سلعة غير تلك المروضة في واجهته ، فيعمد التاجر إلى إبقائها فيها على سبيل الدعاية لا أكثر . انتظارا منه لوصول غيرها .

وتعرض المادة ٤١ للآثار المترتب على الإيجاب . وتتنازع هذا الحكم في القانون المقارن فكرتان : تقوم أولاها على التزام الموجب بإيجابه ، فخرمه من الرجوع فيه ، ما لم يتضمن ما يتم عن قصد في الاحتفاظ بيقفه في ذلك . أما الفكرة الثانية ، فلا تضي على الإيجاب في ذاته صفة الالتزام . وتتحول بالتالي لصاحبه أن يرجع فيه ، طالما لم يقترن به بعد قبول . وهذه الفكرة هي التي تسود في الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة . ومنها قانون التجارة الكويتي الحالي . وهي الفكرة التي تسود

شأنه أن يتيح للموجب التحرر من عقد الصفقة مع ورثته ، اذ قد لا يكون راعياً في التعاقد معهم . ثم ان سقوط الايجاب بموت الموجب يتمشى مع الحكم الذي سبق أن أورده ، في المادة ٣٦٦/١ منه ، من أن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا بعد وصوله الى علم من وجه اليه . وقد روى أن يأخذ فقد الاهلية حكم الموت في أثره على الايجاب .

والحكم الذي جاءت به المادة ٤٢ يتفق مع السائد في الفقه الاسلامي ، اذ أن القول الغالب فيه هو أنه اذا صدر الايجاب من أحد المتعاقدين وهو أهل للتعاقد ، وقيل القبول من الطرف الاخر مات الموجب ، أو خرج عن الاهلية ، بطل الايجاب ، حتى اذا صدر بعد ذلك القبول من الطرف الاخر لا يتمد العقد . وهذا هو مذهب الحنفية (رد المحتار لابن عابدين ٢٩/٤) والشافعية (معنى المحتاج ٦/٢) ، والحنابلة (المعنى لابن قدامة ٤٨٢/٣) والشيعية الجعفرية (فقه الامام جعفر ٤٤/٣) . وهذه المذاهب تقيم سقوط الايجاب بموت الموجب أو يفقد اهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه اعتباراً بأنه يتعدر عليه عندئذ أعمال هذا الخيار .

القبول :

تعرض المادة ٤٣ للقبول ، باعتباره الخطوة الاساسية الثانية لانعقاد العقد . وتقتضى ، في فقرتها الاولى ، بأن للموجب له الخيار فيه . فله أن يرضى الايجاب ، أو أن يرفضه . والاصل انه لا معقب عليه في هذا ولا في ذلك . اذ الامر امره ومتروك لتقديره . بيد أنه اذا كان الايجاب قد جاء من صاحبه تلبية لدعوة الى التعاقد سبق أن وجهت من الموجب له ، فقد يتحمل هذا الاخير بالمسئولية اذا لم يستند رفضه للايجاب الى مبرر سائغ . ولم يشأ المشروع أن يساير القانون البناني فيصرح مثله بهذا الحكم (المادة ١٨١) ، لانه لا يبدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة .

وتعرض الفقرة الثانية لما يعتبر قبولاً . وتستلزم لذلك أن يجيء الرد من الموجب له مطابقاً للايجاب . ويجب أن تكون هذه المطابقة تامة شاملة كل ما تناوله الايجاب من أمور التعاقد .

وتجىء الفقرة الثالثة لتبين حكم عدم التطابق بين الايجاب وبين الرد عليه من الموجب له . وتقتضى بأن مثل هذا الرد يعتبر رفضاً للايجاب . فأي تخالف بين الايجاب وبين الرد عليه ، سواء بالزيادة أو النقصان في مده أو بالتعليق على شرط ، أو بالاتزان بأجل ، أو على أية صورة أخرى ، يجعل من الرد رفضاً للايجاب . على أن الرد الخالف للايجاب اذا اعتبر رفضاً له ، فهو يقع بمثابة ايجاب جديد .

والاحكام التي جاءت بها المادة ٤٣ ، في فقرتها الثلاث متجاوبة تماماً مع ما يقضى به الفقه الاسلامي ، وما تقول به القوانين المعاصرة ، ومنها قانون التجارة الكويتي الصالى (المادة ١١١) .

اينشا في الفقه الاسلامي ، حيث يثبت للموجب ما يطلق عليه اسماءه (خيار الرجوع) . وقد اخذت بها اللجنة بدورها (المواد ١٨٢ - ١٨٥) . وذهب راي المذهب المالكي يقول بلزوم الايجاب على صاحبه ، حتى انه اذا رجع فيه ، وصدر مع ذلك القبول في مجلس عقد ، انعقد العقد (راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٥) .

وقد أمر المشروع ان يأخذ بمبدأ عدم لزوم الايجاب على صاحبه ، لما فيه من التيسير عليه ، بمنحه فرصة التحلل من العقد ، اذا أصبح عنه راعياً .

وتورد الفقرة الثانية استثناء على مبدأ عدم لزوم الايجاب على صاحبه ومنحه خيار الرجوع فيه . وذلك في الحالة التي يحدد فيها الموجب بيعاً للموجب له ، يبدى خلاله رايه فيه ، قبولاً أو رفضاً . وهذا الحكم لا يبدو ان يكون تفسيراً لارادة الموجب . وقد يأتي تحديد الميعاد من الموجب صراحة . وقد يستدل عليه من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة ، كما هو الشأن ، على وجه الخصوص ، في التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بالزاد أو التعاقد بالتجربة .

وقد ارتأى المشروع أن يعدل بعض الشيء في الصياغة المألوفة التي جرت عليها المدونات المختلفة ، في صدد تقرير لزوم الايجاب المقترن بمدة تحديد للقبول ، والتي جاء عليها القانون المصري (المادة ٩٣) ، واتبعته فيها المدونات العربية الأخرى ، ومنها قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ١١٠) . فهو لم يشأ أن يساير تلك المدونات فيقول أنه ، في حالة ما اذا اقترن الايجاب بميعاد محدد للقبول ، « التزم الموجب بالبقاء على ايجابه » ، أو « التزم الموجب بايجابه » ، وانما قال « بقي الايجاب قائماً » . وهذه العبارة أدق في التعبير عن الحكم المبني ، وهو استمرار بقاء الايجاب قائماً ، طوال الميعاد المحدد ، حتى لو رجع الموجب فيه ، الامر الذي من شأنه ان يمكن من قيام العقد ، بمجرد علم الموجب بالقبول .

وارتأى المشروع أيضاً أن ينهج منهجاً يتغير ما سارت عليه المدونات السابقة كلها ، فجاء يصرح بسقوط الايجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، بمجرد فوات هذا الميعاد . وذلك لكي يزول مظنة استمرار بقاءه بعدئذ ، ولكن مجرداً من وصف الازام .

وتعرض المادة ٤٢ لاثم الموت وفقده الاهلية على الايجاب ، قبل أن يقترن به القبول ، وتجعل من كل منهما سبباً لسقوطه ، سواء الحق الموت أو فقد الاهلية الموجب أم الموجب له .

وهذا حكم تقتضيه المصلحة . فمن شأن سقوط الايجاب بموت الموجب ، أن يقلل ورثته من صفقة ربما كانت لا تحوز رضاهم ، سيما اذا كان الايجاب ملزماً ، أما موت الموجب له ، فممن

ارتباط الإيجاب والقبول :

تبدأ المادة ٤٦ بمواجهة الحالة الغالبة في حصول التعاقد ، وهي تلك التي يتم فيها بين عاقدين حاضرين ، أو ما يطلق عليه التعاقد في مجلس العقد .

ومجلس العقد اصطلاح شرعى قال به الفقه الإسلامى ، وأخذ عنه بآدىء ذى بدء القانون المدنى المصرى (المادة ٩٤) . ومن خلال هذا القانون ، شق طريقه الى كافة القوانين العربية التى استنوعته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتى الحالى (المادة ١٠٩) وقد آثر المشروع أن يبقى على هذا الاصطلاح ، لمآفه من أحكام الدلالة على المقصود .

ومجلس العقد يعنى اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة ، حالة كونهما منصرفين الى التعاقد ، لا يشغلها عنه شاغل . وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهى اما بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضاً ، واما بانقضائه دون رد ، سواء أكان هذا الانقضاء بالمفارقة الجسدية أم بكونهما قد اشتغلا أحدهما أو كلاهما عن التعاقد يشاغلاً .

ومجلس العقد أمر أساسى في الفقه الإسلامى . إذ يلزم أن يعنى الإيجاب والقبول فيه . وهو ما يسمى بوحدة المجلس . وان كان الفقه الإسلامى أجاز أيضاً التناقض بالمراسلة ، اعتباراً بأن ثمة مجلساً حكماً للعقد ، ينقصد اما حال أداء الرسول رسالته ، واما حال قراءة الخطاب . وقد أفرط بعض فقهاء المسلمين من الضنية في فكرة وحدة المجلس ، باعتبارها شرطاً لانقضاء العقد ، على نحو لا يتسق مع روح الشريعة السمحة ، ولا مع المبدأ الأساسى الذى يسود ، تحت ظاهها ، وهو مبدأ الرضاية في العقود ، فقائلوا أن أي تغيير في موقف المتعاقدين أو في مكان وجودهما ، ولو كان يسيراً ، ينهي المجلس ، ويحول بالناتى دون قيام العقد . ولم يسد هذا التصوير المفرد في الشكلية في الفقه الإسلامى ، حيث رأى جمهور رجاله ، وعلى الاخص المالكية منهم ، والحنابلة ، أن مجلس العقد يظل قائماً ، وفقاً لما تعارف عليه الناس . بل أن المجلة نفسها ، برغم أنها تقنين للفقه الحنفى ، لم تتضمن ما يدل على أنها تسايره في الاطراف فسى تصويره مجلس العقد .

وإذا كان المشروع يعرض ، في المادة ٤٦ منه ، للمتعاقد في مجلس العقد ، فهو لا يحتم صدور الإيجاب والقبول فيه ، الا اذا كان المقصود هو أن يتم التعاقد في الحال . فان اقترن الإيجاب بيميناء حدد للقبول ، ظل قائماً طوال حسداً الميعاد ، بحيث يمكن للقبول أن يلحقه حينئذ ، فيقوم العقد . ولو تبين للموجب بعد انقضاء المجلس ، ثم أن المشروع لا ينظر الى مجلس العقد ، الا على النحو الذى ينظر اليه جمهور

وتعرض المادة ٤٤ لحالة خاصة يعنى عليها القبول ، في بعض الاحيان . وهذه هي حالة السكوت عن الرد على الإيجاب .

وينبغي التفريق بين السكوت وبين التعبير الضمنى عن الإرادة . فهما ، وان اتفقا معا في وجوب اعمال الاستنتاج المنطقى للوصول الى حقيقة القصد ، فاهما يختلفان في طبيعتهما . إذ أن التعبير الضمنى يقوم على وضع إيجابى يصدر من المتعاقد ، وان لم يدل على ارادته بطريق مباشر . أما السكوت ، فهو مجرد صمت عن الرد . فهو اذن وضع سلبى ، وان أمكن في بعض الاحيان أن يستدل منه على الإرادة . واذا كان التعبير الضمنى عن الإرادة يصلح للإيجاب والقبول ، فان السكوت لا يصلح للقبول ، بل هو لا يصلح للقبول ، الا اذا لابتت ظروف خاصة من شأنها أن تدعم دلالة عليه .

فقد تلبس السكوت بالنسبة الى القبول ظروف تجعل منه دلالة على الرضا . وليس يوجد في هذا الخصوص معيار أصح من ذلك الذى قال به فقهاء المسلمين من الاحناف ، وقتنته المجلة عنهم (المادة ٦٧) ، من أن السكوت في معرض الحاجة الى الكلام بيان . فكلما كان من شأن طبيعة المعاملة والظروف التي كتكتف ابرامها أن تقتضى من الموجب له أن يصرح برفض الإيجاب الموجه له ، اذا كان عنه رافياً ، فان سكوتة عن رفضه يمثّل دلالة واضحة على رضائه به . وقد آثر المشروع أن يأخذ بهذا المعيار الذى جاء به الفقه الإسلامى ، وأخذته عنه المجلة ، ثم القانون العراقى (المادة ٨١) ، ومن بعده قانون التجارة الكويتى الحالى (المادة ١٠٨) لانه أدق وأسلم من المعيار الذى جاء به القانون الألمانى ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٦) وسأيرهما فيه القانون المصرى (المادة ٩٨) . وهو معيار يقوم على عدم انتظار الموجب تصرحاً بالقبول يصدر من الموجب له . فالامر مرده الى الموجب له نفسه ، هل انه بسكوتة عن الرد قد قبل الإيجاب أم أنه لم يقبله . وليس مرده الى ما اذا كان الموجب ينتظر أولاً ينتظر تصرحاً بالقبول .

وتعرض المادة ٤٤ في فقرتها الثانية لتطبيقات ثلاثة ، لعلها من أبرز ما يقع في العمل . وهي مذكرة على سبيل التخصيص والتشثيل ، وليس على سبيل التحديد والحصر . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتواجد حالات أخرى يتلبس فيها السكوت مع ظروف تدعم دلالة على القبول .

وتعرض المادة ٤٥ لحالة موت الموجب له أو فقده الأهلية بعد صدور القبول منه ، وقبل أن يتصل بقوله هذا بعلم الموجب . وهي تقضى هنا بسقوط القبول . وعلة هذا الحكم ما سبق للمشروع أن قرره في المادة ٣٦ / ١ من أن التغيير عن الإرادة لا يحدث أثره الا بعد اتصاله بعلم من وجه اليه . فظالماً أن القابل مات أو فقد أهليته قبل أن ينقصد العقد ، فأولى بقبوله أن يسقط

يقضى به العرف .

وقد أثار المشروع أن يورد هذا الحكم ، نظرا لاهميته العملية التصوي . ثم أن فقهاء المسلمين اختلفوا حوله اختلفا كبيرا ، الامر الذي يتعين معه أن يتخذ له موقفا في شأنه .

فطائفة من فقهاء المسلمين ، يتزعمها الفقه الشافعي والفقه الحنبلي ، تقول بأن لأي من المتعاقدين أن يرجع في العقد ، برغم توافق الايجاب والقبول ، طالما بقي المتعاقدان مجتمعين ، لم يتفارقا بالبدن . وهذا ما يسمى عندهم (خيار المجلس) . ودعامة هذا الرأي الحديث الشريف (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا لا يبيع الخيار) . والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يتزعمها الفقه الحنفي والفقه المالكي . وهي تقول بأن العقد ، بعد انعقاده بتوافق الايجاب والقبول ، يصير لازما ، ويمتنع على أي من طرفيه الرجوع فيه ، برغم ارادة الآخر . فهي لا تقول بخيار المجلس ، وعدة هذا الرأي قوله ، عن شأنه ، « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، اعتبارا بأنه مما يتنافى مع الوفاء بالعقد أن يسمح لأي من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده . وأنصار هذا الرأي يعدون إلى تفسير الحديث الشريف (المتبايعان بالخيار) على نحو يجعله متسقا مع اطلاق الآية الكريمة كقول بعضهم بأن المقصود ، في الحديث الشريف ، من كلمة (المتبايعان) هو المساومان ، أي المتفاوضان في شأن البيع ، وكقول البعض الآخر ان المقصود بكلمة (يفترقا) هو الاتراق بالقول ، لا التفرق بالإبدان . وهو يتم بصدره القبول .

وقد أثار المشروع أن يأخذ بالرأي الأخير . لأنه يتشبه مع اطلاق الآية الكريمة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » واطمئنانا منه إلى تفسير فقهاء الحنفية والمالكية للحديث النبوي الشريف بما يجعله متسقا مع هذا الاطلاق . وتعرض المادة ٤٨ والمادة ٤٩ لصورة جد شائعة فسي المتعاقد لا سيما في المعاملات التجارية . وهي من بعد صورة يزداد شيوعها يوما بعد يوم ، على أثر تقدم العلم وتكنولوجيا العصر . وهذه هي صورة التعاقد بالمراسلة سواء أتم عن طريق إيصال رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذلك ، أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد أو عن طريق البرق أو ما يشبهه من وسائل الاتصال الأخرى ، وسمة هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين ، دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته ، الامر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن ، تطول أم تقصر ، بين تمييز كل من الطرفين عن ارادته ووصول تمييزه هذا إلى علم الآخر .

وقد جرت العادة ، في تقنينات الدول المختلفة ، عريية كانت أم أجنبية ، على أن يقتصر أمر التشريع ، فسي تنظيمه

فقهاء المسلمين ، من حيث أنه يعنى قبل كل شيء ، أنصراف المتعاقدين إلى التعاقد ، لا يشغلهما عنه شاغل .

وإذا صدر الايجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعادا للتبول ، ظل قائما إلى آخر المجلس . وهنا يشب لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه . فللموجب خيار الرجوع في ايجابه ، طالما لم يقترن به قبول . وللموجب له خيار القبول إلى آخر المجلس .

وقد اختلف فقهاء المسلمين في تحديد الوقت الذي يسوغ فيه للتبول أن يصدر . وتجد تحت ظله زعتين أساسيتين : فالشافعية يقولون بالفور ، بمعنى وجوب أن يأتي القبول فور صدور الايجاب ، والا اعتبر هذا الايجاب مرفوضا . ويقول بالفور أيضا من القوانين المعاصرة : القانون المصري (المادة ٩٤) ، والقانون السوري (المادة ٩٥) ، والقانون الليبي (المادة ٩٤) ، والقانون الألماني (المادة ١٤٧) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٤) ، ومدونة الالتزامات والعقود التونسية (المادة ٢٧) ، ومدونة الالتزامات والعقود المغربية (الفصل ١٨٥) .

وسمة نزعة ثالثة في الفقه الاسلامي ، وهى النزعة السائدة فيه ، ويقول بها على الاخص الحنفية والمالكية والحنبالية ، ومؤداه أن الفور غير لازم ، وان الايجاب طالما أن صاحبه لم يرجع فيه ، يبقى قائما يترتب القبول الى آخر مجلس العقد ، وان كان هذا المجلس لا ينتهي بالمفارقة الجسدية فصعب ، بل أيضا بكل ما يشغل المتعاقدين عن التعاقد وقد أخذت المجلة بهذه النزعة وقتنتها في المادة ١٨١ منها ، في صدد البيع .

وقد أثار المشروع أن يأخذ بالنزعة الأخيرة . لانها أكثر تمثيا مع قصد المتعاقدين . ثم انها ادعى الى التحديد والانضباط ، لقيامها على أساس بين واضح ، هو انعقاد مجلس العقد ، فيبقى الايجاب قائما إلى آخر المجلس . فاذا انقض المجلس بالمفارقة الجسدية ، أو بأي قول أو فعل يقوم مقامها ، لما يترتب عنه من الانشغال عن التعاقد ، اعتبر الايجاب مرفوضا . وهو الحكم الذي يأخذ به القانون الكويتي الحالي (المادة ١٠٩) .

وتعرض المادة ٤٧ للحالة التي يتم فيها اقتران الايجاب بالقبول . وهي وإن كانت واردة في مجال التعاقد في مجلس العقد إلا أن حكمها يسرى أيضا على جميع الصور الأخرى في التعاقد ، أيا ما كانت . وهي تقضى بلزوم العقد على عاقبه ، بمجرد أن يتم ارتباط الايجاب بالقبول . فلا يسوغ بعد ذلك لأي منهما أن يتحلل من حكمه ، برغم ارادة الآخر ، ما لم يشفع له في ذلك الاتفاق ، أو نص في القانون ، أو حكم

وتعرض المادة ٥٠ لصورة ثالثة من صور التعاقد ، وهي تلك التي يتم فيها التعاقد بطريق الهاتف أو أي طريق آخر مشابه . وسمة التعاقد بالهاتف ، أو ما يشبهه ، أنه يتم بين شخصين غائبين أحدهما عن الآخر مكانا ، ولكنها في حكم الحاضرين كلانا ، حيث أن كل منهما يسع عبارة الآخر فور إبدائها منه . من أجل ذلك يعطى المشروع التعاقد الذي يتم على هذه الصورة حكم التعاقد بين الغائبين ، أي التعاقد بالمراسلة ، بالنسبة الى مكان انعقاد العقد ، حيث يتحدد هذا المكان بذاك الذي يتكلم منه الموجب . ويعطيه حكم التعاقد بين الحاضرين ، أو التعاقد في مجلس العقد بالنسبة الى كيفية تمام العقد وزمان انعقاده . إذ أنه من الممكن اعتبار التعاقد بالهاتف في خصوص تمام ابرامه وزمانه ، فسي حكم التعاقد الحاصل في مجلس العقد .

وإذا كانت العادة قد جرت ، في تقنينات الدول المختلفة ، إلا تعرض ، في صدد التعاقد بالهاتف ، الا لمكان انعقاد العقد وزمانه ، كما هو الحال في قانون الكويتي (المادة ١١٣) فالمشروع قد آثر أن يعرض أيضا لكيفية تمام ابرام العقد لاهميتها القوية ، مقررا في شأنها حكما مماثلا لذلك الذي يسرى على التعاقد في مجلس العقد .

وتواجه المادة ٥١ حالة أخذت تسع في المعاملات المالية ، لاسيما التجارية منها ، وهي الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على الإحالة في صدد حكم عقدهما ، على عقد نموذج Contrat-Type أو على لائحة نموذجية Reglement-Type والعقد النموذج ليس في حقيقته عقدا . فهو لا يتضمن رضاه يقوم بين طرفين . ولكنه مجرد جماع لشروط توضع مسبقا ، لتتخذ نموذجا لحكم عقود فردية تبرم في تاريخ لاحق ، أعمالا لذات إرادة عقدها . وكان أولى أن يطلق عليه « صيغة نموذجية للعقد Formule-Type » أو نموذج العقد . ولكن الفكر القانوني العالمي سار من قديم على أن يطلق عليه اصطلاح « العقد النموذج » ، وقد آثر المشروع الا يتقطع هذا التقليد الثابت المستقر .

والعقد النموذج تضعه ، في العادة ، منظمات جباعية خاصة ، كالتنقيات وغيرها من الهيئات المهنية والرف التجارية واتحادات البنوك . وقد تمدد الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة لوضع نموذج للشروط التي تتعاقد عليها مع الافراد ، كما اذا وضعت نموذجا للشروط التي يتضمنها بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها . أو لمنح امتياز إدارة المرافق العامة . وقد يطلق على جماع الشروط التي تضعها الإدارة اصطلاح « اللائحة النموذجية » . ونظام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية ، وإن كان له جليل الفائدة ،

التعاقد بالمراسلة ، على مواجهة مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه . وهي مسألة ، على كبير أهميتها ، ليست الوحيدة الجديرة بأن يعرض لها التشريع بالتنظيم المباشر . فالي جانبها ، توجد مسألة أخرى لا تقل عنها أهمية ، بل تزيد . وهذه هي مسألة تحديد مدى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه بعد أن يعث به الى الموجب له . وهذه المسألة وإن كان يمكن الوصول الى بيان الحكم فيها عن طريق الاستنتاج من الفقرة الثانية من المادة ٤١ من المشروع ، الا أنه من المفيد أن يخصها التشريع بالذكر ، لاقامة معيار يحدد على أساسه فترة بقاء الايجاب ملزما ، عندما لا يحدد الموجب لايواجه ميعادا صريحا . وقد أقم المشروع لذلك معيارا مرنا قوامه الفترة المقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصول الايجاب للموجب له ، وابداء هذا رايه فيه ، ثم وصول قبوله للموجب ، اذا قدر له أن يكسبون .

وتعرض الفقرة الثانية من المادة ٤٨ للحالة التي يصدر فيها القبول في وقت مناسب ، بمعنى أن يجيء في وقت تسمح فيه الظروف ، بحسب المألوف ، بوضوه الى الموجب خلال الفترة المقولة التي يبقى فيها ايجابه قائما ، ولكنه مع ذلك يتأخر في وصوله ، لسبب أو لآخر ، الى ما بعد فوات تلك الفترة . وهي هنا ترخص للموجب أن يعتبر ايجابه مرفوضا . إذ أنه أولى بالقبول أن يتحمل تبعه ذلك التأخير دونه .

وتواجه المادة ٤٩ مسألة تصديد زمان ومكان انعقاد العقد ، عندما يتم ابرامه بالمراسلة . وهي مسألة تباين وجه الحكم فيها تباينا كبيرا ، في تقنينات الدول المختلفة . فمسن هذه التقنينات ما يعتد في ذلك بصدور القبول . ومنها ما يعتد بتصدير القبول ومنها ما يعتد بوصول القبول الى الموجب له . وقد تبني القانون المصري هذا الرأي الاخير (المادة ٩٧) ، وتبعته فيه أغلب القوانين العربية التي استوحته ، كالتفانوي الليبي (المادة ٩٧) ، والقانون العراقي (المادة ٨٧) . و أخذ بهذا الرأي كذلك قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٢) .

وقد آثر المشروع أن يأخذ ببدا العلم بالقبول ، لتشبيه مع المصلحة أكثر من غيره . فقضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيها القبول يعلم الموجب ، ما لم يتفق على غير ذلك ، أو يقضى القانون أو العرف بخلافه . والحكم الذي أخذ به المشروع لا يبدو أن يكون تطبيقا للمبدأ الذي سبق أن قرره في المادة ١/٣٦ .

وغنى عن البيان أن وصول القبول الى الموجب يقوم قرينه على علم هذا به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، اعلا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٦ .

المسائل الداخلة في رحابه ، أيا ما كانت ، الا أنه قد يحصل أن يتفق المتعاقدان بالفعل على بعض هذه المسائل ، ويرتضيان ارجاء اتفاقهما على بعضها الآخر ، الى وقت لاحق ، على أمل منهما في وصولهما الى هذا الاتفاق مستقبلا .

ويتجاذب حكم هذه الحالة حلان : فاما أن يتقرر أن العقد لا ينفذ الا اذا تم الاتفاق على المسائل المعلقة ، ان قدر له أن يقع . واما أن يتقرر انعقاد العقد فورا ، شريطة أن يكون الاتفاق قد ورد على كل المسائل الجوهرية فيه ، ولم يعلق الا الاتفاق على ما هو ثانوي منها .

وقد نهج القانون المصري النهج الاخير (المادة ٩٥) . وسارت على دربه أغلب القوانين العربية التي استوحته ، كالتقانون العراقي (المادة ٨٩) ، والتقانون السوري (المادة ٩٦) ، والتقانون الليبي (المادة ٩٥) . أما قانون التجارة الكويتي ، فقد التزم الصمت ، ولم يشأ أن يصرح في نصوصه بالسير في هذا الاتجاه أو في ذلك . وقد أصر المشروع أن يسائر الاتجاه الثاني . فقضى في الفقرة الاولى من المادة ٥٢ بالانعقاد الفوري للعقد ، اذا كان الاتفاق قد ورد بالفعل على المسائل الجوهرية فيه ، واقتصر الاجراء على ما يعتبر منها ثانويا . بيد أن هذا الحكم لا يبدو أن يكون مجرد تفسير للارادة المشتركة للمتعاقدين . ومن ثم فلا يعمل به الا عند ما لا يستتبعين من شروط العقد أو من الظروف التي اكتشفتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى غيره .

واذ يتقرر انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية فيه ، مع ارتضاء تعليق الاتفاق على ما هو ثانوي منها الى وقت تال ، كان لزاما أن تواجه الحالة التي لا يصل فيها الطرفان الى الاتفاق على المسائل المرجأة . وهذا ما يفعله المشروع في الفقرة الثانية من المادة ، مقررًا بقاء العقد ، وتخويل القاضى سلطة حسم الخلاف ، على هدى من طبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة . وهذا هو الحل الواجب اتباعه ، رغم ما فيه من اعطاء القاضى ما يتجاوز المؤلف من سلطته .

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٥٢ بفقرتيها من المادة ٢ من مدونة الالتزامات السويسرية ، ومن المادة ٩٥ من القانون المدني المصري ونصوص قوانين الدول العربية الاخرى التي أخذت عنه ، وان كان قد لجأ الى صياغة أسلم وأدق .

التيابفة في التعاقف :

تتسم التيابفة في التعاقف بأهمية عظيمة ، ولذلك أولاهها المشروع فائق عنايته ، وععد الى تنظيمها في اطار نظرية عامة ، تتضمن الاسس التي تقوم عليها ، وتؤدى على هديها وظيفتها . وهو في ذلك ينتج الى سد نقص ظاهر في القانون الكويتي

من حيث أنه يتضمن نموذجًا لتنظيم تفصيلي ودقيق لما يبرمه الافراد من عقود ، وهو تنظيم كثيرًا ما تعدد عنه النصوص القانونية ، الا أنه لا يخلو من بعض مظاهر الخطورة . ففيه تقييد واضح لسلطان الارادة ، بل أنه أصبح اليوم - في كثير من الحالات - يتخذ وسيلة فعالة لاعمال فكرة العقد الموجه .

بيد أن أخطر ما في نظام العقد النموذج يكمن في أن المتعاقد قد يرضى الاحالة على حكمه ، دون أن يكون فسى الحقيقة قد اطلع عليه والم به . وقد جاء المشروع مستهدفا تقادى هذا الخطر . فهو ، ان كان يقضى بسرمان أحكام العقد النموذج عند الاتفاق على الاحالة عليه ، على العقد المبرم ، ويفترض بذلك علم كل من المتعاقدين عندئذ بهذه الاحكام ، الا أنه أجاز لكل منهما أن يثبت عدم علمه بها كلها أو بعضها . فان أفلح في اقامة الدليل ، فانه لا يسرى عليه ما لم يعلم به من أحكام العقد النموذج .

على أن المشروع قد حرص هنا على الا يقر بطلاز العقد ، الا اذا كانت الاحكام التي لم يحصل العلم بها أساسية . فان كانت ثانوية ، فما يطل العقد ، وتولى القاضى حسم الخلاف في شأنها ، على هدى من طبيعة المعاملة والعرف الجارى ومقتضيات العدالة .

وقد سوى المشروع مع العلم بأحكام العقد النموذج أو اللامحة النموذجية الحالة التي يكون في مقدور المتعاقد فيها ، عند ابرام العقد ، أن يعلم بها ، لكون الفرصة متاحة له في ذلك وهو حكم يقتضيه استقرار المعاملات . ثم انه ليس للمتعاقد هنا أن يلوم نفسه .

وقد استوحى المشروع الفقرة الاولى من المادة ٥١ من نص المادة ٩ من المشروع المقدم من الاستاذ Mazeaud للجنة تقييح القانون المدني الفرنسي ، مع تعديل في الصياغة . ولم يشأ أن يقف عند نص المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري ، الذى جاء يطلق أثر الاتفاق على الاحالة على العقد النموذج بغير قيود .

وجاء حكم الفقرة الثانية متشبيها مع فكرة اقتصاص بطلان العقد على حالة عدم اتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية فيه ، طالما يثبت أن خلفهما لم يرد عندئذ على ما بقى مسن مسائله الثانوية . وهو الحكم الذى أرسط أصله المادة ٥٢ من المشروع .

وتواجه المادة ٥٢ الحالة التي يحصل فيها الاتفاق الفورى على بعض مسائل العقد ، دون بعضها الآخر . فان لزم ، لتقيام العقد ، عدم حصول خلاف بين المتعاقدين على أية مسألة من

الحالي ، حيث لا يتضمن نظرية عامة للنيابة . فقد قنع القانون الكويتي الحالي بوضع أحكام في شأن بعض صور النيابة القانونية ، وعلى الاخص النيابة عن فائدي الاهلية وناقضها ، وبوضع أحكام للنيابة الناشئة عن الوكالة . وقد جاء ذلك منه في مواضع مختلفة ، وتفرق بين المجلة وقانون التجارة ، وغيرها من التشريعات الكويتية الاخرى ، لا سيما المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن التسجيل العقاري ، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شئون القصر .

وتحرم المادة ٥٣ الأضرار العام الذي يعمل فيه نظام النيابة في التعاقد ، وترسى في هذا الصدد قاعدة أساسية عامة يقول بها الفقه الإسلامي والقانون المعاصر على حد سواء . ومؤدى هذه القاعدة أن كل ما يجوز فيه التعاقد بالأصالة يجوز فيه التعاقد بالنيابة ، ما لم يفسخ القانون في حالة معينة ولحكمة خاصة يتوخاها وجوب أن يجري التصرف من الشخص بذات نفسه .

وتعرض المادة ٥٥ للشكل الذي يأتي فيه سند النيابة أو مصدرها ، عندما يراد بها أن يجري النائب تصرفا يتطلب له القانون شكلا خاصا لانقاده . وهي ترسي القاعدة العامة في هذا الخصوص ، ومؤدها أن الشكل المتطلب لقيام التصرف الذي يجريه النائب غير لازم لقيام مصدر النيابة ذاتها ، وإن أوردت عليها الاستثناء في الحالة التي ينص فيها القانون على حكم مخالف ، كما هو الشأن في الوكالة ، حيث يتطلب القانون أن يجيء عقد الوكالة في نفس الشكل المرسوم لانقاده العقيد المناط بالوكيل إبرامه نيابة عن موكله . وتظهر فائدة هذا النص في حالات النيابة التي تثبت بمقتضى تصرف قانوني ، في غير حالات الوكالة ، وعلى الاخص بالنسبة الى حالات النيابة عن الاشخاص المعنوية كالشركات والجمعيات .

وحكم المادة ٥٥ مستوحى من نص المادة ١٦٧ فقرة ثانية من القانون المدني الألماني . وتعمد المادة ٥٦ الى تحديد من يعتد بشخصه ، عند النظر في عيوب الرضاء ، أو فيما يتطلبه القانون ، في بعض الاحوال ، من وجوب العلم أو الجهل بظروف معينة ، أو شخص النائب أو شخص الاصيل . وترسى الفقرة الاولى المبدأ العام ، وهو وجوب الاعتداد هنا بشخص النائب ، لا بشخص الاصيل .

وتعرض المادة ٥٤ في فقرتها الثانية ، تعرض لحالة خاصة . لا تعدم أن تجد لها تطبيقات في واقع حياة الناس ، لا سيما في مجال التجارة . وهذه هي الحالة التي يعلن فيها الاصيل للجمهور عن طريق الصحف أو غيرها من سبل الاعلام ، عن سلطات نائبه ، أو يخطر بها شخصا معينا أو أكثر ، وذلك بما يتجاوز ما يقضى به سند نيابته . وفي مثل هذه الحالة ، يخول المشروع لكل من شمله الاعلان أو الاخطار أن يتمسك في مواجهة الاصيل بما تضمنه من سلطات حتى لو تجاوزت ما جاء في أصل النيابة ، وحتى لو كان النائب نفسه يجهل هذا التجاوز . وعلة هذا الحكم واضحة . فلن يتعاقد مع النائب أن يركن الى ما أعلنه أو أخطره به الاصيل .

وغنى عن البيان أن حكم الفقرة الثانية لا يسرى الا في

وتعرض المادة ٥٤ لتحديد سلطة النائب . وتجيء في فقرتها الاولى ، ترسي الاصل العام ، ومؤدها أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته ، بمعنى المصدر المنشيء لها . فاذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن في الولاية على عديمي الاهلية وناقضها تحددت سلطة النائب بما تنقضى به أحكامه ، وإن كان يجوز للقانون أن يعهد للقاضي في حالات خاصة بتحديد سلطة النائب ، كما هو الشأن في الحراسة القضائية . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الحال في الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاها .

وتعرض المادة ٥٤ لتحديد سلطة النائب . وتجيء في فقرتها الاولى ، ترسي الاصل العام ، ومؤدها أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته ، بمعنى المصدر المنشيء لها . فاذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن في الولاية على عديمي الاهلية وناقضها تحددت سلطة النائب بما تنقضى به أحكامه ، وإن كان يجوز للقانون أن يعهد للقاضي في حالات خاصة بتحديد سلطة النائب ، كما هو الشأن في الحراسة القضائية . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الحال في الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاها .

وتعرض المادة ٥٤ لتحديد سلطة النائب . وتجيء في فقرتها الاولى ، ترسي الاصل العام ، ومؤدها أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته ، بمعنى المصدر المنشيء لها . فاذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن في الولاية على عديمي الاهلية وناقضها تحددت سلطة النائب بما تنقضى به أحكامه ، وإن كان يجوز للقانون أن يعهد للقاضي في حالات خاصة بتحديد سلطة النائب ، كما هو الحال في الحراسة القضائية . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الحال في الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاها .

وتعرض المادة ٥٤ لتحديد سلطة النائب . وتجيء في فقرتها الاولى ، ترسي الاصل العام ، ومؤدها أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته ، بمعنى المصدر المنشيء لها . فاذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن في الولاية على عديمي الاهلية وناقضها تحددت سلطة النائب بما تنقضى به أحكامه ، وإن كان يجوز للقانون أن يعهد للقاضي في حالات خاصة بتحديد سلطة النائب ، كما هو الحال في الحراسة القضائية . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الحال في الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاها .

وغنى عن البيان أن حكم الفقرة الثانية لا يسرى الا في

وهذا المبدأ يتشعب تماما مع الفكرة التي باتت تسود الفكر القانوني المعاصر ، من أن ارادة النائب تحل محل ارادة الاصيل في ابرام التصرف ، بمعنى أن النائب عندما يبرم التصرف ، يعبر عن ارادته هو ، وليس عن ارادة الاصيل . وهذا واضح تماما في أغلب تطبيقات النيابة القانونية ، ولكن الحكم يسرى ايضا في كافة مظاهر النيابة الاخرى ، حتى الاتفاقية منها .

وما دام النائب يعبر عن ارادته هو ، وجب أن يكون متمتعا بالارادة . فإن كان عديم الارادة فإن تعاقدته ، باعتباره قائما عن غيره ، يقع باطلا ، كما يبطل تعاقدته أصيلا عن نفسه . وهذا

إليه النيابة بمقتضى تصرف قانوني . والتعديل الثاني الذى أورده المشروع أنه ذكر وجوب الاعتداد بخصص الاصيل بالنسبة الى عيوب الرضاء ، عندما لا يفعل النائب الاتفئذ تعليماته ، ولم يقتصر فى ذلك على علم الاصيل ببعض الظروف أو افتراض علمه بها . وفى ذلك تفديد تفرضه الملامة ، ويتفادى به عيبا اتسمت به صياغة النص الالمانى ، ومن بعده النص المصرى وما تبعته من نصوص عربية أخرى .

وتعرض المادة ٥٧ للامر المترتب على النيابة فى التعاقد . وهى تقضى بأنه اذا تم التعاقد بطريق النيابة ، فإن كل ما يترتب على العقد الذى يبرمه النائب باسم الاصيل من آثار تصرف الى الاصيل ، لا الى النائب . وهى تصرف الى الاول مباشرة ، أى دون مرور بذمة الثاني . وهذا هو لب نظام النيابة .

ونص المادة ٥٧ مستوحى من نص المادة ١٠٥ من القانون المبنى المصرى ، بعد أن أجرى المشروع بعض التعديل فى صياغته ، توحيا للدقة والاضبط . فذكر أن آثار العقد تصرف الى الاصيل ، بدلا من القول بانصرف الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد . اذ قد يقصد بالعقد الذى يبرمه النائب أمر آخر غير انشاء الحق أو الالتزام ، كما اذا أريد به تعديل حق أو التزام قائم أو نقله أو انقضاؤه . وحرص المشروع أيضا أن يذكر أن آثار العقد تصرف الى الاصيل مباشرة ، ولم ينسأ أن يقول أن هذه الآثار تضاف الى الاصيل ، لما فى عبارته من انضباط اكبر ، يشتمل فيما يقتضيه نظام النيابة من انصراف آثار العقد الى ذمة الاصيل ، دون مرور بذمة النائب .

وتعرض المادة ٥٨ والمادة ٥٩ للحالة التى لا يظهر فيها النائب صفته ، عند إبرام العقد ، الذى يريد له أن يكون باسم الاصيل ولحسابه . وهى حالة لا تعدم الشيوع فى واقع حياة الناس . والاصل أن يتم اعلام المتعاقد مع النائب بأمر النيابة من النائب نفسه ، حيث يعلن له صفته . ولكن يستوى مع قيام النائب باعلان صفته لمن يتعاقد معه أن يعلم هذا الاخير بحصول التعاقد باسم الاصيل ولحسابه من طريق آخر ، أو أن يكون مفروضا فيه حتما ، وفق ظروف الحال ، أن يعلم بذلك ، أو كان يستوى عنده أن يكون التعاقد حاصل بينه وبين النائب شخصيا أو بينه وبين الاصيل ، بأن كانت شخصية المتعاقد معه ليست ذات اعتبار أصلا ، كما اذا كان قد قام ببيع مال واستوفى ثمنه بتمامه . فى كل هذه الحالات الثلاث ، لا يكون لمن تعاقد معه النائب مصلحة سائفة ومقولة فى تجاهل الاصيل ، بدوى أن النائب لم يعلن له حصول التعاقد لحسابه . ومن ثم كان مجبرا على اعتبار التعاقد حاصل مع الاصيل . أما اذا لم يعلن النائب ، عند التعاقد صفته ، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر ، ولم يكن مفروضا فيه حتما أن يعلم بها ، وكانت له مصلحة سائفة فى

الحكم يتفق تماما مع ما قضت به الحجة من عدم صحة توكيل المسمى غير المميز والمجهون (المادة ١٤٥٧) ، ومن انه يشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا (المادة ١٤٥٨) .

ولا يكفى أن تتوافر الإرادة فى النائب ، بل يلزم ، لصحة التعاقد ، أن تعبر إرادته سائفة خالية من العيوب ، فإن شاب رضاه عيب ، كغلب أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، تأثر به العقد الذى يبرمه باسم الاصيل ، فى نفس الحدود التى يتأثر بها من تعيب رضاه ، حالة كونه يبرم التفرغ لحساب نفسه ، وذلك حتى لو كانت ارادة الاصيل لم تعيب . وكما يعتد بشخص النائب فى تفديد عيوب الرضاء ، يعتد به أيضا ، دون شخص الاصيل ، فى صدق ما يتطلبه القانون من وجوب العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة ، أو افتراض هذا العلم أو الجهل .

وقد حرص المشروع ، فى الفقرة الثانية من المادة ٥٦ ، أن يعرض للحالة التى تكون النيابة فيها اتفاقية ، ويتصرف النائب وفق تعليمات محددة تتفقها من الاصيل ، ليقضى بأنه لا يجوز فيها للاصيل أن يتسكك بجهل نائبه أمرا كان يعلمه هو ، أو كان مفروضا فيه أن يعلمه ، وبأنه يعتد عندئذ بما يشوب رضاه الاصيل من عيوب الرضاء . وليس فى هذا الحكم خروج على القاعدة العامة التى تضمنتها الفقرة الاولى ، اذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره ، لا يعتبر نائباً عنه ، الا فى حدود ما يجبره فيه التعاقد تغييرا عن ذات ارادته ، فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الاصيل غلبت عليه ، فى حدود تنفيذ تلك التعليمات صفة الرسول ، لا النائب .

وحكم المادة ٥٦ ، فى مجموعها ، مستوحى من نص المادة ١٦٦ من القانون الالمانى ، الذى سبق أن استوحاه أيضا القانون المصرى فى المادة ١٠٤ ، ثم وجد النص المصرى مكانه فى الرجب فى المدونات العربية الاخرى التى نقلت عنه ، كالقانون السورى (المادة ١٠٥) ، والقانون الليبى (المادة ١٠٤) . والقانون الاردنى (المادة ١١١) .

ولم يلزم المشروع ، فى الفقرة الثانية من المادة ٥٦ ، الصياغة التى جاء بها القانون المصرى ، وانتقلت منه الى قوانين البلاد العربية الاخرى . فقد أجرى تعديلا فيها من ناحيتين . فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، بدلا من القول بأن حكمها يخص الوكيل . لأن النيابة الاتفاقية فى الحقيقة أعم من الوكالة وفق ما يذهب اليه الفكر القانونى المعاصر ، الذى أخذ يعرف عن الفكرة التقليدية ، التى ترى فى النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . وفى هذا الخصوص ، يتجه المشروع الى المصدر الاصلى للنص ، المتمثل فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون الالمانى ، حيث خصت حكمها من تمهد

المصلحة . فمن شأنه أن يوفر للمعاملات ما ينبغي لها من أسباب الثقة والأمان والاستقرار .

وقد حرص المشروع - على خلاف الكثير من القوانين الاجنبية - على أن يصرح بقصر اعمال أثر النياية بعد انتهائها ، لمصلحة حسنى النية من الأشخاص ، على النياية الانفاقية وحدها ، دون النياية القانونية . ذلك لان النياية القانونية يفرضها القانون ، من غير أن يترك للاصيل حرية اختيار نائبه ، ومن ثم فمن المصلحة الا تبقى قاسمة ، بعد أن يقرر القانون نفسه انتهائها . وفضلا عن ذلك ، فالقانون حينما يفرض النياية القانونية ، يفرضها لمصلحة اساسية تتمثل في رعاية من هم في حاجة الى الحماية من الأشخاص ، فكان حريا بها أن تنتهي آثارها ، بعد أن يقول هو بوصولها الى أجلها . ثم ان الاصيل في النياية التعاقدية ، دون النياية القانونية ، هو الذى ينشئ منذ البداية سند النياية . فهو بالتالي يسهم في اقامة المظهر الذى يقع ، قريبا بعد ، الانخداع به .

وتعرض المادة ٦١ للحالة التي يبرم فيها شخص باسم آخر عقدا ، من غير أن تثبت له في الحقيقة صفة النياية عنه ، اما لانتفاء هذه النياية أصلا ، أو لكون العقد قد أبرم منه خارج حدود نيابته .

وتواجه المادة ٦١ في فقرتها الاولى - هذه الحالة بالنسبة الى الاصيل ، لتقرر عدم انصراف آثار العقد اليه ، الا اذا حصل اقرار منه على نحو ما يقضى به القانون ، وهذا حكم تمليه القواعد العامة . والاقرار هنا يتشبه في مصدره مع مصدر النياية ذاتها ، فان نشأت النياية من الاتفاق ، كان للاصيل أن يجرى الاقرار . وقد تمثل هذا الحكم ، في شأن الوكالة ، في القاعدة التي يقول بها الفقه الاسلامي والقانون المعاصر على حد سواء وقتنتها المجلة بدورها في المادة ١٤٥٣ منها ، وهي أن الاقرار اللاحق او الاجازة اللاحقة ، كالوكالة السابقة . أما اذا كانت النياية قانونية ، وجب أن يحصل الاقرار ممن يمنحه القانون السلطة في اجرائه .

وتأتي الفقرة الثانية من المادة ٦١ لتواجه حالة انتفاء النياية أو تجاوزها ، من غير أن يحصل اقرار للتصرف بالنسبة الى المتعاقد مع النائب . وهي تقرر لهذا المتعاقد الحق في مطالبة النائب بالتعويض عن الضرر الناجم له بسبب عدم فإذ التصرف في مواجهة الاصيل ، وبالتالي بسبب تفويت الصفقة عليه . ويلزم لاستحقاق التعويض أن يكون النائب مقصرا ، وهو يعتبر كذلك ، ما لم يثبت أنه لم يعلم في الحقيقة بانتفاء نيابته او بانتهاها او بتجاوزها ، وانه لم يكن في مقدوره ان يعلم بذلك لو أنه بذل من الجهد ما يبذله الشخص العادى ، كما انه يلزم ايضا لاستحقاق التعويض ، أن يكون المتعاقد مع النائب حسن

عدم اعتبار التعاقد حاصلًا مع الاصيل ، فانه لا يجبر على اعتبار أن التعاقد قد حصل من النائب بوصفه نائبًا .

هذا هو الحكم الذى تقرره المادة ٥٨ . وحكمة تقريره بيته الموضوع . وهو مستوحى من نص المادة ١٠٦ مدنى مصرى بعد اجراء تعديل في الصياغة اقتضته الملامة التشريعية . وهو مطابق لحكم المادة ٣٢ فقرة ثانية من مدونة الالتزامات السويسرية ولحكم المادة ٥٥٢ من قانون التجارة الكويتى ، وان اقتصر على الوكالة ، دون غيرها من أحوال النياية .

وتعرض المادة ٥٩ للحالة التي لا يظهر فيها النائب ، وقت ابرام العقد لمن يتعاقد معه أنه يتعامل بوصفه نائبًا ، حالة كون هذا الأخير غير مجبر على الاعتداد بصفته تلك اعمالا للمادة ٥٨ ، ولم يرتض أن يكون التعامل بينه وبين الاصيل . وهي تقرر هنا الحق للمتعاقد مع النائب في أن يعتبر التعاقد قد وقع بينه وبين النائب بصفته الشخصية ، دون أن يكون ملزما باعتبار أنه قد قام بينه وبين الاصيل .

وهذا حكم تمليه المصلحة . فما دام أن النائب لم يظهر صفته ، ولم يعلم بها من تعاقد معه ، ولم يكن مفروضا فيه أن يعلم بها ، وكان يفرضه ان يقوم التعاقد بينه وبين الاصيل ، وجب التشبي مع حقيقة قصد هو ، وهو حصول التعاقد بينه وبين النائب بشخصه .

وليس للنائب هنا أن يجاح بأنه قد قصد أن يكون التعاقد باسم الاصيل ولحسابه ، وأنه بذلك لم يرتض أن يتم التعاقد معه شخصيا ، فالقانون لا يدخل في اعتباره مجرد النية ، اذا ظلت حيصة النفس . ثم ان ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لما سبق للشروع أن قرره في المادة ٣٨ من أنه يجوز لمن وجه اليه التعبير عن الارادة أن يعتد به ، برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه ، اذا أثبت أنه عول عليه ، متقدما لمطابقتها لحقيقة الارادة ، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة .

ونص المادة ٥٩ مستوحى من نص المادة ١٦٤ فقرة ثانية من القانون الالمانى .

وتعرض المادة ٦٠ للحالة التي يلجأ فيها النائب ، بعد انتهاء نيابته ، الى التعاقد باسم الاصيل ولحسابه . ومقتضى القواعد العامة عدم اعمال أثر النياية في هذه الحالة . فلا تصرف آثار المقدم الى الاصيل . ولكن المادة ٦٠ تورد على هذا الاصل العام استثناء هاما ، مؤده الترخيص لمن تعاقد مع النائب ، في اعتبار التعاقد قد حصل على أساس النياية ، شريطة أن يكون هو والنائب عند التعاقد لا يعلمان بانتفاء النياية ، ولم يكن في مقدورها أن يعلما به ، لو أنها بذلا من الحرص ما تفرضه ظروف الحال على الشخص العادى . وهذا الحكم تمليه

متشلا في أنها شخصية لا تنتقل من صاحبها الى غيره ، ما لم يوجد اذن خاص .

وحكم المادة ٦٣ مستوحى من المادة ٥٥ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الذي تضمنته اعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٧/١٩٤٦ .

وتعرض المادة ٦٤ للحالة التي تنتهي فيها النيابة ، ويكون قد سبق للنائب ان تسلم ما يدل عليها ، كسند توكيل أو اقرار أو حكم تعيين . وهي تلزم النائب بالمبادرة برد ما قام شهيدا على نيابته فور انتهائها ، فان كان سند نيابته قضائيا التزم بأن يودعه قلم كتاب المحكمة ، أو جهة حكومية اخرى مناسبة .

ويستهدف المشروع بهذا الحكم حماية الغير ، الذين قد يتخذ سند النيابة ، بعد انتهائها اداة لخديعتهم ، كما أنه يستهدف أيضا في النيابة الاتفاقية حماية الاصيل بمنع التعاقد مع النائب من التمسك في مواجهته بأعمال النيابة استنادا الى حسن نيتهم .

والمادة ٦٤ مستوحاة من المادة ١٧٥ من القانون الألماني ومن المادة ٥٨ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي الوارد في مجموعة اعمال لجنة التنقيح لسنة ١٩٤٧/١٩٤٦ .

شكل العقد :

تعرض المادة ٦٥ ، في فقرتها الاولى ، للاصل الاساسي العام ، في صدد الشكل الذي يمكن للعد ان يرد فيه ، بالنسبة الى ذات قيامه ، مجزأة له ان يأتي في أي شكل يريده له عاقده ، دون اخلال بما قد يتطلبه القانون من تشكيلات معينة ، لغرض آخر غير انعقاد العقد ، كإثباته أو شهره . وهذا حكم أساسي ، يستل في قاعدة رضائية العقود .

واذ تقرر المادة ٦٥ ، في فقرتها الاولى ، قاعدة الرضائية في العقود ، فهي تورد عليها استثناء تمليه طبيعة الامور ، يتمثل في الحالة التي يفرض فيها القانون نفسه ، في خصوص عقد معين ، شكلا خاصا يحدده لقيامه .

وتجيء المادة ٦٥ ، في فقرتها الثانية ، لتناول حكم عدم مراعاة الشكل الذي يفرضه القانون لقيام العقد ، استثناء من قاعدة رضائية العقود ، مفرقة أنه يتمثل في بطلان العقد والبطلان لا يقع هنا الا اذا كان الشكل الذي يفرضه القانون متطلبا لذات قيام العقد ، فان كان متطلبا لغرض آخر ، كإثبات العقد أو شهره ، عمل الحكم الذي يربته القانون على اهماله .

وحكم المادة ٦٥ بفقرتها مجرد تقنين لما هو مستقر ثابت في الفكر القانوني المعاصر وفي الفقه الاسلامي على حد سواء . وهو متفق مع حكم المادة ١/١١ من مدونة الالتزامات السويسرية ، والمادة ١٢٥ من القانون المدني الألماني .

النية ، بأن كان يجعل انقضاء النيابة أو انتهاءها أو تجاوز حدودها ، وانه لم يكن في استطاعته ان يعلم بذلك ، لو انه بذل من الجهد ما تمليه ظروف الحال على الشخص العادي .

وهذه الفقرة مستوحاة ، من المادة ٥٥٤ من قانون التجارة الكويتي مع اجراء تعديل فيها ، يتمثل في استلزام حصول التفسير من اتخذ صفة النيابة ، لامكان مطالبة بالتعويض .

وتعرض المادة ٦٣ لحالة تعاقد النائب مع نفسه ، بأن يرم النائب العقد وحده ، وان تعددت صفته . ويتصور هذا الوضع في احدى حالتين : فاما أن يرم شخص العقد ، بوصفه نائبا عن غيره واصيلا عن نفسه . واما أن يرم شخص العقد بوصفه نائبا عن كل من طرفيه .

واذا كان من شأن اعمال فكرة النيابة في ذاتها أن يجيز التعاقد مع النفس ، الا أن ملايسات هذا النوع من التعاقد تدعو الى الازتياب فيه ، في الكثير الاغلب من حالاته . ومن أجل ذلك تنظر التقيينات في الدول المختلفة الى هذا التعاقد بعين الحذر . وهي تتغايير مع ذلك في الوسيلة ، فمنها ما يجيزه ككفاعة ولكنه يحرمه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . ومنها ما يمنعه كفاعة ، وان اجازته في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . وأغلب التقيينات تسمير في الاتجاه الاخير ، كالقانون الألماني (المادة ١٨١) ، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٣٧) ومشروع تنقيح القانون الفرنسي (المادة ٥٨) ، والقانون المصري (المادة ١٠٨) والقوانين العربية الاخرى التي استوحته ، مثل القانون السوري (المادة ١٠٩) والقانون الليبي (المادة ١٠٨) ، والقانون الاردني (المادة ١١٥) .

وقد أثر المشروع هذا الاتجاه الاخير بحظر تماقد النائب مع نفسه باسم من يتوب عنه في صورته . على أنه لا يقرر هذا الحكم الاعلى سبيل انه يمثل أصلا عاما ، يمكن له أن يخالف ، ويلزم لامكان مخالفته أن يأذن به مصدر النيابة على نحو قاطع للدلالة ، سواء آكان هو القانون أو الاتفاق . والمشروع في ذلك ، فضلا عن أنه يتمشى مع أغلب التقيينات الاجنبية والعربية ، يتفق في حكمه مع ما يسير الفقه الاسلامي عليه ، وقتنته للمحلة في المادة ١٤٨٨ في شأن الوكالة بالشراء ، وفي المادة ١٤٩٦ في شأن الوكالة بالبيع ، كما تقتن أيضا في المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ ، الخاص بالتسجيل العقاري . واذا تعاقد النائب مع نفسه ، من غير أن يؤذن فيه ، كان متجاوزا لحدود النيابة . ومن ثم فلا ينفذ تصرفه في حق الاصيل ، ما لم يحصل اقراره وفقا للقانون .

وتحظر المادة ٦٣ على النائب أن يحل محله شخصا آخر غيره ، يقيم نائبا مكانه ، ما لم يسمح له بذلك مصدر نيابته من قانون أو اتفاق . وهذا حكم يتمشى مع أساس من أسس النيابة ،

وأما الاتجاه الثاني، فيعتمد على تفسير الشك على أن الشكل منطبق لذات قيام العقد. ولكل اتجاه ما يسوغه فالاول يتماشى اثر مع مقتضيات المنطق القانوني لفكرة رضائية العقود، اعتبارا بأنه ما دام الاصل في العقد انه رضائي، فالشكل لا ينفذ ركنا لازما لقيامه، الا اذا كان القصد فيه قاطع الدلالة. أما الاتجاه الثاني، فيبرره ان تطلب الشكل بخلاف الاصل، سواء اكان ذلك من المشرع أم من ارادة المتعاقدين، يستهدف بالضرورة تحقيق مصلحة اساسية او في الافل هامة، ومن ثم كان حريا ان يفسر الشك على النحو الذي يوفر قدرا اكبر من الحماية، وهو عدم قيام العقد برتمه. وقد اثر المشروع ان يساير الرأي الاول.

وتعرض المادة ٦٨ لفكرة العقود العينية التي لا تقوم الا اذا اقترن الرضاء بها بتسليم المقود عليه، وهي ترسي أصلا عاما مؤداه ان تسليم المقود عليه، اذا كان من شأن العقد ان يقتضيه، لا يعتبر متطلبا لذات قيام العقد الا اذا قضى القانون او الاتفاق او العرف بغير ذلك.

واذا كان الحكم الذي تقرره المادة ٦٨ يمكن له ان يستخلص من حكم المادة ٦٧، اعتبارا بأن تسليم الشيء قد يعتبر نوعا من الشكل، الا ان المشروع اثر مع ذلك ان يفرد له نصا خاصا، فدعا لكل مظنة وحتى يجهز على فكرة العينة في العقود، الا لضرورة او مصلحة، ترك زمام الامر فيساق القانون او لارادة المتعاقدين، على حسب الاحوال.

وقد استوحى المشروع المادة ٦٨ من نص المادة ٤٠ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي المقدم للجنة التنقيح (أعمال لجنة التنقيح لسنة ١٩٤٧/١٩٤٦)، ولكنه حرص على ان يبتعد كل البعد عن اطلاق حكم النص الفرنسي المقترح، والذي جاء بقول ان تسليم الشيء لا يعتبر ابدا شرطا لازما لصحة العقد، ولو اشترط غير ذلك. وواضح ان النص الفرنسي أراد ان ينقل بفكرة العقود العينية من النقيض الى النقيض، فقيده من ارادة المتعاقدين من غير مبرر، وهو الامر الذي راعته بالفعل لجنة التنقيح، عند مناقشة النص المقترح، فقيده من اطلاقه، لتترك الباب مفتوحا، لبعض الاستثناءات.

وتعرض المادة ٦٩ للاتفاقات التي ترتبط بعقد يلزم فيه الشكل لذات قيامه، سواء اكانت سابقة عليه، كما هو الشأن في الوعد به. أم لاحقة له، كما هو الشأن في الاضافات على تعديل احكامه أو آثاره، وذلك من حيث الشكل الذي ينبغي ان يراعى في ابرامها بدورها. وهي تقرر وجوب ان يراعى فيها الشكل المتطلب لقيام العقد ذاته. فان لم يراع في ابرامها، وقعت باطلا.

وتعرض المادة ٦٦ للحالة التي لا يفرض فيها القانون شكلا معينا لقيام العقد، ولكن المتعاقدين يتفقان على أن عقدهما لا يقوم، الا اذا جاء في شكل معلوم يحددانه، كما اذا اتفق المتبايعان على عدم قيام بيعهما الا اذا جاء في الشكل الرسي، أو في محرر مكتوب. وتقتضي المادة ٦٦ بصحة هذا الاتفاق، مفررة وجوب مراعاته من كل طرفيه، مانعة ايا منهما دون رضاه الاخر ان يتسكك بقيام العقد، ما لم يأت في الشكل المتفق عليه.

والحكم الذي ترسيه المادة ٦٦ يتماشى مع ما هو ثابت في الفكر القانوني المعاصر، فان كانت شكلية العقد، حينما يفرضها القانون، تتصل بالنظام العام، اعتبارا بان القانون حينما يستلزمها، يستهدف بها تحقيق مصلحة عامة، فقاعدة رضائية العقود لا تتصل بالنظام العام، ومن ثم لا يوجد ثمة ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على مخالفتها، في شأن العقد الذي يزمعان ابرامه، بان يرتضيا عدم قيامه الا اذا جاء في الشكل الذي يحددانه.

على أنه يلاحظ هنا ان الشكلية التي تجيء نتيجة اتفاق المتعاقدين لا ترتقي الى الشكلية التي يفرضها القانون. ففي حين ان مقتضى الشكلية الاخيرة ان يقع العقد باطلا عند عدم مراعاتها، حتى لو اتفق المتعاقدان على مخالفتها، فان الشكلية التي يتطلبها الاتفاق لا تمنع المتعاقدين من ابرام العقد بمخالفته، شريطة أن يجيء ذلك نتيجة رضاه قاطع منهما بالتخلي عنها.

وتعرض المادة ٦٧ للحالة التي يتطلب فيها القانون او الاتفاق مراعاة شكل معين في شأن العقد، دون ان يستتبع على نحو قاطع الدلالة، ما اذا كان هذا الشكل متطلبا لذات قيام العقد، فيبطل ان لم يراع، او انه متطلب لامر آخر من الامور المتعلقة به، والتي لا ترتقي الى مرتبة قيامه، كاثباته او احداث اثر من آثاره.

ومن الممكن هنا ان يقال ان الامر لا يعدو ان يكون مسألة تفسير لنص في القانون او لشرط في العقد، ومن ثم كان أولى به ان يترك للقضاء، ولب في شأنه الناحية التي تستتبع له متفقة أكثر مع قصد الشارع أو ارادة المتعاقدين. ولكن المشروع اثر مع ذلك ان يعرض له، ومقتنيا في ذلك اثر تقنينات اخرى، كالتقنين الألماني (المادة ١٢٥) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٣/١٤ والمادة ١/١٤) ومشروع تنقيح القانون المدني المصري (المادة ١٤٩) .

وتمت اتجاهان يتنازعان في الفكر القانوني تنظيم الحالة التي لا تؤدي فيها وسائل التفسير الى تبديد الشك حول ما اذا كان الشكل متطلبا في العقد لذات قيامه، أو لامر آخر من أموره. فاتجاه أول يفسر هذا الشك على أن الشكل غير متطلب لقيام العقد. وانما للامر الآخر، الذي يدونه بالضرورة.

فترض المادة ٧٠ للعقد الابتدائي ، من حيث حالات قيامه وآثره . وهي تقضي بأن العقد يعتبر ابتدائيا كلما كان من شأنه ان يبرم مرة ثانية أو في صورة أخرى جديدة . وإعادة ابرام العقد الابتدائي ، في شكله النهائي ، قد تقتضيها طبيعة العقد ذاتها ، وعلى الاخص اذا كان ذلك متطلبا لانجاز ما يفرضه القانون من اجراءات لسريان العقد أو لاتنتاج أثر من آثاره ، كما هو الشأن بالنسبة الى بيع العقار ، حيث يلزم إعادة ابرامه على نحو معين لامكان تسجيله ، ومن ثم لكي ينتج أثره في نقل الملكية ، وكذلك بالنسبة الى الرهن الحيازي ، حيث قد يلزم إعادة صياغته في شكل جديد ، حتى يتسنى شهره بالقيود ، ويتيسر بذلك اتمام اجراءات ففاده في حق الغير ، ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على إعادة ابرام عقدهما في صورة جديدة ، كما اذا اتفقا على وجوب تحرير العقد الذي يبرمونه ، تيسيرا لاثباته ، فيتصف عقدهما الاول حينئذ بأنه ابتدائي .

وترتب الفقرة الاولى من المادة ٧٠ على كل من طرفي العقد الابتدائي التزاما بابرام العقد النهائي في الميعاد المحدد فيه . وان لم تحدد مدة لايرام العقد النهائي ، وجب على المتعاقدين ابرام هذا العقد الاخير : في فترة معقولة ، تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع .

وتقضي الفقرة الثانية من المادة ٧٠ بأن العقد النهائي يبرم بنفس شروط العقد الابتدائي ، ما لم يتفق طرفاه على اجراء تعديل فيها ، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة ، كاجراء تعديل في حدود العقار مثلا ، على نحو ما يستتبع من الاجراءات التمهيدية في التسجيل . كما انه يمكن اجراء التعديل اذا اقتضته ظروف الحال ، كما اذا مات المشتري ، ورغب ورثته في أن يكتب العقد النهائي باسمائهم ، ولم يكن في ذلك أي خطر يهدد المشتري .

وبلاحظ ان اعضاء وصف « الابتدائي » على العقد لا يغير من حقيقته المتمثلة في انه عقد كامل ، وانه ذات العقد الذي يقصده عقداه أولا واخيرا . واذا كان العقد الابتدائي هو ذات العقد المقصود أولا واخيرا ، وجبت أن تراعى فيه كل الاحكام المنطبقة للانقضاء والصحة ، بما فيها شرط الشكل ، ان لزم .

وتواجه المادة ٧١ الاخلال بالالتزام الذي يفرضه العقد الابتدائي على كل من طرفيه في المشاركة في ابرام العقد النهائي ، وهو الالتزام الذي قرره المادة ٧٠ . وتجعل له جزءا متمثلا في تخويل الطرف الذي يحصل الاخلال اضرارا به الحق في أن يقاضي غريمه ، ويطلب الحكم ، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . وهو حق ثبت له دون اخلال

والحكمة التي تستهدها المادة ٦٩ بينة الوضوح ، فان لم يراع الشكل المنطبقي لتقيام العقد ذاته في عقد الوعد به ، أو في الاتفاقات اللاحقة التي تقضي بتعديل احكامه أو آثاره ، فان ذلك من شأنه ان يؤدي الى الاغلات من الشكل المستلزم قانونا أو اتفاقا ، وان كان ذلك بطريق غير مباشر .

والحكم الذي تملبه المادة ٦٩ لا يعدو ان يكون أمرا مستقرا ثابتا فقها وقضاء . بل ان كثيرا من قوانين البلاد المختلفة قد نصت عليه في خصوص الوعد بالعقد ، كما هو الشأن بالنسبة الى القانون السويسري (المادة ٢/٢٢ من مدنة الالتزامات) والقانون المصري (المادة ٢/١٠١) والقوانين العربية الاخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢/١١٥) . وقد آثر المشروع ان يصرح بالحكم ، ليس فقط في صدد الوعد بالتعاقد ، بل أيضا بالنسبة الى الاتفاقات التي تجيء بعد ابرام العقد ، وتستهدف تعديل احكامه أو آثاره ، وذلك في المكان المخصص لشكل العقد ، ما دام هو ينظم هذا الشكل في إطار نظرية عامة .

وقد حرص المشروع ، بالنسبة الى الاتفاقات اللاحقة للعقد ، أن يتطلب مراعاة الشكل الواجب له ، فيما يكون من شأنه ان يعدل في احكامه أو آثاره . وهو بهذا يستبعد الاتفاقات التي تجيء لتفصيل أو تسهيل أو تضمين اعمال ما يقضي به العقد ، طالما أنها لا تعتبر تعديلا لما يقضي هو به ، فلا يوجد ثمة ما يمنع ، مثلا من الاتفاق العرفي على تقسيط دين ناشيء من عقد رسمي أو على ضمانه برهن حيازي .

والمادة ٦٩ ، اذا تتطلب مراعاة الشكل الواجب لقيام العقد في عقد الوعد به وفي الاتفاقات اللاحقة المعدلة لاحكامه أو آثاره ، تتخلف في شأن الحالة التي يقضي فيها القانون بحكم مخالف ، وهي تتخلف أيضا في شأن الحالة التي تسمح فيها طبيعة المعاملة ذاتها بعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون ، كما اذا استلزم القانون الشكل في العقد لحماية الجانب الضعيف فيه ، ثم طرأ بعد ذلك تعديل عليه يكون من شأنه أن يتضمن له نفعاً محضاً ، ومثال ذلك ان يتفق في صدد عقد الرهن الرسمي ، على نزول الرهن عن الرهن كله أو بعضه .

بعض صور خاصة في التعاقد :

العقد الابتدائي :

يتناول المشروع ، في المواد من ٧٠ الى ٧٣ لنوع خاص من العقود ، تمييزاً بأنها تستهدف التمكن من قيام عقود أخرى غيرها ، أو تستتبع إعادة ابرامها بذاتها في ثوب جديد ، على نحو يقتضيه القانون ، فالسمة الجامعة لهذه العقود انها عقود أولية ، أو هي كما يطلق عليها احيانا ، عقود ما قبل العقود

Avant Contrats

الفقه في الكويت، لما هو الشأن في مصر، فد سار في الاتجاه الثاني، إلا ان المشروع اتر مع ذلك ان يثنى الاتجاه الاول، توخياً لتيسر، ومنعا لفرعه تجاى مع المنطق بين الوعد بالبعد والايجاب به، ادا اقرن ببيعاد للمبول وصار بذلك ملزماً . حيث يبيح العفه اى القول بقيام انعقد في هذا النوع من الايجاب . بمجرد ان يصدر الضبول في ميعاده، ويصل بعلم الموجب، دون حاجة به الى ان يوقمه حكم القاضى . فليس من المقبول أن يكون للوعد بالبعد الذى هو في ذاته عقد، اثر ادى من داه الذى يلحق الايجاب المترن ببيعاد للقبول، وهو في ذاته ليس عقداً، وانما مجرد خطوة الى العقد . وحتى لو اعتبر عرض الصفقة هنا عقداً، كما يعلب في الفقه الفرنسى، فهو بالنسبة الى العقد المقصود في النهاية ادىنى بالضرورة من الوعد بالبعد .

وتعرض المادة ٧٣، في فقرتها الثانية، للحالة التى يموت فيها الواعد، أو يفقد اهليته، قبل استعمال الموعد له الخيار الذى يسنه اياه الوعد، وتبقى له على هذا الخيار، حتى اذا ما ارتضى قيام العقد الذى وعد به في الميعاد، قام وانعقد .

وتجىء الفقرة الثالثة من المادة ٧٣ لتتضى بأن موت الموعد له لا يسقط الوعد، ويتنقل خيار قبول العقد الموعد بايرامه الى خلفائه . على أن ذلك الحكم لا يتسع بالضرورة اذا كان الوعد قد اعطى للموعد له برعااة شخصه .

وقد حرص المشروع، في هاتين الفقرتين، على بقاء اثر الوعد قائماً برغم موت الواعد او الموعد له، حتى يقطع مظنة سقوطه، قياساً على الايجاب . وهو من بعد الحكم الذى استقر الفقه عليه، اعتباراً بأن الوعد عقد، ينشأ عنه التزام على الواعد بايرام العقد، وحق للموعد له في ايرامه، والالتزام والحق لا ينتضيان بوث المدين او الدائن .

والمادتان ٧٢ و ٧٣ وان تضمنتا احكاماً مستحددة، كما في عمومها مستمدتان من القانون السويسرى (المادة ٢٢ من مدونة الالتزامات)، والقانون البولونى (المادة ٦٢)، والقانون المصرى (المادة ١٠١ والمادة ١٠٢)، والقانون السورى (المادة ١٠٢ والمادة ١٠٣)، والقانون الليبى (المادة ١٠١ والمادة ١٠٢)، والقانون العراقى (المادة ٩١) والقانون الاردنى (المادة ١٠٥ والمادة ١٠٦)، وقانون التجارة الكويتى (المادة ١١٥) .

التعاقد بالعربون :

عند المشروع الى تنظيم التعاقد بالعربون تنظيمًا متكاملاً، وخصه بأربع مواد . وذلك اعتباراً منه بأهمية هذا النوع من

بما تتضى به القواعد العامة من حقوق أخرى . على انه يازم، للحكم بصحة العقد الابتدائى ونفاذه، أن يكون المتعاقد الذى يطلبه غير مخل بدوره بالتزاماته . فان كان ممثلاً، بأن لم يوف بما فرضه عليه العقد من التزامات حالة، امتنع عليه طلب الحكم بصحة العقد ونفاذه، فلا عهد لمن لاعهد له .

وتتضى المادة ٧١، في فقرتها الثانية، بأن الحكم الصادر بصحة ونفاذ العقد الابتدائى يقوم مقام العقد النهائى ويعنى عنه . وما ذلك الاعمال للقاعدة العامة في التنفيذ العينى للالتزام .

ونص المادة ٧١، وان كان مستحداً، غير ان حكمه لا يتنقل خلقاً جديداً وابتكاراً . فهو، من وجه، مجرد تطبيق للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام . وهو من وجه ثان، قد بات حكماً مستقراً ثابتاً في القضاء، في دولة الكويت كما هو الشأن في دول عربية أخرى سبقتها اليها، وعلى الاخص مصر .

الوعد بالعقد :

تعرض المادة ٧٢ والمادة ٧٣ للوعد بالعقد .

وتبين المادة ٧٢ الشروط اللازمة لانعقاد الوعد بالعقد وهي تتطلب لذلك أن تعين فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعد بايرامه . وألمسة التى يجب أن يبرم خلالها، وذلك دون اخلاص بوجوب اتباع نفس الشكل المتطلب للعقد الموعد بايرامه . اذا استلزم له القانون شكلاً خاصاً، امحالاً لتتضى به المادة ٦٩ من المشروع .

وعنى عن البيان أن تطلب الشروط الخاصة المنصوص عليها في المادة ٧٣ لا يعنى عن شروط الانعقاد وشروط الصحة التطلبة في العقود بوجه عام، اعتباراً بأن الوعد بالعقد لا يعدو أن يكون هو في ذاته عقداً وان كان ليس هو العقد المقصود في النهاية .

وتجىء المادة ٧٣ لتحدد الاثر المترتب على الوعد بالعقد . وهي تقرر، في فقرتها الاولى، ان هذا الاثر يتنقل في قيام العقد الموعد بايرامه، اذا ارتضاء من صدر الوعد لصالحه، قبل فوات المدة التى حددت له، واتصل رضاهو هذا بعلم الواعد، قبل هذا الوقت أيضاً . وقد حرص المشروع على ان ينص على قيام العقد الموعد بايرامه، اذا ما ارتضاء الموعد له، على نحو ما يتطلبه القانون . وهو بذلك يريد أن يحسم خلافاً ثار في الفقه الفرنسى على الاخص حول ما اذا كان العقد الموعد بايرامه يقوم بمجرد ان يأتي رضاه الموعد له به، أم انه لا يترتب على هذا الرضاء الا التزام الواعد بايرامه، الامر الذى يتطلب، عند تكول الواعد، الاتجاه الى القضاء واصدار حكمه بايقاع العقد . واذا كان

التعاقد وشيوعه في المعاملات المالية ، المدنية منها والتجارية على حد سواء .

تعرض المادة ٧٤ لدلالة العيوب ، اذا قام الشك حولها ، وتمثل بذلك أمرها على القاضى غمة ، فدفع العيوب ، عند إبرام العقد ، قد يقصد به المتعاقدان تأكيد قيامه ، وأنه بالتالي بات ، لا رجوع فيه ولا عدول عنه ، وقد يقصد به المتعاقدان ، على تقيض ما سبق ، تحويل كل منهما خيار العدول عن العقد ، والامر هنا وهناك مرده الى قصد المتعاقدين . وتقتصر مهمة القاضى في البحث عن هذا القصد .

ولكن قصد المتعاقدين قد يتم على القاضى ، وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذى يفسر فيه هذا الشك ، أفسر دفع العيوب على ان المتعاقدين قد قصدا به ان يكون عربون بنات أم عربون رجوع ؟ .

وفي سبيل الاخذ بهذا الاتجاه اذك ، اختلفت تقنيات الدول وتباينت أحكامها . فمنها ما سار في اتجاه عربون البنات ، ومنها ما سار في اتجاه عربون الرجوع . وجاء القانون المصرى الحالى وسار في اتجاه عربون الرجوع (المادة ١٠٣) . وحذا حذوه اكثر قوانين البلاد العربية الاخرى التى استوتحت ، كقانون السوري (المادة ١٠٤) ، والقانون الليبي (المادة ١٠٣) ، ولم يخالف هذا الاتجاه الا القانون العراقى حيث اعتبر العيوب ، عند الشك ، عربون بنات (المادة ٩٢) . وجاء قانون التجارة الكويتى على نهج القانون المصرى ليعتبر دفع العيوب ، عند الشك ، عربون رجوع (المادة ١/١١٦) .

وقد اثر المشروع أن يسير في اتجاه عربون الرجوع أيضا ، فاعتبر دفع العيوب وقت إبرام العقد ، انه يفيد ، عند الشك ، قصد المتعاقدين في منح كل منهما خيار الرجوع عن العقد . وهو بذلك أراد أن يتشبه مع حكم ألفه الناس في الكويت وساروا عليه ، وأصبح بذلك أقرب الى قصد المتعاقدين . وقد ادخل المشروع بعض التعديلات على صياغة نص المادة ١١٦ من قانون التجارة اقتضتها الملامه . فاستبدل عبارة « الحق في العدول » بعبارة « خيار العدول » . لأنها أكثر دقة من وجه ، واكثر تشميا مع مصطلحات الفقه الاسلامى من وجه آخر .

كما انه استبدل بعبارة « الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك » . عبارة « ما لم يظهر انهما (المتعاقدان) قصدا غير ذلك » ، توخيا للدقة والانضباط ، واعتبارا بان قصد المتعاقدين في اعتبار العقد هائليا قد يظهر من ظروف العقد ذاته ، ومن غير ان يتفق عليه بطريق مباشر ، كما اذا كان مبلغ العيوب كبيرا ، لم تجر العادة على دفعه باعتباره مغولا خيار الرجوع في العقد .

وتعرض المادة ٧٥ للجزاء المترتب على عدول المتعاقد عن العقد الذى ابرمه مقترنا بدفع العيوب ، عندما يثبت له الخيار فيه . وتركز هذا الجزاء في قيمة العيوب ذاته ، لا اقل منه ولا أكثر ، مالم يتفق على غير ذلك . فاذا كان من عدل هو الذى دفع العيوب ، فقده ، واصبح مبلغ العيوب بذلك حقا خالصا للمتعاقد الاخر . أما اذا كان العادل هو من قبض العيوب ، التزم برده ودفع مثله .

واستحقاق قيمة العيوب المتعاقد الذى يحصل ضده العدول ، لا يثبت له على سبيل التعويض عما رتب له هذا العدول ، من ضرر ، وانما هو يستحق له اعتبارا بأنه مقابل استعمال غريمه خيار العدول . فالتعويض ، في مجال العقد ، يكون عند الاخلال بالالتزام الناشئ عنه . والمتعاقد بالعربون الذى يعدل عن العقد لا يفعل بعدوله الا أنه يستعمل حقا ثابتا له . ومن يستعمل حقه لا يفعل فالجواز الشرعى ينافى الضمان . والتقير هذا الحكم ، حرص المشروع على النص على أن مبلغ العيوب يثبت لمن حصل ضده العدول ، دون اعتبار لما يترتب عنه من ضرر له . فهو يستحق له ، حتى ولو لم يثله من العدول أى ضرر ، بل حتى لو استتبع له النفع ، كما اذا أعاد الصفقة لآخر بشئ أكبر . وهو من ناحية اخرى ، يستحق له دون زيادة عليه ، حتى لو نجم له عن العدول ضرر يتجاوز ، والعربون بهذه المثابة ، يختلف اختلافا أساسيا عن الشرط الجزائى ، الذى هو تقدير اتفاهى للتعويض عن الاخلال بالالتزام .

والمادة ٧٥ مستوحاة من المادة ١١٦ من قانون التجارة الكويتى في شرطها الاخير ، والتي هى مستوحاة بدورها من الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ مصرى ، وذلك بعد ادخال تعديلات لفظية اقتضتها الملامه ، من غير أن تغير في جوهر الحكم . وذلك الحكم يمكن له أن يتشبه مع السائد في الفقه الحنبلى ، وان كان يتخالف مع ما يقول به الفقه المالكي .

وتعرض المادة ٧٦ لتحديد المدة التى يباشر خلالها خيار العدول عن العقد ، عندما يسمح هو بذلك لأى من المتعاقدين أو لكليهما . واذا حدد الاتفاق لذلك مدة ، او جرى العرف بتحديددها ، لم تكن ثمة صعوبة ، ووجب مباشرة رخصة العدول خلالها ، والا تأكد قيام العقد . فان لم تحدد مدة لمباشرة خيار العدول عن العقد عرفا او اتفاقا ، بقي هذا الخيار قائما للمتعاقد ، وحق له ان يعدل عن العقد ، الى ان يصدر منه ما يتم عن رغبته في تأكيد قيامه ، وبالتالي عن رغبته في النزول عن خيار العدول عنه . وتلك الرغبة من المتعاقد قد تنجم منه صراحة ، وقد تستنتج دلالة من ظروف الحال ، وعلى الاخص من قيامه ، بعد دفع العيوب او قبضه ، على حسب الاحوال ، بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد في ذمته .

المتزايد ، تاركة النزعة التي ترى الإيجاب متمثلاً في الإعداد للمزاد وفتحته . فالاعداد للمزاد ، أو حتى فتحته لا يبدو أن يكون من قبيل الدعوة الى التعاقد . وفي ذلك يتشبه المشروع مع قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٤) ، والقانون المصري (المادة ٩٩) ، والقانون السوري (المادة ١٠٠) ، والقانون الليبي (المادة ٩٩) ، والقانون العراقي (المادة ٨٩) ، والقانون الاردني (المادة ١٠٣) ، كما يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي .

وعطاء المتزايد - وإن اعتبر إيجاباً - إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به الى حين تقدم متزايد آخر بعطاء أفضل ، أو الى أن يقفل المزاد ، دون أن يرسي على أحد ، إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، وهذا ما تقرره الفقرة الاولى . وهو حكم يتفق مع ما يقول به الفقه الاسلامي ، الذي يرى ، في مجموعه ، وقوع عطاء المتزايد ملزماً لصاحبه فترة من الزمن ، خلافاً للاصل العام الذي يقو على منح الموجب خيار الرجوع في ايجابه . وهذا الحكم الذي تقرره الفقرة الاولى يتشبه في الغالب من الامر مع قصد المتعاقدين . فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ ، يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً ، ويظل ملتزماً به الى ان يتقدم متزايد آخر بعطاء بفترة ، أو الى أن يرسي المزاد عليه اذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء . ثم إن هذا الحكم لا يبدو أن يكون تطبيقاً للاصل العام الذي سبق للمشروع أن قرره في المادة ٤١ منه والذي مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً ، اذا اقترب بميعاد للقبول . فاذا كان من الممكن لهذا الميعاد أن يعيى صريحاً ، فانه قد يستخلص دلالة من الظروف .

فاذا تقدم متزايد آخر بعطاء يزيد على عطاء من سبقه ، سقط العطاء السابق ، لمضى الفترة التي حددها صاحبه لقبامه ، من غير أن يلحقه قبول ، فان كان عطاء المتزايد هو الأفضل وبالتالي الاخير ، بقي وحده بترخيص القبول . فان ارسي المزاد على صاحبه اعتبر ذلك قبولا ، وتم العقد ، اما اذا قفل المزاد ، دون ان يرسي عليه ، سقط عطاؤه لغوات ميعاده أيضاً من غير أن يلحقه قبول .

وتقضى الفقرة الثانية بأنه لا يمنع من سقوط العطاء بعطاء أفضل منه أن يقع هذا العطاء الاخير باطلاً ، كما اذا تقدم من مجنون أو من شخص يمنعه القانون من الزيادة ، كعالم القضاء ونحوهم ، أو أن يرفض العطاء الأفضل وهذا الحكم يتمشى تماماً مع قصد المتزايد الذي يرضى بالتقدم بعطائه ، أن يظل عطاؤه هذا قائماً فترة من الزمن ، تتحدد بالتقدم من غيره بعطاء أكبر منه بغض النظر عن قيمة هذا العطاء الآخر في ذاته أو عن مصيره .

وتعرض الفقرة الثالثة لتحديد القبول الذي ينعقد به العقد ، وتمثل هذا القبول في ارساء المزاد من يتولا . فلا ينعقد العقد لجهد أن يتشبه العطاء هو الأفضل أو الواحد . وانما يلزم أن

وتجىء المادة ٧٦ ، في فقرتها الثانية ، وتقضى بأن تقوم المتعاقد الثالث له خيار العدول عن العقد عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه في الاجل المضروب لادائها او تراخيه في ذلك مدة لا تتجاوز المعقول والمألوف عند عدم تحديد اجل لها ، من شأنه أن يجيز للمتعاقد الآخر اعتبار ذلك منه عدولاً عن العقد ، مباشرة منه للخيار الثالث له .

وحكم المادة ٧٦ بفقرتها مستحدث . وهو مع ذلك لا يبدو ان يكون تقنياً لما سار الفقه والقضاء عليه .

وتعرض المادة ٧٧ لحالة استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد التي تطرأ بعد ابرامه مقترناً بخيار العدول ، كما اذا ذبح البائع بالربوون البقرة المبيعة أو هدم المنزل ، وتعذر بذلك عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم الى المشتري نتيجة خطئه . وتقضى هنا باعتبار استحالة التنفيذ حكم العدول عن العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة الربوون المتفق عليه ، على نحو ما تقضى به المادة ٧٥ . فلا يكون له حق في التوضي . ذلك لانه كان عليه أن يتوقع من غيره أن يعدل عن العقد ، مباشرة منه لخيار العدول الثالث له . فكان ثمة ضرراً لم يثله . على أن هذا الحكم لا يسرى ، بطبيعة الحال ، الا اذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام في الفترة التي يكون فيها خيار العدول قائماً لما يزل . فان زال خيار العدول ، وصار العقد باتتالي الى ينتائه ، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بخلا المتعاقد ، انقلته المسئولية وفقاً للقواعد القانونية العامة .

وتجىء الفقرة الثانية لتواجه حالة استحالة التنفيذ الراجعة الى سبب اجنبي لا يد للاحد المتعاقدين فيه ، كما اذا هلك محل الالتزام بقوة قاهرة . وهي تقضى هنا برد الربوون الى دافعه . وهذا الحكم اعمال للقواعد القانونية العامة . حيث ان العقد هنا يفسخ ويماد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرامه . والمادة ٧٧ بفقرتها نص مستحدث ، وان كانت فكرتها في مطلق عموماً ، مستوحاة من المادة ٣٣٨ من القانون الألماني .

التعاقد بالزيادة :

والتعاقد عن طريق الزيادة ، في الفقه الاسلامي ، جائز قضاء ، ولا غبار عليه ديانة ، وعلى الاخص بالنسبة الى البيع ، حيث سمي « بيع الزيادة » أو « بيع من يزيد » ، وذلك ما لم تكن الزيادة صورية ، قصد بها التواطؤ على رفع الثمن . وقد أطلق فقهاء المسلمين على المزاد الصوري الذي ابتنى به التواطؤ على رفع الثمن « النجش » .

وترسى المادة ٧٨ ، في فقراتها الأربع ، القواعد العامة التي يقوم عليها التعاقد عن طريق الزيادة . وهي - بين النزعتين اللتين قامتتا في الفكر القانوني بصدد هذا النوع من التعاقد - تنحو منحه النزعة التي ترى الإيجاب في العطاء الذي يتقدم به

المناقصة، وذلك ما لم يقض القانون، في حالة خاصة بغيره،
أو يتضح أن المتعاقدين قد تصدقا خلاله .

ونص المادة ٧٩ مستجذت . ومع ذلك فصكحه متفق تماما
مع يجري العمل عليه . وهو من بعد يتمشى مع قصد المتعاقدين .

التعاقذ بالأذعان :

وتجىء المادة ٨٠ لتجسم خلافاً ثار واحتدم ، في الفسك
القانوني في فرنسا وفي بلاد أخرى كثيرة غيرها ، حول طبيعة
عقد الأذعان ذاتها . وهو خلاف تركيز حول ما اذا كان عقد
الأذعان يعتبر عقداً ، وبالتالي تسرى في شأنه أحكام العقود بوجه
عام ، أو أنه لا يعتبر كذلك .

وقد آثر المشروع أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد
حول عقود الأذعان ، فانصرت فكرة العقدي في صدها ، قاضياً ،
في المادة ٨٠ ، أنه : « لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من
أحد طرفيه اذعاناً لارادة الطرف الآخر ، بأن يرضى التسليم
بشروع عقد وضعه مسبقاً ، ولا يقبل مناقشة في شروطه » .
والمشروع بذلك يغب الرأي السلم ، الذي ناصره القضاء
دوماً ، فضلاً عن كثرة من الفقهاء . وقد راعى في ذلك أن الطرف
المذعن ، ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير
من غريمه ، ولو أن رضاه يأتي على صورة التسليم بشروطه
والاذعان لمشيئته ، إلا أنه مع ذلك رضاه قائم ، وكاف لقيام العقد .
ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لارادة غريمه والتسليم
بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتنسل في رفض فكرة العقدي في
ذاتها ، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تنتهضا
المصلحة واعتبارات العدالة . وهو الامر الذي عمد المشروع
بالفعل اليه في المادتين التاليتين .

والمادة ٨٠ مستوحاة ، في مجموعها ، من المادة ١/١٦١
تجاري كويتي ، التي هي مستوحاة بدورها من المادة ١٠٠ من
القانون المصري ، عبر المادة ١/١٦٧ عراقي . ولكن المشروع
عدل في صياغة المادة ٨٠ ، تعديلاً كبيراً استهدف به تحقيق الغاية
التي استهدفها وهو تقرير صفة العقدي في عقد الأذعان ، حسناً
للخلاف الكبير الذي احتدم حولها ، وذلك بطريق صريح ومباشر .
ثم إن المشروع ، بصياغته للمادة ٨٠ ، يتفاد العيب الذي يشوب
صياغة النص المصري والنصوص العربية الأخرى التي نقلت
عنه . فهذه النصوص جاءت في صياغة من شأنها أن تجعلها
تفتن بمجرد عرض الطريقة التي يتم عليها القبول في عقود الأذعان ،
من غير أن تقرر نهائياً حكم اجباري ، على الأقل بطريق مباشر ،
وليس هذا هو الشأن في التشريع ، بل هو الشأن في قوله .

وتقرر المادة ٨١ حماية فعالة للطرف المذعن - وهي الغاية
التي استهدفها الفكر القانوني دوماً - اعتباراً بأنه في قبوله العقد
يرضخ لارادة المتعاقذ الاخر ويسلم بشروطه من غير نقاش .

يلحقه قبول ، وهو ما يجيء في صورة ارساء المراء . وليس ثمة
ما يمنع متولي المراء من عدم قبول عطاء المتزايد ، ولو كان هو
الافضل أو اللاحد ، دون اخلال بما عساه ان يتحمل به من
مسئولية ، وفقاً للقواعد العامة ، ان تمثل رفض ارساء المراء
خطأ ، كما اذا وقع دون مبرر معقول ، وان جرت عادة الكثيرين
على مواجهة هذه الحالة بتضمين قائمة المراء شرطاً يقضى بأن
لمتوليه الحق في رفض ارسائه على المتزايد ذى العطاء الافضل
دون ابداء الاسباب .

وتستطرد الفقرة الثالثة ، فتقرر استثناء للحكم الذي
يقضى بقيام العقد بارساء المراء ، في حالة وجوب المصادقة على
ارساؤه من شخص معين أو هيئة معلومة . وهذا شائع في
الزيادات ، وعلى الاخص في الزيادات التي تقوم في شأن اموال
ومشروعات الدولة أو غيرها من الاشخاص المعنوية العامة .
وتنقض الفقرة الثالثة بعدم تمام العقد ، في هذه الحالة ، إلا
بصدور المصادقة من يملكها ، وان ردت تاريخ انعقاد العقد
عند حصولها الى تاريخ رسو المراء .

وتأتي الفقرة الرابعة لتتطرق في شأن الاحكام التي اوردتها
القرارات السابقة عليها ، بقولها انها لا تسرى في الاحوال التي
ينص القانون على خلافها او يظهر ان المتعاقدين قد تصدقا حكماً
مغايراً لما تقتضى به .

والمادة ٧٨ مستوحاة من القانون المصري (المادة ٩٩)
وغيره من القوانين العربية الأخرى التي استوحته ، ومن بينها
قانون التجارة الكويتي (المادة ١١٤) ، وهي مع ذلك تتضمن
تعديلاً كبيراً في الصياغة والمضمون ، اقتضت الملائمة التشريعية .

وتعرض المادة ٧٩ لصورة خاصة من الزيادات ، وهي تلك
التي لا تتم علناً ، بحيث يعرف المتزايد العطاءات المقدمة من
غيره ، وإنما تقدم فيها العطاءات ، بحيث لا يعرفها المتزايدون
الاخرون . وهذه هي الصورة التي جرى عرف التعاقد على أن
يطلق عليها : الزيادات او المناقصات داخل مطروقات . والمناقصة
ما هي الا زيادة ، ولكن لا في رفع المقابل الذي يعرضه المتزايد
في نظير ما سوف يأخذ وإنما في الاقلال من المقابل الذي يرضى
أن يأخذه في نظير ما سوف يعطيه .

وتسرى على الزيادات او المناقصات داخل مطروقات
الاحكام العامة التي تسرى على الزيادات المنصوص عليها في
المادة ٧٨ . ويستثنى من ذلك ما تعلق بالوقت الذي يبتى فيه
العطاء قائماً يلتزم به صاحبه . فالعطاء في الزيادات داخل
مطروقات يظل ملزماً لصاحبه ، حتى يبت متولى المراء فيه مع
غيره من العطاءات الأخرى ، دون نظر الى قيمته بالنسبة الى قيمة
غيره . فهو لا يسقط اذا اتضح أن ثمة عطاء أفضل منه . ويكون
لمتولى المراء أن يقبل العطاء الذي يراه له أفضل ، دون أن يكون
ملزماً بالضرورة بقبول العطاء الأكبر في الزيادة ، او الاقل في

وتركز الحماية في تجنبه المذعن أثر افعال الشروط التصفية الجائرة المحضفة به . وهي تكون كذلك اذا جاءت متجافية مع ما يتنبى أن يسود التعامل من شرف وزاهة ، أو مع ما يستوجه من مراعاة مقتضيات حسن النية . وتثبت هذه الحماية ، حتى لو كان المذعن يعلم بها وشملها بالتالي رضاً .
عليها (عيوب الرضاء) .

وسبيل الطرف المذعن الى توفير الحماية لنفسه هو أن يلجأ الى القضاء ، الذي له ، بناء على طلبه ، وعلى حسب الاحوال ، ووفقاً لما تقتضيه العدالة ، ان يعدل من الشروط التصفية بما يرفع اجحافها عن الطرف المذعن ، او يعفيه كلية منها . ويتفق باطلاق كل اتفاق من شأنه ان يرفع تلك الحماية بوجهها .

والمادة ٨١ مستوحاة من نص المادة ٢/١٦٦ تجارى كويتى ، التي هي بدورها مستوحاة من نص المادة ١٤٩ مدنى مصرى ، عبر المادة ٢/١٦٧ مدنى عراقى ، بعد اجراء تعديلات في الصياغة ، اقتضتها الملائمة .

وتعرض المادة ٨٢ لتفسير الشك الذى يبقى في عبارات عقد الاذعان الغامضة، والتي لا تصل وسائل التفسير الى تبديده، وتقتضى بان هذا الشك يفسر دائماً ، وفي كل الاحوال ، لمصلحة الطرف المذعن ، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الاذعان .

والمادة ٨٣ مستوحاة من نص المادة ٣/١٦٦ من قانون التجارة الكويتى ، الذى هو بدوره مستوحى من نص المادة ١٥٩ مدنى مصرى ، عبر المادة ٣/١٦٧ مدنى عراقى .

ولكن المشروع اجرى تعديلا جوهريا في الصياغة ، توخيا للدقة . فلم يشأ ان يقول ان تفسير العبارات الغامضة يكون في مصلحة الطرف المذعن - لان ذلك ليس هو المقصود . وانما قال بان الذى يفسر لمصلحة الطرف المذعن هو الشك الذى يبقى بعد أن يعمد القاضى الى وسائل التفسير المختلفة بغية ازالة غموض العبارة . كما ان المشروع لم يشأ ان ينص على ان الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن ، ولو كان دائماً ، وانما استعاض عن ذلك بالقول بان الشك يفسر دائماً لمصلحته .

والمادة ٨٤ مستوحاة من نص المادة ٣/١٦٦ من قانون التجارة الكويتى ، الذى هو بدوره مستوحى من نص المادة ١٥٩ مدنى مصرى ، عبر المادة ٣/١٦٧ مدنى عراقى .

وتمة حالة لم يتطرق اليها شك ولم يقع في صدها خلاف، وتلك هي حالة الصغير الذى لما يبلغ سن الرشد . فهو عديم الاهلية او ناقصها ، بحسب ما اذا كان غير مميز او مميزا ، من غير حاجة الى تدخل من القاضى ، وبعبارة الفقه الاسلامى ، هو محجور لذاته . والعلة في ذلك واضحة . اذ ان مرجع الصغر او القصر هو السن . والسن امر موضوعى ، ليس من شأنه ان يثير كبير خلاف ، وان آثاره ، أمكن حسسه من غير حاجة الى تدخل من القاضى .

أما المحجورون والمعتوه ، فقد اختلفت في شأن الحجر عليها قوانين البلاد العربية . فالقانون المصرى (المادة ١١٣) لا يجعل منهما محجورين لذاتهما وانما يتطلب لاتباع الحجر عليهما حكم القاضى ، بل انه لا يجعل هذا الحجر ساريا في مواجهة الغير الا بتسجيله ، وقد سائر القانون المصرى في ذلك كل من القانون السورى (المادة ١١٤) والقانون الليبى (المادة ١١٣) . أما القانون العراقي (المادة ٩٤) فقد أخذ بحكم يتخالف مع حكم القانون المصرى ، ولكنه يتوافق مع ما جاءت به المجلة (المادة ٩٥٨) ومع ما يسود في الفقه الاسلامى من أن المحجورون والمعتوه ، كالصغير ، محجورون عليهما لذاتهما ، اى بحكم الشرع وبغير حاجة

الى سلامة الرضاء :

الرضاء قوام العقد واساسه وركنه الركين . فلا قيام للعقد بغيره ، بحيث انه اذا انعدم الرضاء بطل العقد . ولكن

في ذلك تتفق مع القوانين المعاصرة كلها كانت أم أجنبية .
وهي أيضا تتوافق مع ما يقضى به الفقه الاسلامي ، ومع مسا
تقضى به المجلة (المادة ٩٦٦) .

ولم يتفق فقهاء الشرع الاسلامي حول تحديد السن الذي
يتجاوز فيه الصغير مرحلة انعدام التمييز ، فيصير بذلك صبيا
مميزا . ولم تحدد المجلة بدورها هذا السن . والسائد عند
الحنفية أن مرحلة انعدام التمييز تصاحب الصبي من ميلاده الى
بلوغه سن السابعة قسرية من عمره . وهم في ذلك يستندون
الى حديث الرسول ، صلوات الله عليه « مروا اولادكم بصلاة
وهم أبناء سبع » .

وقد حددت المادة ٨٦ ، في فقرتها الثانية ، سن التمييز بسبع
سنوات كاملة . وهي في ذلك تتشبه مع رأى سائد في الفقه
الاسلامي ، يناصره على الاخص الاحناف ، مع ملاحظة الفارق
بين التسمية والتسمية في السنين ، إذ أن السنوات السبع التي
تتطلبها المادة ٨٦ تحسب وفقا للتقويم الميلادي ، اعمالا للاصل
العام الذي سبق للمشروع أن قرره في المادة ٨ . وحكم المادة
٢/٨٦ يتوافق أيضا مع الكثير من قوانين البلاد العربية كصر
وسوريا وليبيا والعراق والاردن ، ومع الكثير أيضا من قوانين
البلاد الاوروبية كالقانون الألماني (المادة ١٠٤) .

والمادة ٨٧ لا تعدو ، في مجموع أحكامها ، أن تكون تقنيناً
لما يقول به الفقه الاسلامي ، في صدد حكم تصرفات الصبي
المميز ، ولما جاءت به المجلة ، وسار عليه الكثير من قوانين
الدول العربية . فهي تقضى ، في فقرتها الاولى ، بصحة
تصرفات الصبي المميز ، اذا كانت نافعة له نفعاً محضاً ، وبطلان
تصرفاته الضارة به ضراً محضاً ، وهي بذلك تمنحه أهلية
الاغتناء ، وتحظر عليه أهلية الافتقار . وتعرض ، في فقرتها
الثانية ، لتصرفات الصبي المميز الدائرة في ذاتها بين النفع
والضرر ، أي تلك التي بمقتضاها يأخذ الصبي ويعطي ، بغض
النظر عن مدى ما يخلص له شخصياً من نفع أو خسارة ،
نتيجة أخذه وعطائه ، فالعبرة هنا هي بطبيعة العقد ذاته ،
وليس بمدى ما يترتب عنه في النهاية من غنم أو غرم . وتقرر
بأنها قابلة للإبطال لمصلحته .

وقد آثر المشروع هنا أن يأخذ بفكرة القابلة للإبطال
كجزء يرد على عقد القاصر ، دون فكرة العقد الموقوف . ذلك
لان وقوع العقد قابلاً للإبطال فيه حماية أكبر للقاصر من وقوعه
موقوفاً على الاجازة . فالعقد القابل للإبطال ينتج آثاره بمجرد
انقضائه ، مع تحويل القاصر حق ابطله . وهو حق يمكن لمن
له الولاية عليه أن يباشره فوراً نيابة عنه ، أو يباشره هو بنفسه
عند بلوغه رشده . فكانه يمكن بذلك للقاصر أن يبيد من
العقد ، اذا كان له فيه مصلحة ، من غير حاجة الى أي اجراء

الى تدخل القاضي . وقد نهج القانون الاردني نفس النهج الذي
اتبته المجلة ، وسارها فيه من قبل القانون العراقي .

وقد آثر المشروع أن يسير في هذا الاتجاه ، قاضياً في
الفقرة الاولى من المادة ٨٥ ، بأن المجنون والمعتوه والقاصر ،
محجور عليهما لذاتهما وهذا الذي أخذ به المشروع ، فضلاً عن
توافقه مع ما يقول به الفقه الاسلامي وتبنته المجلة ، هو الذي
يتفق مع طبيعة الامور نفسها . إذ ان الجنون والعتة يمسان
من الانسان ذات عقله . وهما من بعد امران واضحا يدمغان
ببصامتهما تصرفات صاحبهما ، بحيث يصعب عدم التعرف عليهما ،
الا فيما ندر .

ومن ناحية اخرى انعقد الاجماع في الفكر القانوني المعاصر
على وجوب تدخل القاضي لايقاع الحجر على السفه وذو
الغفلة . ذلك لأن السفه والغفلة لا يسان من الانسان ادراكه ،
كما هو الشأن عند الصغير والمجنون والمعتوه ، وانما مجرد
تديره أمره . فهما يمثلان في ضعف بعض الملكات الضابطة
للفس ، يعترى الانسان فيجعله يسرف في اتفاق ماله ، أو يقين
في معاملاته . وذلك أمر لا يمكن الاطمئنان الى وجوده ما لم
يثبت منه القاضي . كما ان في الفقه الاسلامي ، اتجاهاً قوياً
يقول بوجوب تدخل القاضي لايقاع الحجر على السفه . ويناصر
هذا الرأي في الفقه الحنفي ابو يوسف . ولكن محمداً عارضه ،
حيث قال ان الحجر يثبت بنفس السفه ، ولا يتوقف على القضاء .
وقد أخذت المجلة برأى محمد وابي يوسف من حيث الحجر على
السفه ، وبرأى أبي يوسف من حيث لزوم حكم القاضي لوقوعه .
والغفلة ذنوبية ، نوع من السفه . وهو ما اقرته المجلة
(المادة ٩٤٦) .

وقد آثر المشروع ان يسير على نهج المجلة فجاءت المادة
٨٥ وفقرتها الثانية تقضى بأن الحجر لا يقع على السفه وذو
الغفلة الا بحكم القاضي . كما قضت بأن المحكمة تجر عليهما
وترفع الحجر عنهما وقتاً لما تقتضيه ظروف الحال ، أي تشبهاً
مع علة الحجر ثبوتاً وزوالاً . كما استوجبت شهر الحكم الصادر
بالحجر على السفه وذو الغفلة ، حماية للغير ، بإتاحة الفرصة
لهم في العلم بالحجر او برفعه ، حتى لا يفتاجوا به وبما عساه ان
يترتب عليه من أثر فيصدد العقود التي ابرموها ، ونصت كذلك
على أنه يتم شهر الحجر ورفعه وفق قواعد يصدر بها قرار من
وزير العدل .

وتعرض المادة ٨٦ لأهلية الاداء . وأهلية أداء التصرفات
مناطها الادراك أو التمييز . فهي تدور معه وجوداً وعلماً ،
كما لا تقتصاناً . والقانون يعتبر الصبي غير المميز عديم الادراك
وهو بالتالي منعدم الأهلية . وتقع تصرفاته كلها باطلة ، ولو
أجازها وليه . لان التصرف الباطل لا تلغى الاجازة . وقد
نصت المادة ٨٦ ، في فقرتها الاولى ، على هذا الحكم . وهي

يتخذهُ هو أو وليه • فان تلمس فيه بعد بلوغه رشده ، ضرراً له ، أو تلمسه فيه وليه حال قصره ، أمكن له أن يطلب من القاضى الحكم بإبطاله بنفسه أو بوساطة وليه ، فيزول بذلك أثره من وقت إبرامه • ثم ان فكرة القعد الموقوف ليست فكرة اسلامية بالمعنى الشامل • وانما هي فكرة قال بها المنقبه والمالكية ، ولم يأخذ بها من مذاهب السنة ، لا الشافعية ولا الحنابلة ، فيسا عدا احدى الروايات عن الامام احمد ، أخذ فيها بنظام القعد الموقوف •

ولعل ميزة فكرة قابلية القعد للإبطال ، كجزءا يرد على تصرفات القاصر وغيره من ناقصي الأهلية ، على فكرة القعد الموقوف هي التي حدثت بالاعلية الكبرى من فوائين البلاد العربية الى أن تأخذ بها دونها • فلم يسلك النهج المناير الا القانون العراقي ، ثم القانون الاردني ، بل لعل هذا القانون الاخير لا يأخذ بفكرة القعد الموقوف على نحو مطلق (تراجع المادة ٢/١٢٨ ، والمادة ١/١٣٤ أردني) •

وتتطلب المادة ٩٠ ، أن يحصل الاذن بالادارة أو سحبه أو تقييده بأشهاد رسمي ، توخياً للانضباط ، وذلك دون اخلال بما يقضى به قانون ادارة شؤون القصر بالنسبة الى المسؤولين بوصاية ادارة شؤون القصر ، حيث يكفي أن يصدر الاذن في الادارة أو سحبه أو تقييده وفق ما يقضى هو به ، لما في ذلك من كفاية في تحقيق الغاية المطلوبة •

وقد حرص المشروع أن يحتفظ في شأن وقوع تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلية للإبطال ، فنص على أنها تأخذ هذا الحكم ، مع مراعاة ما تقتضى به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون الاخرى • وهو بذلك أراد الاشارة الى الاهليات الخاصة التي تثبت للقاصر في ابرام نوع أو آخر من التصرفات ، سواء ما تقتضى به منها النصوص الواردة في هذا الباب ، أم أحكام القانون الاخرى •

وتعرض المادة ٩١ للتظلم من رفض الاذن في الادارة ، أو سحبه أو تقييده بعد اعطائه ، وتجزيره ، اذا كان الرض أو التسييد أو السحب قد صدر من الوصى • أما الولي فلم ير المشروع أن يجعل على رفضه الاذن لصغيره أو سحبه أو تقييده معقبا ، احتراماً للأبوة وحفاظاً على أوامر العلاقة بين الواد وأبيه من وجه ، ولكون الولي أباً كان أم جدّاً بعيداً عن المظنّة ، من وجه آخر •

وقد حرص المشروع أن يحتفظ في شأن وقوع تصرفات القاصر الدائرة بين النفع والضرر قابلية للإبطال ، فنص على أنها تأخذ هذا الحكم ، مع مراعاة ما تقتضى به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون الاخرى • وهو بذلك أراد الاشارة الى الاهليات الخاصة التي تثبت للقاصر في ابرام نوع أو آخر من التصرفات ، سواء ما تقتضى به منها النصوص الواردة في هذا الباب ، أم أحكام القانون الاخرى •

وقد اجاز المشروع التظلم للصغير نفسه ، كما اجازهُ لادارة شؤون القصر ولكل ذى شأن آخر • ويرفع التظلم الى المحكمة وفقاً للقواعد والاجراءات التي يقضى بها قانون المرافعات • وللمحكمة أن تأذن للقاصر في ادارة أمواله كلها أو بعضها ، اذا مطلقاً أم مقيداً ، وفق ما ترى ، وذلك اذا تبنت أن رفض الوصى الاذن أو تقييده أو سحبه لا يستند الى أساس • فان قضت برفض طلب القاصر تعين عدم قبول تجديده قبل مضي سنة من التاريخ الذي يصبح فيه رفضها نهائياً •

وتعرض المادة ٨٧ ، في فقرتها الثالثة ، للمدة التي يعتبر فيها القاصر صغيراً مميّزاً ، قاضية بأنه يعتبر كذلك ، بدءاً من سن التمييز الى بلوغه سن الرشد ، وذلك ما لم تكن به عاهة في عقله •

وتعرض المادة ٩٢ لأهلية الصغير المميز المأذون في الادارة وتقرر له ، في الفقرة الاولى منها ، أهلية اجراء كل التصرفات التي تقتضيها ادارة أمواله التي تسلم له ، سواء اكانت تعتبر هي في ذاتها من أعمال الادارة ، كالالاتفاق الذي يبرمه الصغير مع مقاول على ترميم منزله أو مع ميكانيكي لاصلاح سيارته وكتأجير أمواله ، أو من أعمال التصرف ، كوفاء واستيفاء الديون الناشئة عن ادارة المال ، وبيع وشراء ما يلزم لها • ثم تجيء المادة ٩٣ ، في فقرتها الثانية ، وتنتسبي ، من أعمال الادارة التي يكون للصغير المأذون اجراؤها ايجار المال لمدة تزيد على سنة ، متقولاً كان هذا المال أو عقاراً • وذلك نظراً لما قد ينجم للصغير من ضرر من الايجار الذي تزيد مدته على هذا القدر • واذا كان ايجار عقار القاصر لمدة سنة لا يمنع من

وحددت المادة ٨٨ ، الثامنة عشرة من العمر سناً يمكن للصغير بعد بلوغه اياه أن يؤذن في ادارة أمواله • وهو نفس السن الذي يعده قانون ادارة شؤون القصر (المادة ٩) لـلاذن بالادارة للقاصر المشمول بوصاية ادارة شؤون القصر • ويحصل الاذن في الادارة من ولي القاصر أو وصيه على حسب الاحوال ، اذا آس منه القدرة على أن يتولى ادارة أمواله بنفسه • ويكون الاذن مطلقاً أو مقيداً ، وفق ما يراه مصدره •

وتقتضى المادة ٨٩ ، بجواز سحب الاذن للصغير في الادارة أو تقييده ، بعد اعطائه اياه • فالاذن بالادارة يستهدف ابتلاء الصغير وتجربته • فان لم تثبت جدارة الصغير في اداء ما اذن فيه وجب سحب الاذن منه • وان كان ذلك لا يمنع بالضرورة صدور الاذن له من جديد ، اذا تبين لوليّه أو وصيه انه اكتسب ما كان يفتقده •

٣٦٧ من مدونة العمل الدولية) ، وان كان الاتجاه الدولي يسير نحو رفعها الى السادسة عشرة .

وإذا كان المشروع قد ارتأى تحديد سن الخامسة عشرة لكي تثبت للصغير المميز ابرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله ، فهو لم يفتل عن أن قانون العمل الكويتي يجيز تشغيل الاحداث عند بلوغهم الرابعة عشرة (المادة ١٨ من قانون العمل في القطاع الاهلي) ، فضلا عن أن هذه السن أدنى من متطلبات هيئة العمل الدولية التي تمتنع دولنة الكويت بعضويتها ، فهي سن يقلب الآ يصل فيها الصغير الى لادراك الكافي الذي يؤمله لبرام عقد العمل وللتصرف فيما يجيء ثمرة كسبه من عمله . ثم أن قانون العمل الكويتي ، وان شمل بحمايته السخية العمال الذين يرضعون لاحكامه ، فهناك طوائف عديدة من العمال مبعدة عن دائرة سلطانه .

والغاية التي يتوخاها المشروع من تقرير أهلية خاصة للصغير المميز ، عند بلوغه الخامسة عشرة من عمره ، لبرام عقد العمل وللتصرف فيما يكسبه من عمله ، اجرا كان أو غيره ، هي التيسير عليه ، دون التخلي عما يلزم لحمايته . فهو يتيح للصغير ، في هذه السن ، أن يبرم عقد العمل بذات نفسه ، دون حاجة الى أن يلجأ الى وليه أو وصيه . وبهذه المثابة يستطيع أن يتخير بنفسه العمل الذي يروقه . ثم انه يتفادى ما قد يكون من شأنه أن يفوت عليه فرصة الحصول على مورد رزقه ، سيما اذا كان تدخل الوصي يتطلب اجراءات معينة تقتضي وقتا قد يطول ، كما هو الشأن بالنسبة الى الممولين بوصاية ادارة شؤون القصر .

والمشروع مع ذلك لم يترك القاصر بعيدا عن الحماية . فهو لم يطلق أهليته في ابرام عقد العمل . اذ هو يحددها بآرام هذا العقد لمدة سنة ، اذا كان محدد المدة . أما اذا كان عقد العمل غير محدد المدة ، فمى قواعد قانون العمل ما يحمي القاصر على وجه كاف ، حيث يجوز له أن ينهى العقد في أى وقت ويشأزه ، بعد المدة التي يتلها القانون التنبيه على رب العمل برغبته في انائه ، وهي مدة تتراوح بين سبعة ايام وخمسة عشر يوما على حسب الاحوال وفق ما تقتضى به المادة ٥٣ من قانون العمل في القطاع الاهلي .

أما أهلية التصرف فيما يكسبه الصغير المميز البالغ من العمر خمسة عشر عاما من عمله ، اجرا كان أم غيره ، فهي ، من وجه نتيجة طبيعية لأهلية ابرام عقد العمل ، وهي من وجه آخر ، تشجع للصبي على أن يعمل ويكسب .

وإذا كان المشروع يمنح الصغير ، عند بلوغه الخامسة عشرة أهلية ابرام عقد العمل ، وأهلية التصرف في أجره وفي غيره مما يكسبه من عمله ، فقد حرص ، توخيا لحمايته ، على أن يحدد

امتداده في الطائفة التي يقضى فيها القانون بذلك ، الا أن الحد من أهليته فيما يتجاوز هذه المدة لا يكون مجردا من المصلحة له حتى في هذه الحالة .

وتقرر المادة ٩٣ ، في فقرتها الاولى : للصغير المميز آیا ما كانت سنه ، أهلية التصرف فيما يعطى له من مال لاغراض ففقتة . وهذا الحكم يمتشي مع واقع حياة الناس ، حيث يقوم الصغير بنفسه بانفاق ما يعطى له من مصروف . ثم انه لا خوف أن يسمح للصغير أن يتصرف فيما يعطى له من مال لاغراض ففقتة ، لئلاالة هذا المال من وجه ، ولخضوع الصغير لرقابة ذويه في اتفاهه من وجه آخر ، بحيث يمكنهم أن يجبروه عنه كله أو بعضه . ان رأوا منه تبذرا . وبعد هذا كله ذال الثقة يعطى للصغير لكي يصرّفه بنفسه ، ومن ثم لزم الاقرار له بأهلية التصرف فيه كاملة .

وقد حرص المشروع على أن يطلق أهلية الصغير في التصرف فيما يعطى من مال لاغراض ففقتة ، فلم يقيدھا بقيد ، حتى يتيح له التصرف فيه على نحو ما يريد ، ولو جاء ذلك منه على سبيل التبرع . لانه ان فعل ، فلم يشترع الا بقليل ، لا يضيره ان يؤثر به غيره على نفسه . في حين أن تبرعه بهذا القليل يربي فيه ، على حداثة سنه ، أسس الفضائل والنبیسا طرا ، من غيرية وإيثار ومساعدة المحتاجين واحسان السى الفقراء . ولا يقتصر هذا الحكم ، على منح الصبي المميز ، آیا ما كانت سنه ، أهلية التصرف فيما يعطى من مال لاغراض ففقتة ، وانما يقرر له أيضا أهلية أداء التصرفات الاخرى ، طالما جاءت في حدود تلك الاغراض . والمشروع يريد بذلك أن يتيح للصبي أن يشبع نفسه حاجاته اليومية ، كان يشتري شئینا يلزمه من غير أن يدفع في الحال ثمنه ، أو يقترض مالا يشتري به هذا الشيء .

وتأوی المادة ٩٣ ، في فقرتها الثانية ، تحدد مسؤولية الصغير المميز عن الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يعجزها بنفسه لاغراض ففقتة ، بما يعطى اياه من مال لهذه الاغراض . والمادة ٩٣ مستوحاة من المادة ٦١ من قانون الولاية على المال في مصر مع تعديلات اساسية في الصياغة ، توخيا للدفعة والانتساب .

وتعرض المادة ٩٤ لأهلية ابرام عقد العمل والتصرف فيما يجيء ثمرة العمل من مال ، اجرا كان أم غيره . وقد ارتأى المشروع ، لثبوت هذه الأهلية ، أن يحدد سن الصغير المميز بالخامسة عشرة من عمره ، اعتبارا بان هذه السن ، فضلا عن كونها مناسبة ، فهي تلك التي تحدها الاتفاقات الدولية ، كحد أدنى لتشغيل الاحداث (الاتفاقيتان الدوليتان الصادرتان من مؤتمر هيئة العمل الدولية رقم ٥٩ و ٦٠ لسنة ١٩٣٧ - والمادة

مسئولته الناجمة عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن هذه التصرفات بالأموال التي عادت عليه من كسب عمله .

وتأتي المادة ٩٤ ، في فقرتها الثانية ، وترخص للمحكمة في أن تقيد أهلية الصغير في الصرف في أجره وفي غيره مما يعود عليه من عمله ، إذا رأت لذلك مقتضياً . والمشروع ، وإن كان في تقريره أهلية الصغير المميز في التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر وغيره ، قد استوحى المادة ٩٣ من قانون الولاية على المال في مصر ، مع جعل السن خمسة عشر عاماً بدلاً من ستة عشر ، إلا أنه قد استحدث الحكم الذي يقرر أهلية إبرام عقد العمل ذاته ببلوغ تلك السن وهو في هذا الصدد يتوسط ، من بين قوانين بلادنا العربية ، بين نهجين : نهج يقرر للصغير المميز أهلية إبرام عقد العمل بمجرد بلوغه سن التمييز ، أي سن السابعة ، وهو النهج الذي سار عليه القانون المصري (المادة ٦٣) ، ونهج لم يحدد أهلية خاصة لإبرام عقد العمل ، الأمر الذي اقتضى بلوغ سن الرشد لثبوت الأهلية في إبرام عقد العمل ، اعتباراً بأنه عقد يتردد بين النفع والضرر . وكل من هذين النهجين لا يخلو من تطرف . وقد أرى المشروع أن يسلك بينهما طريقاً وسطاً ، فحدد لثبوت أهلية إبرام عقد العمل خمسة عشر عاماً ، وهي نفس السن اللازمة لثبوت الأهلية في التصرف فيما يعود على الصغير من عمله اجراً كان أم غيره .

وتقرر المادة ٩٥ للصغير عند بلوغه الثامنة عشرة من عمره أهلية إبرام الوصية . ولم يشأ المشروع أن يقيد هذه الأهلية بوجوب صدور إذن المحكمة ، على نحو ما يقتضيه قانون الوصية في مصر (المادة ٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) ، لأن في طلب هذا الإذن ، من الناحية العملية ، ما يقعد الصغير عن إشباع رغبتة المشروعة في أن يؤثر ، بعد موته ببعض ماله من تجوز له الوصية قانوناً ، وهو بعد غض الأهاب ، لم يألّف التعامل مع المحاكم .

وتعرض المادة ٩٦ لاكتمال أهلية الأداء ببلوغ سن الرشد ، وللحكم العام لعوارض الأهلية بعد بلوغ الرشد ومؤدى نصها أن الأصل أنه ببلوغ الإنسان سن الرشد ، يصبح كامل الأهلية . ولأداء كافة التصرفات القانونية ، اعتباراً بأن ادراكه حينئذ يكتمل . وهو ، عند بلوغه هذه السن ، يصبح كامل الأهلية بقوة القانون ، ومن غير لزوم لاتباع أي إجراء من أي نوع كان . وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

على أن اكتمال الأهلية ببلوغ سن الرشد يقوم على افتراض توافر العقل وحسن التدبير في الإنسان ، وهو افتراض يتشعب مع الغالب من الناس ، فإن كانت في الصبي علة في عقله أو في تدبيره أمره ، كان لمن له ولاية على ماله ، أو لاي ذي شأن آخر ، أن يرفع الأمر للقاضي طالباً الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية على حسب الأحوال . على أنه ينبغي أن يرفع هذا الطلب إلى القاضي قبل بلوغ سن الرشد . فإن بلغ الصبي سن الرشد ، من غير أن يطلب استمرار الولاية أو الوصاية على ماله ،

اتتهت هذه أو تلك بقوة القانون ، ويصبح الطريق في إخفاء الحماية على الشخص متشكلاً في نظام القوامه .

وإذا صار الصبي إلى رشده ، واكتملت عنده بالتالي أهلية أدائه ، فإنه يستمر على هذا النحو ما قدر له أن يعيش ، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية التي يحددها القانون . وتعرض المادة ٩٧ للحالة التي يدعى فيها ناقص الأهلية توافر الأهلية عنده ، أو بعدد إلى إخفاء النفس في أهليته . وهي حالة لا نعدم الحصول في واقع حياة الناس . وتجيء الفقرة الأولى ، لترسي الأصل العام في هذا الخصوص . ومؤداه أن مجرد ادعاء الشخص توافر الأهلية لديه ، حالة كونه في الواقع ناقصها ، لا يغير شيئاً من حقيقة أمره ، ولا يمنه بالتالي من أن يتسكك بنقص أهليته . وهذا حكم بين واضح . فعلى كل متعاقد أن يتأكد بنفسه من توافر الأهلية فيمن يتعاقد معه ، دون أن يركن لمجرد كلامه . ثم أن حماية ناقص الأهلية تتضاءل إلى حد بالغ ، إذا كان في مجرد تصريحه بأهليته ما يمنه من أن يتسكك بما يتورثها من نقص .

وتقتضى المادة ٩٧ ، في فقرتها الثانية ، بمسئولية القاصر عن التعويض عن الضرر الذي يربته الإبطال لمن يتعاقد معه ، إذا كان في سبيل إخفاء ناقص أهليته ، قد لجأ إلى طرق تدليسية من شأنها أن تحل على الاعتقاد بتوافر الأهلية لديه . وهذا الحكم لا يبدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة في المسئولية التقصيرية . وقد حرص المشروع على أن يتطلب في الطرق التدليسية التي من شأنها أن تثقل ناقص الأهلية بالمسئولية . أن يكون من شأنها أن تحصل على الاعتقاد بتوافر الأهلية عنده . فالمعيار هنا ليس شخصياً يتعلق بذات المتعاقد مع القاصر . ولكنه معيار موضوعي أساسه الشخص العادي . فإذا كانت الحيلة ، التي أخفى بها القاصر ناقص الأهلية قد انطلت على المتعاقد نفسه ، وما كانت تنتل على غيره من سواد الناس وجهتهم ، فانها لا تصلح دعامة للمسئولية .

وإذا كانت الفقرة الثانية قد خصت بالذكر القاصر ، دون غيره من ناقصي الأهلية ، فإن ذلك يرجع إلى أن الحيلة التي يمكن أن تتخذ سبيلاً لإخفاء سنه يمكن أن تنطلي على الشخص العادي ، كما إذا زورت شهادة ميلاده . أما بالنسبة إلى غير القاصر من ناقصي الأهلية ، فيصعب أن تنطلي الحيلة على الشخص العادي ، أما بسبب ما يعمله عليه الحرص في الكشف في السجلات الخاصة بشهر سبب النقص في الأهلية ، كما هو الحال في السفه أو الغفلة ، وأما بسبب الضعف الظاهر في الإدراك الذي لا يفي على فطنته . كما هو الشأن في العته .

وترخص الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ للقاضي بأن يحكم على سبيل التعويض المستحق على القاصر نتيجة التجاهل إلى الغش لإخفاء ناقص أهليته ، فرض الدعوى التي يرفعها بإبطال العقد . وما هذا إلا مجرد تطبيق للقاعدة العامة في التعويض العيني .

من قوانين دولنا العربية ، كالتقانون العراقي والتقانون الاردني .
وقضت المادة ٩٩ بأنه تسرى على تصرفات المعتوه الاحكام التي
تخضع لها تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧ .

ولم يشأ المشروع أن يساير المجلة والتقانون العراقي
والقانون الاردني ، فيكتفى بالقول بأن المعتوه هو في حكم
الصغير المميز ، رغبة منه في تقييد ما ثبت للمعتوه من أهلية بتلك
التي يقرها المشروع للصغير المميز بوجه عام في المادة ٨٧ منه
دون الاهليات الخاصة التي تقرها للصغير المميز المواد التي
تتلوها .

وتعرض المادة ١٠٠ ، لاثبات الجنون أو العته ، وإذا كانت
القاعدة العامة هي أن يفترض في الشخص ، عند اجرائه تصرفا
ما ، ان الإرادة كانت متوافرة لديه حال ابرامه ، ما لم يثبت
العكس ، وهي القاعدة التي سبق للمشروع أن قننها في المادة
٣/٣٣ ، الا انه أراد أن يأخذ بحكم مغاير في صدد الجنون أو
المعتوه ، عندما يكون جنونه أو عته مشهورا ، أو عندما يكون
القاضي قد عين له قيسا ، ليقرر ، في هذه الحالة وتلك ، افتراض
ايرام التصرف حالة الجنون أو العته ، ليلقى بذلك عبء اثبات
ايرام التصرف ، حالة الافاقة ، على من يدعيه . وهو حكم يجيد
له ما يبرره ويسوغه إذ أن الشخص الذي يشتره عنه الجنون
أو العته ، أو ذلك الذي يعين له القاضي قيسا ، يكون في أغلب
أوقافه فريسة هذا الأمر أو ذلك ، بحيث تتمثل فترات افاقته ان
تواجدت ، قليلة عارضة ، ولقد أراد المشروع أن يتمشى مع
الغالب ، فيفترض حصوله ، ليلقى بذلك عبء اثبات النادر على
من يدعيه .

ويعرض المشروع ، في المواد ١٠١ الى ١٠٦ ، لأحكام
تصرفات السفه وذى الغفلة . والاصل أن حكم تصرفات السفه
وذى الغفلة واحد ، اعتبارا بأن كلا من السفه والغفلة يتشابهان
في أنهما لا يسان من الانسان عقله ، وانما مجرد تديره أمره -
على ما تقدم - وقد تمشى المشروع كأصل عام مع فكرة وحدة
الحكم في تصرفات كل من السفه وذى الغفلة في تقريره في
المادة ١٠١ الاصل العام في هذا الخصوص ، وكذلك في المادة
١٠٢ ، حيث أجاز لكليهما ايرام الوقف الوصية ، متى أذن
لهما به القاضي .

ومع ذلك ، لم يغفل المشروع عن أن التسائل بين السفه
والغفلة غير قائم ، وأن ثمة خلافا بينهما ، وان لم يعظم . فان
كان كل منهما يتمثل في ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس ،
فإن هذا السفه ، في السفه يحل سلاحه على تذيير ماله ، في
حين أنه ، في الغفلة ، يحصل صاحبه على أن يقبضه غيره في
معاملاته ، لفرط الطيبة في قلبه ، ولما يعتبره من سذاجة . وهذا
ما أدى بالمشروع الى أن يخص السفه ، دون ذى الغفلة ،

وتعرض المادة ٩٨ للمجنون من حيث أهلية أداء التصرفات .
وتقضى ، في تقريرها الاولى بانعدام هذه الاهلية عنده . وهذا حكم
تعرضه طبيعة الامور ذاتها ، ويجمع عليه فقهاء المسلمين ، كما يجمع
عليه الفكر القانوني المعاصر على حد سواء . إذ أن الجنون خلل
يلحق من الانسان عقله ، فيعدم الإدراك عنده . والاهلية مناطها
الإدراك ، تدور معها وجودا وعندما كمالا وتقصانا .

على أن الشخص لا يكون عديم الاهلية ، الا عندما يعتبره
الجنون . فالعلة تدور مع معلولها . فان كان الجنون غير مطبق ،
بحيث تتخلله فترات افاقة ، وأبرم الشخص العقد أثناء فترة منها ،
كان عقده سليما . إذ الفرض انه أبرمه وهو عاقل . وهذا هو ما
تقرره الفقرة الثانية . وهو حكم يقول به فقهاء المسلمين . وأقرته
المجلة (المادة ٩٨٠) .

وحكم تصرفات المجنون ، من البطلان أو الصحة ، على
حسب ما إذا كان الشخص عند ابرامها ، مجنونا أو عاقلا ، لا
يتأثر بتنسب القيم أو عدم تنسبها . فعلة الحكم هي في ذات
اضطراب العقل . وتنسب القيم أو عدم تنسبها لا يؤثر في
ذلك الاضطراب . ومن هنا كان الحكم في الفقه الاسلامي ، أن
المجنون محجور عليه لذاته ، مثله في ذلك مثل الصغير ، مميزا كان
أم كان غير مميز . وهو نفس الحكم الذي سبق للمشروع أن يتبناه
في المادة ٨٥ فقرة أولى .

وقد حرص المشروع على أن يصرح ، في الفقرة الثالثة ، بأن
تنسب المحكمة قيسا على الجنون لا يغير من الاحكام التي تنظم
الاهلية عنده ، دفعا لاية مظنة ، برغم أنه لا يعدو أن يكون تطبيقا
لما سبق له أن أورده من أن المجنون محجور عليه لذاته .

وتواجه المادة ٩٩ أهلية المعتوه ، ويلاحظ في ذلك الخصوص
أن فقهاء العسليم اختلفوا على تحديد المقصود من العته . فرأى
البعض منهم أنه نوع من الجنون ، يتميز بأن صاحبه لا يلبأ الى
العتف ، فهو جنون هادي . ورأى البعض الآخر انه ، وإن تشابه
مع الجنون في كونه يقوم مثله على علة تلحق العقل ، الا أنه يتخالف
معه في أن الخلل الذي يقوم عليه أدنى درجة من ذلك الذي يقوم
عليه الجنون ، بحيث لا يعدم عند صاحبه الإدراك ، وانما يتقصه
فصبا .

وإذا كان الفرق بين الجنون والعته يتمثل ، في واقع الأمر
في خبط رفيع ، يترك أمر التقدير فيه لقاضي الموضوع ، الا أنه
قائم على أية حال . والمصلحة هي في تقرير الخلاف بين الجنون
والعته ، ليتأثر الحكم في شأنهما . فان كان الخلل الذي يلحق
العقل يعدم عند صاحبه الإدراك ، اعتبر جنونا يعدم الاهلية
بعض النظر عن هدوء الشخص أو هيجانه . أما اذا كان الخلل
لا يعدم من الانسان ادراكه ، وانما يتقصه فحسب ، اعتبر عنها ،
وتقصت الاهلية بسببه ، دون أن تنعدم وهذا هو الاتجاه الذي
آثر المشروع أن يسايره ، متفتيا أمر المجلة وما سار على دربها

باهلية ادارة أمواله ، اذا أذنت المحكمة في ذلك ، وتحت رقابتهما ، ليصل بذلك الى مرتبة الصغير المميز عند بلوغه الثامنة عشرة . كما انه أدى به أيضا الى أن يمنحه ، دون ذى الغفلة ، أهلية ابرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله ، اجرا كان أم غيره ، تحت رقابة المحكمة ، ليأخذ بذلك حكم الصغير المميز عندما يبلغ الخامسة عشرة من عمره .

وتقرر المادة ١٠١ الاصل العام الذى يحكم تصرفات كل من السفه وذى الغفلة . فتتضح بأن ما جاء من تلك التصرفات بعد صدور الحجر وشهره ، تسرى عليه أحكام تصرفات الصغير المميز المنصوص عليها في المادة ٨٧ من المشروع . أما ما جاء منها قبل شهر قرار الحجر ، فيقع صحيحا ، ما لم يكن قد أبرم بالتواطؤ توقعا للحجر . وهذا الذى تقرره المادة ١٠١ ، من جعل نقض الاهلية عند كل من السفه وذى الغفلة رهنا بصدور قرار الحجر وشهره ، لا يعدو أن يكون عملا للفكرة التى تقضى بأنهما ليسا مجبورين لذاتهما ، وإنما يقع حجرهما بحكم القاضى .

أما شهر قرار الحجر ، فقد تطلبه المشروع حماية للغير ، بأتاحة الفرصة لهم في العلم بالحجر ، فان كان قرار الحجر لما يصدر ، أو كان قد صدر ولكنه لما يشهر ، وتعاقد السفه مع شخص يعلم بدعوى الحجر أو حتى بالعلم عليها ، فعمدا معا اتى ابرام العقد تطواطؤا منهما على استباق الزمن ، فوت عليهما المشروع قسدهما ، وأهدر احتياهما ، وأعطى تصرفهما الحكم الذى كان ليأخذه ، لو أنه أبرم بعد قرار الحجر وشهره .

وقد اقتصر المشروع على النص على التواطؤ توقعا للحجر . باعتبار أن من شأنه اعطاء تصرف السفه أو ذى الغفلة ، قبل شهر قرار الحجر ، حكم تصرفه الذى يبرم بعد ذلك ، دون أن يقرن به الاستقلال ، على خلاف ما فعل القانون المصرى وبعض القوانين العربية الاخرى التى استوحته كالتقانون الاردنى . اذ أن الاستقلال أصبح عبئا عاما يشوب الرضاء ، ويمكن بالتالى اعمال حكمه على تصرفات السفه أو ذى الغفلة بدون نص خاص ، اذا استبان أن من تعاقد معه قد عمد الى استغلال طيش بين أو هوى جامع أو ضعف ظاهر فيه .

وتمنح المادة ١٠٢ للسفيه وذى الغفلة ، على خلاف الأصل ، أهلية ابرام الوصية والوقف ، شريطة أن تاذن المحكمة لهما في ابرامهما ، والمشروع في ذلك يحذو حذو كل من القانون المصرى (المادة ١١٦ / ١) ، والقانون الاردنى (المادة ١٣٠ / ١) . وقد ارتأى المشروع المصلحة في منح السفه وذى الغفلة أهلية ابرام الوصية والوقف ، برغم كونهما من أعمال التبرع ، وان كان قد اشترط لاجرائهما منهما اذن المحكمة . وذلك اعتبارا منه بأنهما تصرفان يتسمان بنزعة شخصية تنخص السفه أو ذى الغفلة وحده ، دون القيم عليه ، وأن الواجب الا يحرم هذا أو ذلك

من أداثهما ، لما عساه أن يكون له فيهما من هدوء البال أو راحة الضمير أو اشباع زعة انسانية أو دينية سامية . ثم انه لا خوف مما يبرماته ، طالما أن الامر يتم بأذن المحكمة ، التى تعمل حكمتها في الرقابة .

وتعرض المادة ١٠٣ والمادة ١٠٤ للسفيه المأذون في ادارة أمواله كلها أو بعضها .

وتقضى المادة ١٠٣ ، في فقرتها الاولى ، بأن للمحكمة أن تاذن للسفيه في تلك الادارة اذنا مطلقا أو محددا بما تراه من قيود ، وعلى الأخص ما تراه من الزام السفه بأن يقدم لها حسابا عن ادارته في المواعيد التى تعينها . وقد أقر المشروع أن يقصر الاذن في الادارة على المحكمة ، بخلاف ما سبق له أن قرره في شأن الاذن للصغير المميز في الادارة ، حيث أناط به الولي أو الوصى تحت رقابة المحكمة . ذلك لأن الاذن للسفيه بالادارة أكثر خطورة من ذلك الذى يمنح للقاصر ، سيما وان سوء ادارته لا ينعكس عليه وحده ، وإنما قد ينعكس أيضا على من يعولهم من زوج أو واد ، بخلاف القاصر ، الذى يندر أن يكون له زوج أو ولد ، في تلك السن المبكرة التى يتاح له فيها أن يستحصل على الاذن في ادارة أمواله .

وتقضى المادة ١٠٤ ، في فقرتها الثانية ، بأن للمحكمة أن تسحب الاذن الذى سبق لها أن أعطته للسفيه في ادارة أمواله ، أو أن تقبده ، اذا رأت لذلك مقتضيا . ذلك لأن الاذن للسفيه في الادارة يعطى له ، كما يعطى للقاصر ، على سبيل التجربة والابتلاء ، وتحت رقابة المحكمة ، فان تلمست فيه المحكمة صلاحا أبقت يد يديه ، وان رأت فيه اعوجاجا ، سلبته ما سبق لها أن منحته من أهلية الادارة .

وتقضى المادة ١٠٣ ، في فقرتها الثالثة ، بوجود التأثير على هامش شهر قرار الحجر بما عساه أن تصدره المحكمة من الاذن بالادارة أو تقييده أو بسحبه ، حماية للغير ، عن طريق أتاحة الفرصة لهم في أن يكونوا على بينة مما تقرره المحكمة . ويتم التأثير الهامشى على مقتضى النظام الذى يقضى به قرار يصدر من وزير العدل .

وتقضى المادة ١٠٤ بأن للسفيه المأذون في الادارة أهلية اجراء التصرفات التى تقتضيها ادارة ما يسلم اليه من أمواله لادارتها ، في حدود القيود التى يتضمنها الاذن الصادر من المحكمة . ولم يشأ المشروع أن يقيد أهلية السفه المأذون في الادارة بالنسبة الى تأجير الأموال ، بخلاف ما سبق له أن فعله في شأن الصغير المميز ، حيث قيد أهليته في تأجير ماله بعمدة سنة . وقد حدا به الى ذلك أن الاذن للسفيه في الادارة لا يكون الا من المحكمة . فهو لا يكون ممن له الولاية على ماله ، بخلاف القاصر . وللمحكمة أن تضع لادارة السفه لامواله من القيود ما ترى أن المصلحة تقتضيه .

ويختلف دور المساعد القضائي اختلافا أساسيا عن دور الولي أو الوصي أو القيم أو الأشخاص الآخرين ، الذين يتولون مثلهم النيابة عن غيرهم ، كمدير التفليسة والحارس القضائي . فالمساعد القضائي ، بخلاف هؤلاء جميعا ، لا ينوب عن العاجز جسمانيا في إبرام التصرفات ، وهو بالتالي لا يعني عنه في ذلك . فالذي يبرم التصرف هو هذا العاجز نفسه . ويتصرف دور المساعد القضائي بحسب الأصل ، في أن يكون مجرد معين له في إبرامه ، بأن يداونه في الإلام بظروف التعاقد ، كما يعاونه أيضا في التعبير عن إرادته ، فهو بمثابة المترجم له وعنه . ومن أجل ذلك حرص المشرع على الإيجاز القانون العراقي في اطلاق اصطلاح (الوصي) عليه ، وأما هذا حذو القانون المصري في اطلاق اصطلاح (المساعد القضائي) وقد حرص المشرع على أن يجعل العجز الجسماني الشديد مناط تعيين الحارس القضائي كلما كان من شأن هذا العجز أن يصعب على صاحبه الإلام بظروف التعاقد ، أو يصعب عليه التعبير عن إرادته في شأنه . وبهذا يضع للقاضي معيارا مرنا ، يصل به الى العموم والشمول بالنسبة الى حالات العجز الجسماني الذي يقتضئ المساعدة لصاحبه . والمشروع بذلك يتدارك عيبا وقع فيه القانون المدني المصري ، بقصره الحكم على ذى العاهتين من عاهات الصم والبكم والعمى . وهو عيب عند المشرع المصري نفسه الى تفاديه في قانون لاحق ، هو قانون الولاية على المال ، حيث أضاف العجز الجسماني الشديد ، وأما كمجرد حالة من الحالات المسوغة لاعمال نظام المساعدة القضائية . أما المشروع فيجعل من العجز الجسماني الشديد مناطا لاعمال هذا النظام . ويذكر ذا العاهتين كمثال يستتير به القاضي لتحديد نوعية العجز المقصود . والأمر بعد ذلك متروك لتقديره ، حسب ظروف كل حالة .

وتقرر المادة ١٠٨ الأثر المترتب على تعيين المساعد القضائي . ويتركز هذا الأثر في وجوب اشتراك المساعد القضائي مع العاجز عجزا جسمانيا في إبرام العقد أو غيره من التصرفات التي تقررت المساعدة في شأنها . على أن اشتراك المساعد القضائي في التصرف يتشمل ، بحسب الأصل ، في مجرد معاونة العاجز في إبرامه ، دونما تتجاوز في ذلك . فهذا العاجز هو الذي يبرم التصرف . وأما يلزمه أن يبرمه بمعاونة مساعده . ومن ثم وجب الاعتدال بإبرادة العاجز نفسه من حيث ذات وجودها ، ومن حيث العيوب التي تشوبها ، بخلاف غيره من المشوئين بالولاية أو الوصاية أو القوامة . على أن المشروع يتطلب ، حماية للعاجز ، أن يعبر عن إرادته بمعاونة مساعده . فإن صدر منه التصرف ، بغير تلك المعاونة ، وقع تصرفه قابلا للإبطال لمصلحته ، طالما صدر بعد قرار تعيين المساعد .

على أن المشروع قد استثنى من هذا الأصل الحالة التي تآذن فيها المنكحة لمن تقررت مساعدته بالانفراد في إبرام

وتعرض المادة ١٠٥ ، في فقرتها الأولى ، لما يخصص للسفيه من مال لأغراض نفقته هو ومن يعول ، وتمنحه أهلية التصرف فيه ، في نفس الحدود التي تثبت فيها أهلية الصغير المميز في التصرف فيما يعطى له من مال لأغراض نفقته .

وتجيز الفقرة الثانية لتخول المحكمة ، بناء على طلب السفيه أو القيم عليه أو أى ذى شأن آخر كزوجته أو ولده ، سلطة تحديد ما يجب تخصيصه للسفيه من مال لأغراض النفقة ، على أن تراعى المحكمة في ذلك موارد السفيه وحاجاته هو ومن يعول .

وتعطي المادة ١٠٥ ، في فقرتها الثالثة ، السلطة للمحكمة في أن تمنع عن السفيه المال المخصص لأغراض النفقة ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو الى الخشية من قيامه بتبذيره . وللمحكمة عندئذ أن تعهد بمال النفقة الى من ترى الصلاح في توليه أمر الاتفاق على السفيه وأسرته من زوجة أو ولد أو غيرهما .

وتقرر المادة ١٠٦ أن للسفيه أهلية إبرام عقد العمل وأهلية التصرف فيما يعود عليه من عمله ، اجرا كان أم غيره ، في نفس الحدود التي تقررها المادة ٤٤ من المشروع في شأن الصغير المميز . وفي منح السفيه أهلية إبرام عقد العمل والتصرف فيما يكسبه من عمله ، لا سيما الأجر ، مصلحة لا تضي . إذ أن من شأن ذلك أن يسهل عليه أن يجد لنفسه عملا يتشمل موردا لرزقه ورزق من يعول . ثم أن في ذلك رفعا للثمن عن رب العمل ، حيث يكون له أن يوفى الأجر للعامل بنفسه ، دون أن يلزم بأن يدفعه للقيم عليه وبعد ذلك كله فالرقابة ثابتة للمحكمة بالنسبة الى التصرف في الأجر أو في غيره مما يعود على السفيه ثمره لعمله . فإن رأت مقتضيا للحد من أهلية السفيه في هذا التصرف ، قضت به .

وتجيز المادة ١٠٧ للمحكمة المختصة أن تعين مساعدا قضائيا لمن يكون به عجز جسماني شديد من شأنه أن يصعب عليه التعبير عن إرادته أو يصعب عليه الإلام بظروف التعاقد ، وعلى الأخص اذا كان هذا العجز الجسماني راجعا للإصابة بعاهتين من عاهات فقد السمع والكلام والبصر ، بأن كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . فمثل هذا الشخص ، يعترض العجز جسمي ، فلا يمس عقله ، ولا يلحق بتديره . فهو بالتالي كامل الإدراك ، سليم التديير ، ولكنه يتعذر عليه ، بسبب عاهاته أو حالته المرضية أو الجسمية ، أن يعبر وحده عن إرادته تعبيرا واضحا سليما ، كما قد يشقى عليه بسببها من عدم تبين ظروف التصرف الذي يجريه على نحو سليم . ولهذا يقرر له المشروع نظام المساعدة القضائية ، بأن يجيز المحكمة أن تعين له من يتولى معاونة في إبرام التصرفات التي تحددها له ، على أن يشهر قرار تعيين المساعد القضائي ، حماية للغير ، عن طريق إتاحة الفرصة لهم في العلم بصدوره .

حال حياته ، فيقدم الوصي الذى اختاره ، علما برأيه ، وتحققا لرغبته ، كما يقدم الأب نفسه على الجدة لو كان موجودا . وأما ثبوت الولاية للجد ، وتقديسه على الوصي الذى تعينه المحكمة ، فقد أخذهُ المشروع من مذهب الحنفية والشافعية ، إذ الجدة أفر الشفقة على أولاد أولاده ، فثبت له الولاية ، إلا أن شفته لما كانت دون شفقة الأب أخرجت ولايته عن ولاية الأب ، وولاية من اختاره لابنه وصيا .

وقد حرص المشروع على النص على أن ولاية كل من الأب والجد ولاية الزامية ، فلا يكون لواحد منهما أن تنتهى عنها إلا إذا وجد سبب يبرر هذا التنحي ، كأن يكون الأب أو الجدة كبير السن أو مريضا لا يستطيع القيام بما تتطلبه الولاية من واجبات والتزامات . فعندئذ يجوز له التنحي عن الولاية . وهذا التنحي لا يكون إلا بناء على إذن المحكمة المختصة ، وذلك رعاية لمصلحة الصغير وحفظا لماله .

وهذا الحكم يتفق تماما مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي . ففي هذا القفه : أن ولاية الأب والجد ولاية أصلية ذاتية ، أثبتها الشارع لهما بسبب الأبوة ، فكانت الولاية حقا لهما ، كما أنها واجبة عليهما .

وتعرض المادة ١١١ لبيان الشروط التي يلزم توافرها في الولى والوصى . فنصت على أنه يشترط في كل من الولى والوصى أن يكون عدلا ، أى أميناً حسن السيرة ، وأن يكون كفتا ، أى قادرا على ادارة المال الذى في ولايته ، والتصرف فيه ، وأن يكون بالغاً رشيداً غير محجور عليه بسبب من أسباب الجنون ، لأن من فقد وصفا من هذه الاوصاف لم يكن أهلا للولاية على مال نفسه ، ومن لا يكون أهلا للولاية على مال نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال غيره بالطريق الاولى . وكذلك يشترط في الولى والوصى الا يكون قد أشهر افلاسه ، ولم يرد اليه اعتباره ، لأن من أشهر افلاسه ، ولم يرد اليه اعتباره يضى منه على المال الذى يكون تحت ولايته ، فلا يمكن من الولاية عليه .

ولم تقتصر المادة على تلك الشروط بل أضافت اليها كل شرط يتطلبه القانون أو تشترطه الشريعة الاسلامية في الولى أو الوصى . والذى دعا المشرع الى الاعتداد بالشروط التي تتطلبها الشريعة الاسلامية ، ما وجده من أن هذه الشريعة أضافت رعاية الشروط الواجب توافرها في الولى والوصى شرطا فيه رعاية زائدة لمال القاصر مسلما كان أو غير مسلم ، فاشتترط في الولى والوصى أن يكون متحدا في الدين مع من يكون في ولايته . وبناء على هذا الشرط منعت المسلم أن يكون وليا أو وصيا على غير المسلم ، كما منعت غير المسلم أن يكون وليا على المسلم . ولا يخفى ما في هذا الاشتراط من ضمان شفقة الولى أو الوصى على من له الولاية او الوصاية عليه ، وحسن عنايته به ، لأن

التصرف ، دون معاونة مساعده وقد اراد بذلك أن يواجه الحالة التي يجهج فيها المساعد عن تقديم العون ، في حين أن المحكمه ترى ، من ظروف الحال ، إمكان افراد الشخص بأبرامه دون أن يلحقه الضرر .

وتواجه المادة ١٠٩ الحالة التي يتعذر فيها على الشخص ، بسبب حالته الجسدية أو المرضية ، أن يرهم تصرفا معيناً ، ولو بمعاونة مساعد قضائي ، عين له من قبل ، أو يراد تعيينه له ، في حين أن مصلحته تقتضى إبرامه ، دونما انتظار ، والا تعرضت للخطر ، ويقضى المشروع بأنه يجوز للمحكمة ، في تلك الحالة ، أن تأذن للمساعد القضائي بأن يقوم بنفسه ، وبغير تدخل من العاجز ، بإبرام التصرف . وللحكمة عند صدور اذنها للمساعد في إبرام التصرف منفردا ، أن تقرر القيسود التي تراها كقيلة بتحقيق مصلحة العاجز .

وفي الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٩ ، يكون للمساعد القضائي صفة النائب ، بخلاف الأصل المتمثل في أنه مجرد مترجم للعاجز وعنه .

الولاية على مال الصغير :

١ : كان للصغير مال احتاج الى من يقوم بحفظه وادارته والتصرف فيه . وتناط هذه المهمة بالولى أو الوصى على حسب الأحوال .

والولى ، في اصطلاح الفقه الاسلامي ، يطلق على الأب والجد الصحيح وهو أبو الأب ، أما الوصى فهو من يختاره الأب وصيا على مال أولاده الصغار ، ويقال له : الوصى المختار ، أو من تعينه المحكمة وصيا .

وقد أوضحت المادة ١١٠ من المشروع الأشخاص الذين تكون لهم هذه الولاية أو الوصاية على مال الصغير ، ودرجة كل منهم فيها ، فنصت على أن الولاية تكون لأبي الصغير . فإن لم يوجد له أب ، أو وجد ولم يكن أهلا للولاية ، كانت الولاية لمن اختاره الأب وصيا . فإن لم يكن الأب قد اختار لابنه وصيا ، كانت الولاية للجد الصحيح . فإن لم يوجد الجد الصحيح ، أو وجد ولم يكن أهلا للولاية ، كانت الولاية لمن اختاره المحكمة وصيا .

وثبوت الولاية للأب ، وتقديسه على غيره فيها حكم متفق عليه في الفقه الاسلامي ، لأن الأب أقرب الناس الى أولاده ، وأشفقهم وأرعاهم لمصلحتهم ، يهه من أمرهم أكثر ما يهه من أمر نفسه . أما ثبوتها لوصيه المختار ، وتقديسه على الجدة ، فقد أخذهُ المشروع من مذهب الحنفية والمالكية لأن الأب إذا اختار وصيا مع وجود الجد كان اختياره دليلا على أنه يرى الوصى أصح من الجد في رعاية مال أولاده ، والتصرف فيه ، ورأى الأب في شؤون أولاده محترم بعد وفاته ، كما هو محترم

وقد استلزم المشروع ، في الفقرة الثالثة ، عرض اختيار الوصي على المحكمة لتبنيته ، وتبعاً لذلك يكون للمحكمة رفض الوصي المختار اذا وجدت انه لا يتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي بوجه عام .

وتناولت الفقرة الاولى من المادة ١١٤ سلطة المحكمة في تقييد سلطة الوصي المختار وسلب ولاية كل منهما ، فنصت على أن للمحكمة الحق في تقييد ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار ، وفي سلب هذه الولاية ، متى وجدت في اطلاق ولايتهم أو استمرارها خطراً على مال الصغير ، وطلب منها ذلك ادارة شؤون القصر أو أى شخص ذى شأن ، وكان هناك من الاسباب ما يخشى معها الضرر على أموال الصغير . وللمحكمة سلطة تقدير الاسباب التي تقتضي سلب الولاية أو الحد منها .

وتناولت الفقرة الثانية سلطة المحكمة في عزل الوصي الم عين ، فأعطتها الحق في عزل هذا الوصي وتعيين وصى آخر بدلاً منه ، اذا استدعى ذلك صالح الصغير .

والحكمة في اعطاء المحكمة هذا الحق أن الولاية منوطه بمصلحة الصغير ومن مهمات المحكمة رعاية هذه المصلحة ، فاذا رأيت أن مصلحة الصغير تقتضي زوال الولاية أو تقييدها كان عليها أن تحكم بزوالها أو تقييدها متى طلب منها ذلك من له الصفة في التقدم به ، وهو ادارة شؤون القصر أو أى ذى شأن آخر .

وتعرض المادة ١١٥ في فقرتها لما يلزم اتخاذها في حالة غياب الوصي أو الوصي المختار وفي حالة حبس أحدهما .

فقررت الفقرة الاولى أن للمحكمة أن توقف الولاية عن الأب أو الجد أو الوصي المختار ، اذا اعتبر غائباً ، وفقاً لما تقتضى به الفقرة الثانية من المادة ١٤١ ، أو اذا سجن تنفيذاً لحكم بالحبس لمدة تزيد على سنة .

وبينت الفقرة الثانية من تكون له الولاية على مال الصغير في فترة الوقف ، فنصت على أنها تثبت لمن تكون له ولاية المال وفقاً للأصل العام المقرر في المادة ١١٠ من المشروع .

وتتناولت المادة ١١٦ ، في فقرتها ، ما يدخل تحت نطاق الولاية أو الوصاية من مال الصغير ، فنصت في الفقرة الاولى على شمول الولاية أو الوصاية لكل أموال الصغير ، الا اذا رأى الأب تخصيص الوصي الذي اختاره بنوع من المال أو بنوع من التصرفات أو رأيت المحكمة تحديد ولاية الوصي ببعض أنواع المال أو بنوع من التصرفات ، فان الوصي أو الوصي في هذه الحالة يتخصص بما خصصه الوصي أو القاضي ، وذلك لأن ولاية الوصي مستمدة من الأب أو القاضي ، فتكون على حسب ما فوضه كل منهما إليه ، وأذن فيه . وهذا الحكم مستمد من مذهب أبى يوسف ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة .

الاتفاق في الدين باعث على العناية وشدة الرعاية بالموافق فيه . كما أن الاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك العناية بمصالح المخالف فيه .

هذا والغرض من وضع هذه الشروط العمل على حماية مال الصغير ، وضمان حسن ادارته والتصرف فيه ، وهو أمر تحت عليه الشريعة الاسلامية وتوجيه .

وتضمنت المادة ١١٢ حكماً خاصاً خرجت به عن الحكم العام الذي جاء في المادة ١١٠ حيث أنها جعلت في فقرتها الاولى ، الوصاية على مال الصغير لادارة شؤون القصر اذا كان من الكويتيين ، ولم يكن له أب ولا وصى مختار للأب ولا جد صحيح ، وذلك ما لم تعين المحكمة له وصياً غيرها .

ونصت المادة ١١٢ ، في فقرتها الثانية ، على اعطاء المحكمة سلطة تعيين الوصي الذي تراه بدلاً من ادارة شؤون القصر في أى وقت تشاء ، متى رأيت أن ذلك في مصلحة القاصر .

والمشروع ، بالأحكام التي يوردها في المادة ١١٢ بفقرتها ، يتوافق مع ما يقضى به القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شؤون القصر .

وتنظم المادة ١١٣ ، في فقراتها الثلاث ، الشكل الذي تلزم مراعاته للاعتداد باختيار الأب وصياً لصغيره ، وحق الأب في الرجوع عن اختيار هذا الوصي ، وتثبيت المحكمة له . فنصت ، في الفقرة الاولى ، على انه يلزم لاعتبار الشخص وصياً مختاراً أن يكون اختياره مثبتاً في ورقة رسمية ، أو في ورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب ، أو في ورقة مكتوبة كلها بخط الأب وموقعة بامضائه .

وهذه الفقرة مستوحاة من المادة ٢٨ من القانون المصرى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال .

والهدف من اشتراط ذلك في تعيين الوصي المختار هو حسم المنازعات الخاصة بالأبائات ، وحماية القصر ممن يدعون الوصاية عليهم زوراً وبهتاناً ، وهو أمر يتفق مع مبادئ الشريعة الاسلامية التي تدعو الى المحافظة على مصالح الناس ، وتسد الباب في وجه الكاذبين والمزورين .

وقد أعطى المشروع ، في الفقرة الثانية ، للأب الحق في الرجوع عن اختيار الوصي ، ولم يشترط في اعتبار هذا الرجوع ما اشترطه في اختيار الوصي ، وهو بهذا يمتاز عن القانون المصرى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذي تطلب لاعتبار الرجوع عن اختيار الوصي ما تطلبه لاعتباره وصياً لأنه بهذا المسلك يسر طريق الدلول عن اختيار الوصي ، وفي هذا التيسير مصلحة للصغير ، فقد يختار الأب شخصاً للوصاية على اولاده ، معتقداً أنه صالح لادارة أموالهم والتصرف فيها وأمين على هذه الاموال ، ثم يتبين بعد ذلك أنه على عكس ما كان يعتقد .

وتنص المادة ١١٦ ، في فقرتها الثانية ، على حكم خاص ببعض أموال الصغير ، وهو المال الذي يؤول اليه عن طريق الميراث أو التبرع ، فتبين أن هذا المال يكوّن خارجاً عن نطاق ولاية الأب أو الجد أو وصاية شخص معين ، إذا وصى المورث أو اشترط المتبرع عند التبرع عدم خضوعه لولاية الأب أو الجد أو شخص معين ، وفي هذه الحالة تثبت الولاية في خصوصه لمن يختاره المورث أو المتبرع وصياً مع مراعاة الشكل الذي تقتضيه المادة ١١٣ من المشروع فإن لم يختار المورث أو المتبرع للصغير وصياً في خصوص هذا المال في الشكل المرسوم ، عينت المحكمة له وصياً خاصاً تكون سلطته مقصورة عليه . وهذا الحكم مأخوذ من الفقه المالكي . ففي حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤٧٤/٢) من تبرع لمجور عليه فله أن يجمل لما تبرع به من شاء فأظراً ، ولو كان للمجور عليه أب أو وصى . وفي الشرح الصغير « ان للام اذا ورث الابن عنها شيئاً ان توصى لمن تشاء على هذا المال » .

وتعرض المادة ١١٧ في فقرتها لبيان الحكم في حالة وجود مال للحمل المستكن . فنصت ، في الفقرة الاولى ، على ان الامانة على مال الحمل المستكن تكون لمن تثبت له الولاية على مال الصغير . وقد اثر المشروع ان يسي من يعين على مال الجنين اميناً بدلاً من تسميته وصياً ، كما في بعض القوانين العربية وذلك لان من يعين على مال الحمل ليس وصياً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة ، بل هو لا يعدو ان يكون اميناً وحفيظاً على ماله حتى لا يضيع عليه ، أو تضيق عليه غلظتها .

وتعرض المادة ١١٨ بفقرتها لبيان الحكم في حالة وجود مال للحمل المستكن . فنصت ، في الفقرة الاولى ، على ان الامانة على مال الحمل المستكن تكون لمن تثبت له الولاية على مال الصغير . وقد اثر المشروع ان يسي من يعين على مال الجنين اميناً بدلاً من تسميته وصياً ، كما في بعض القوانين العربية وذلك لان من يعين على مال الحمل ليس وصياً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة ، بل هو لا يعدو ان يكون اميناً وحفيظاً على ماله حتى لا يضيع عليه ، أو تضيق عليه غلظتها .

وتعرض المادة ١١٩ للحالة التي يمكن فيها تعدد الاوصياء ، فتبين ان للاب ان يوصى على مال اولاده الصغار الى اكثر من واحد ، كما يجوز للمحكمة ان تعين اكثر من وصى واحد اذا ما رأت ان مصلحة الصغير تقتضي ذلك .

وتعرض المادة ١٢٠ ، في فقرتها الاولى ، للحكم في حالة تعدد الاوصياء وحده الاب او المحكمة لكل واحد اختصاصه ، فانه يجوز لكل وصى ان ينفرد بالتصرف في حدود ما خصص له ، كان بعدد الى احد الاوصياء القيام بشؤون الاراضي الزراعية ، والى آخر بشؤون متجر أو مصنع ، والى ثالث بشؤون المباني . اما اذا لم يحدد الاب او المحكمة لكل وصى اختصاصه فلا يجوز لاحدهم ان ينفرد بالتصرف في المال ، بل لا بد من اشتراكهم جميعاً فيه ، وذلك لان اختيار او تعيين اكثر من وصى يدل على ان الغرض من هذا التعدد اجتماع رأيهم واشتراكهم في كل تصرف في المال حتى يكون التصرف الذي يجري اصلح وانفع للصغير من التصرف الذي ينفرد به وصى واحد .

وتعرضت المادة ١٢١ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٢ للحالة التي تتطلب فيها مصلحة الصغير تعيين وصى خاص له ، في صدد شأن معين من شؤنه ، ليتولى الولاية عليه في هذا الشأن ، بدلاً من تكون له الولاية العامة على كافة امواله ، قاضية بجواز ذلك للمحكمة . فكلما اقتضت مصلحة الصغير ان يكون له وصى خاص ، ساغ للحكمة ان تقيمه ، بناء على طلب ادارة شؤون القصر أو أي ذي شأن .

وتعرضت المادة ١٢٣ بالذکر ، على سبيل المثال لا الحصر ، بعضاً من الحالات التي تقتضي فيها مصلحة الصغير تعيين وصى خاص ، فذكرت الحالة التي تتعارض فيها مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة زوجه أو مصلحة أي شخص آخر مشمول بولايته او التي تتعارض فيها مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي او مصلحة زوجه او مصلحة احد اصولهما او فروعهما او مصلحة شخص يتولى الوصي الولاية على ماله .

وتعرض المادة ١٣٣ لتعيين المشرف ، وهو الشخص الذي

وتعرضت المادة ١٢٤ في فقرتها الاولى ، للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٥ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٦ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٧ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٨ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٢٩ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

وتعرضت المادة ١٣٠ للحكم عند اختلاف الاوصياء المتعددين في شأن التصرفات التي يلزم اجتماع رأيهم فيها ، فنصت على تفويض المحكمة البت في موضوع النزاع بما تراه محققاً لصالح الصغير ، اذا طلب منها ذلك ادارة شؤون القصر ، أو أي ذي شأن آخر .

يعين لمراقبة أعمال الوصي وتصرفاته المتعلقة بالوصاية ، دون ان يشترك معه في اجرائها .

فنتص الفقرة الاولى على ان الوصاية على مال الصغير اذا كانت لغير ادارة شؤون القصر فانه يجوز ان يعين مشرف يتولى الرقابة على تصرفات الوصي ، سواء كان وصيا مختاراً من قبل الاب ام كان وصيا معيناً من المحكمة ، وذلك لضمان قيام الوصي بعمله على الوجه الاكمل . وهذا الحكم مستمد من المذهب المالكي والحنفي .

وتعهد الفقرة الثانية الى المحكمة امر تعيين المشرف ، اذا لم يكن الاب قد اختار مشرفاً ، ما تجيز الفقرة الثالثة للمحكمة ان تعهد بالاشراف الى ادارة شؤون القصر اذا كان الصغير من الكويتيين .

وتحدد المادة ١٢٤ مهمة المشرف ، فتبين ان مهمته ان يراقب الوصي في ادارته مال الصغير وتصرفاته فيه ، وان يبلغ المحكمة كل امر تقتضي المصلحة رفعه اليها . وليس للمشرف حق الاشتراك في الادارة ولا الانفراد بالتصرف فيما عدا الامور التي خولها القانون له .

وتلزم المادة ١٢٥ الوصي باجابه المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارته وتصرفاته في مال الصغير ، وان يسكنه من فحص الاوراق والمستندات الخاصة بهذا المال ، وذلك لكي يستطيع المشرف القيام بمهمته التي عين من اجلها .

وتنص المادة ١٢٦ ، في فقرتها الاولى ، على ان مهمة المشرف ، اذا خلا مكان الوصي ، هي ان يرعى مال الصغير ، ويحفظه الى ان تعين المحكمة وصياً جديداً . وتبين ، في فقرتها الثانية ، ان المشرف له في الفترة التي لا يوجد فيها وصي للصغير ان يقوم بالاعمال التي يكون في تأجيلها ضرر ظاهر للصغير ، كبيع المحصول الذي يتبادر اليه التلف والتسادم ، وكاطمن في الاحكام قبل اقتضاء المواعيد القانونية للطنن فيها ، وكتخاذ الاجراءات المعالجة الضرورية لصيانة مال الصغير .

سلطة الولي التشريعي :

وتعرض المادة ١٢٧ ، في فقرتها ، لبيان سلطة الولي في التصرفات التي يباشرها نيابة عن الصغير . فتبين الفقرة الاولى ان الولي ، سواء اكان ابا ام جداً ، له ان يباشر التصرفات النافعة نفعا محضاً للصغير كقبول الهبة الخالصة غير المقترنة بشرط ، اي العارية عن التزامات تحمل بها . اما الهبة بشرط ، اي تلك المحملة بالتزامات معينة ، فانه لا يجوز للولي بمقتضى الفقرة الثانية قبولها الا باذن المحكمة . وذلك لان اقتسran التبرع بالتزام قد يؤدي الى ضياع منفعة ، وجعله عبئاً على الصغير ، فكان من المفيد ان يجعل قبوله من الولي متوقفاً على اذن المحكمة ،

حتى يسكنها التأكد من وجود المصلحة للصغير في قبول هذا التبرع او رفضه .

وهذا احتياط اثر المشرع ان يضيفه على الصغير ، دون ان تباها الشريعة الاسلامية .

وتتضمن المادة ١٢٨ بيان ما يملكه الولي من افعال في مال الصغير . فأوضحت الفقرة الاولى ان الولي ، سواء كان ابا ام جداً ، له ان يجري أى تصرف يكون فيه حفظ لمال الصغير وتنميته واستثماره وادارته .

ونصت الفقرة الثانية على منع الولي من تأجير مال الصغير ، عقاراً كان ام منقولاً ، لمدة تستمر الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد بأكثر من سنة بغير اذن المحكمة . فان لم تتجاوز مدة الاجارة هذا المدى جاز للولي اجراؤها بدون اذن المحكمة .

وتعرض المادة ١٢٩ لبيان الحكم في التصرفات التي يجريها الولي في مال الصغير والتي يكون لها مقابل كالبيع والشراء والايجار والاستئجار فتبين ان الولي له ان يجري هذه التصرفات على ان يراعى فيها القيود التي تتضمنها المواد التالية لهذه المادة .

وتورد المادة ١٣٠ قيوداً على تصرف الولي في عقار الصغير أو محله التجاري ببيع أو ايجار ، اذا كان البيع لنفس الولي أو كان لزوج ، أو لأحد اقارب الولي أو اقارب زوجه الى الدرجة الثالثة وهذا القيد هو استئذان المحكمة قبل اجراء هذا التصرف

والحكمة من تقرير هذا القيد ترجع الى ان البيع او الايجار او نحوهما اذا كان للولي او لزوج او لأحد اقاربهما الى الدرجة الثالثة فانه يخشى ان تكون فيه معاملة ففكان من مصلحة الصغير ان يؤخذ اذن المحكمة قبل الاقدام على التصرف ، وذلك لتتمكن المحكمة من التحقق من عدالة المقابل وانتهاء المعاملة .

وهذا الحكم تفره الشريعة الاسلامية ، فالشريعة لا تجيز التصرفات التي يكون احتفال التهمة فيها قائماً ، ولهذا منعت شهادة الوالد لولده وشهادة الرجل لزوج ، وبالعكس . وقد نص صاحب كتاب « جامع احكام الصغار » على ان الاب أو الوصي اذا باع عقار اليتيم فرأى القاضي ان تقض البيع اصح للصغير كان له تقضه . مما يفيد ان للقاضي مراقبة التصرف في عقار الصغير ، وان له تقض التصرف فيه ، اذا وجد ان تقضه في مصلحة الصغير ، حتى ولو كان التصرف فيه صادراً من الاب ، وكان المتصرف له شخصاً اجنبياً .

والحكمة في قصر هذا المنع على العقار والمحل التجاري - كما جاء في المبروع - ترجع الى ما للعقار والمحل التجاري من

وتعرضت المواد ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ لبيان بعض التصرفات التي لا يجوز للولي إجرائها ، فتنين المادة ١٣٤ ان الولي ليس له اقراض مال الصغير للغير ، وليس له ايضا اقراض مال الصغير لنفسه ، وذلك لان الاقراض قد يؤدي الى ضياع مال الصغير ، لو كان المقترض مفلسا ، او مناطلا في اداء ما عليه من ديون . واقترض الولي مال الصغير يؤدي الى تعطيل المال عن الاستثمار والتنمية ، والولي مأمور شرعا باستثمار مال الصغير وتنميته بكل ما يمكنه ، عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم «اتجروا في مال التيمم حتى لا تأكلها الزكاة » .

وحكم المادة ١٣٤ يتفق مع المنصوص عليه في مذهب الحنفية .

وتنص المادة ١٣٥ على منع الولي من رهن مال الصغير الا اذا كان الرهن في دين على الصغير نفسه ، اما ان كان الدين على الولي او على شخص آخر ، فلا يجوز له ان يرهن مال الصغير في هذا الدين ، ولا تملك المحكمة الاذن له بذلك ، فهو منع مطلق ، ذلك لان الرهن يقضى الي استيفاء الدين من المال المرهون ، اذ لم يدفع الدين في الموعد المحدد للوفاء ، ولا يجوز للولي ان يؤدي الدين الذي عليه او على شخص آخر من مال الصغير ، لان فيه ضررا محضا للصغير ، والولي لا يملك التصرف الذي يكون فيه ضرر محض للصغير . ومن ناحية اخرى ، فان في اباحة رهن مال الصغير في الدين الذي يكون على الولي مايسر له اللاتجاه اليه كاما وقع في ضيق مالي ، فكان من المصلحة ان يجنب مال الصغير هذا الضرر .

وهذا الحكم يتفق مع رأى ابي يوسف وزفر من الحنفية . وتقضى المادة ١٣٦ بأن جميع القيود الواردة على سلطة الولي لا تدرى على المال الذي آل الى الصغير من الولي نفسه على سبيل التبرع ، ولو كان من طريق غير مباشر .

وقد راعى المشروع في تقرير هذا الحكم ان المال هو في الاصل مال الولي ، فلا يجرم ان تبيت له سلطة التصرف فيه بغير قيود ، بعد ان آل منه الى الصغير بغير مقابل . ثم ان في تقرير هذا الحكم تنجيما للولي على التبرع بماله الصغير ، الامر الذي يعود عليه بالنفع .

سلطة الوصي :

الوصي هو كل شخص منح الولاية على مال الصغير غير ابيه وجده لايه . وسلطة الوصي اضيق نطاقا من سلطة الولي الشرعي ، سواء كان مختارا من قبل الاب ، ام كان معيناً من قبل المحكمة المختصة ، ام كان ادارة شؤون القصر .

وتنص الفقرة الاولى من المادة ١٢٧ بأن سلطة الوصي - ولو كان مختارا من الاب - على مال الصغير انما تكون في

اهمية خاصة ، فالعقار اساس التبرع ، والمحل التجاري قد يكون مورد الرزق الوحيد للقاصر ، وفي التصرف فيه بالبيع ما يودي بذلك للمورد .

وتضمن المادة ١٣١ قيذا على تصرف الولي في مال الصغير ، عقارا كان او منقولا ، اذا زادت قيمته على مائتي الف دينار ، فاشتترت لجواز التصرف فيه اخذ الاذن من المحكمة قبيل اجرائه . فان كانت قيمة المال لا تتجاوز هذا القدر فللولي ان يتصرف فيه بدون اذن المحكمة . والمقصود من وضع هذا القيد هو توفير اكبر قسط من الضمان لرعاية مصلحة المضمولين بالولاية ، وهو امر لا تأباه الشريعة الاسلامية التي تحيط بالقاصر بكل ضروب الحياطة وتتمى عن قربان ماله الا بالتي هي احسن .

وتبين المادة ١٣٢ حكما خاصا بالمآل الذي يؤول الى الصغير بطريق الميراث أو التبرع ، والذي يشترط المورث أو المتبرع عدم تصرف الولي فيه ، وهذا الحكم هو ان الولي ليس له ان يتصرف في هذا المال بأي نوع من انواع التصرفات ، ولا يستثنى من ذلك الا التصرفات العاجلة التي يقتضيها حفظ المال كبيع الاثياع التي يخشى فسادها لو بقيت ، ويشترط لاجراء هذه التصرفات الحصول على اذن المحكمة ، وللتحقق من ضرورة التصرف ان يجره الولي او عدم ضرورته .

وتضمنت المادة ١٣٣ بقرتها الاولى حكما عاما في شأن التبرعات من مال الصغير ، فقضت بمنع الولي من التبرع بشيء من ماله . ولكن الفقرة الثانية استثنت من ذلك التبرع لرض عاظمي أو انساني ، كاتشاء مستشفى او ملجأ ، أو تقديم المساعدة لتقريب مريض او معوز . واشترطت لصحة هذا التبرع ان يكون في مال الصغير سعة تسمح بالتبرع وان يكون ثمال المتبرع به لا يؤثر على ثروته ، واستئذان المحكمة قبل التبرع .

فاذا تبرع الولي بغير اذن المحكمة كان تبرعه غير نافذ في حق الصغير ، وللمحكمة سلطة تقدير ظروف التبرع والدافع اليه ، وتقدير مال الصغير ، اذا كان يتصل بالتبرع ام لا .

والحكم الذي قرره الفقرة الاولى من هذه المادة يتفق مع ما نص عليه في الفقه الاسلامي من منع الولي من التبرع بشيء من مال القاصر لانه من التصرفات الضارة للصغير ضررا محضا ، والولي لا يملك اجراء تصرف منها .

اما الحكم الاستثنائي الذي تضمنته الفقرة الثانية فانه لا يتفق مع مذهب الحنفية ، ولكنه يتفق مع ما جاء في المذهب المالكي من انه يجوز للولي ان يهب من مال الصغير القليل المتعارف ، كما انه يوافق مذهب الفقهاء الذين اوجبوا الزكاة في مال القاصر ، لان التبرع لواجب انساني او عاظمي يمكن ان يعتبر من مصارف الزكاة ، لان من مصارفها سبيل الله ، وسبيل الله عام يشمل كل ما يكون فيه خير وطاعة لله .

لا لمصلحة غيره ، فثبتت الولاية على ماله لن يكون احرص من غيره على هذا المال . ولما كان الاب والجد لاب هنا احرص الناس على مال اولادهم ، وكانت شفقتها على اولادهم فوق شفقة غيرهم ، أثبت الشارع لهما الولاية على مال اولادهم السفار ومن في حكمهم بسبب قرابتهم القريبة ، وهي قرابة الابوة ، فكانت ولايتهما ولاية ذاتية أصلية تثبت ابتداء ، لا بطريق النيابة عن قاض استبداء منه هذه الولاية .

أما اذا كملت أهلية الانسان ثم قامت به صفات أو طرأ عليه عارض كالجنون أو العته أو السفه اقتضت الحجر عليه في التصرفات المالية فان هذا الحجر قد يكون لمصلحة المحجور عليه ، وقد يكون لمصلحة غيره محافظة على مال المحجور من التبذير والضياع ، وعلى هذا فان النظر في ماله يكون للمحكمة ، ولمن تقببه قيبا عليه ثبابة عنها ، ولا يكون النظر لغير المحكمة ابتداء حتى ولو كان ذلك النير أباً للمحجور عليه أو جدا لايه الا اذا عينته المحكمة قيبا على المحجور عليه ، فاذا عينت المحكمة أحدهما قيبا كانت قوامته مستمدة من المحكمة ، وليست حقا شرعيا ثابتا لهما ابتداء بسبب الابوة ، فيكون شأنه في هذه القوامة شأن غيره من التوأم الذين يختارون لهذه المهمة .

وتأتي المادة ١٣٩ لتبين ان سلطة المحكمة في تعيين القيم ليست مطلقة تختار بمقتضاها من تشاء ، وانما سلطتها في ذلك مقيدة . فعلى المحكمة ان تبدأ في تصيب القيم على المحجور عليه بأبنائه ، فتختار منهم من يصلح للقوامة ، فان تعدد الابناء الصالحون للقوامة ، عينت المحكمة الاصلح منهم لهذه القوامة ، وهو من يكون أكثر من غيره ، رعاية للمحجور عليه ، وعناية بشؤونه ، وان تساوى في الاصلحية كان الامر مفوضا للمحكمة تختار منهم من تشاء للقيام بشؤون المحجور عليه . فان لم يوجد من أبنائه من يصلح للقوامة عينت المحكمة الاب قيبا . فان لم يوجد الاب ، أو وجد ولم يكن أهلا للقوامة عدت بالقوامة الى الجد الصحيح . فان لم يوجد الجد الصحيح ، أو وجد ولم يكن أهلا للقوامة اختارت المحكمة من تراه صالحا للقوامة .

وتعرض المادة ١٤٠ لبيان أحكام القيم ، فنص على ان أحكام القيم هي أحكام الوصي فشأنه في ذلك شأن الوصي ، وعلى هذا يشترط في الشخص الذي يعين قيبا ان تتوفر فيه الشروط اللازمة في الوصي ، ويكون للقيم نفس السلطة التي تثبت للوصي ، وعليه من الواجبات ما يكون على الوصي . ويجوز للمحكمة ان تعين مشرقا يرأب القيم في ادارة شؤون المحجور عليه ، في نفس الحدود التي يجوز لها تعيين مشرف على الوصي ، ويكون للمشرق على القيم نفس سلطة المشرق على الوصي .

الحدود التي يرسمها القانون لسلطة ادارة شؤون القصر باعتبار ان لها الوصاية أو القوامة على مدامى الاهلية أو ناقصيا . وعلى هذا لا يكون لمن يختار وصيا بدلا من ادارة شؤون القصر أو لمن تعينه المحكمة وصيا مكانها من السلطات الا ما كان في الحدود التي رسمها القانون لها .

والزمت الفقرة الثانية الوصي ، اذا كان شخصا آخر غير ادارة شؤون القصر ان يأخذ الاذن من المحكمة لاجراء اي تصرف لا يكون لمدير تلك الادارة ان يتولاه وحده .

وتحدد الفقرة الثالثة من المادة ١٣٧ النطاق العام لسلطة الوصي ، قاضية بأن سلطته لا تتجاوز سلطة الولي الشرعي ، على الوجه الذي يحدده القانون .

فسلطة الوصي ، في ظل الشريعة الاسلامية ، أشيق نطاق من سلطة الولي الشرعي ، لحكمة ظاهرة لا تخفى . فاذا كان ذلك ، فانه لا ينبغي ان يكون للوصي ، في ظل القانون ، ولو كان هو ادارة شؤون القصر ، من السلطات أكثر من تلك التي يخولها القانون للولي الشرعي . وعلى ذلك فان سلطة الوصي ، ايا من كان تتحدد بالقيود التي يفرضها القانون على سلطة الولي الشرعي .

الولاية على مال المحجور عليه :

وتعرض المادة ١٣٨ لبيان الجهة التي يكون لها الولاية على مال المحجور عليه ، فتبين الفقرة الاولى ان المحكمة المختصة هي التي يكون لها سلطة تعيين الولي على مال المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ، ويسمى (قيبا) ، وان هذا التعيين انما يكون بناء على طلب من ادارة شؤون القصر ، أو اي ذي شأن آخر .

وتنضي الفقرة الثانية بأن المحجور عليه اذا كان مسن الكويتيين ، ولم تعين المحكمة قيبا على ماله ، فان القوامة عليه تكون لادارة شؤون القصر . فالقوامة على ناقص الاهلية أو فاقدها ممن تتجاوزوا السن المحددة بلوغ الرشد مسن الكويتيين تثبت لادارة شؤون القصر بمجرد ان المحكمة لم تعين على ماله قيبا ، من غير حاجة الى صدور قرار من المحكمة المختصة بذلك ، كما هو الحال في الوصاية على مال الصغير .

ويلاحظ هنا ان تعيين القيم على مسال ناقص الاهلية أو فاقدها انما هو للمحكمة من أول الامر . وهذا على خلاف الامر في الولي على مال الصغير حيث ان الولاية على ماله تثبت من أول الامر للاب أو الجد الصحيح ، اذا لم يكن الاب قد اختار وصيا ، من غير ان تحتاج هذه الولاية الى صدور قرار من المحكمة بتقريرها ، والسبب في ذلك يرجع الى ان الحجر على الانسان قبل كمال أهليته يكون لمصلحته أولا

الولاية على مال المفقود والغائب :

وتضمن المادة ١٤١ تنظيم الولاية على مال المفقود والغائب . والمراد بالمفقود كل شخص كامل الأهلية انقطع اخباره ، ولا يدري مكانه ولا تعرف حياته من مائة . أما الغائب فالمراد به كل شخص كامل الأهلية ، وليس له محل إقامة ولا موطن معلوم كمن يهيم على وجهه او يفر من اجراءات اتخذت ضده ، أو كان له محل إقامة او موطن معلوم في الخارج وتعذر عليه ، بسبب غيابه ، ان يتولى شؤونه او يشرف على من آثابه في ادارتها .

وقد بينت الفقرة الاولى الحكم في حالة القعد ، فاعطت المحكمة الحق في ان تعين قريبا على مال المفقود ، اذا ثبت قده ، وطلب ذلك ادارة شؤون القصر او أي شخص آخر يكون ذا شأن .

كما بينت الفقرة الثانية الحكم في حال الغيبة ، فأجازت للمحكمة ان تعين قريبا لمن كانت حياته معلومة ، ولكنه غاب مدة تزيد على سنة ، وتعذر عليه ان يتولى رعاية امواله بنفسه أو ان يشرف على من آثابه في ادارتها .

وتقرر المادة ١٤٢ الحكم فيما اذا ترك الغائب أو المفقود وكيلًا لإدارة امواله ، ومؤداه ان المحكمة تعين هذا الوكيل قريبا على اموال الغائب أو المفقود ، اذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي ، وهي حالة تماثل تثبيت المحكمة للوصي المختار من قبل الاب . فان لم يكن الغائب أو المفقود قد نصب عنه وكيلًا لإدارة امواله ، أو كان قد نصبه ولم تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي ، عهدت المحكمة بالقوامة على مال الغائب أو المفقود الى من تختاره لهذه المهمة ، مع مراعاة ما يقضى به القانون في شأن القيم على المحجور عليه ، وعلى الاخص في صدد ثبوت القوامة على الكوئيين لإدارة شؤون القصر .

وتحدد المادة ١٤٣ سلطات القيم على مال الغائب أو المفقود واحكامه ، فتبين ان القيم يكون له نفس السلطة التي تثبت للوصي على مال القاصر ، وان احكامه هي ذات الاحكام المقررة في شأن الوصاية على القاصر . والاحكام التي تضمنتها هذه المواد مستوحاة من الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة .

احكام عامة في الولاية على المال :

تقرر المادة ١٤٤ ، في فقرتها الاولى ، للولي على مسال الصغير أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب الحق في ان يأخذ اجرا عن ولايته تقدره له المحكمة ، على ان يكون هذا الاجر مناسبًا لما يؤديه من أعمال ، من غير ان يهبط المولى عليه ، ولا يسقط حق الولي في الاجر الا اذا قضى القانون بغير ذلك ،

أو كان الولي قد قبل ان تكون ولايته بدون مقابل . وتقرر المادة ١٤٤ ، في فقرتها الثانية ، ان الحق في طلب الاجر عن الولاية مقصور على الشخص الذي يتولاهها . فلو كان على الولي ديون فلا يكون للذاتين الحق في ان يطالبوا بهذا الاجر باسمه ونياية عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة . كما ان حق الولي في الاجر لا ينتقل بعد موته الى ورثته ، الا اذا كان قد تقدم للقضاء يطلب اجرا عن ولايته ، ومات قبل ان يقضى له به .

واعطاء الولي اجرا عن ولايته يتفق في الجملة مع المقرر في الفقه الاسلامي ، وقد اشار اليه القرآن الكريم في قول الله عز وجل « ومن كان غنيا فليستغفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » .

وتقرر المادة ١٤٥ الحكم في حالة زوال الولاية او الوصاية أو القوامة عن يتولاهها ، فنصت على الزام كل من زالت ولايته بأي سبب من اسباب زوالها بتسليم الاموال التي كانت في ولايته لدى الضفة في تسليمها . ولا يجوز لمن زالت ولايته ان يتأخر في تسليم المال الذي كان في ولايته ، الا بمقدار المدة التي يقتضيها التسليم . ويجب على من زالت ولايته تقديم حساب مفصل عن أعماله التي باشراها اثناء ولايته في خلال مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر من تاريخ انتهاء ولايته .

وتحدد المادة ١٤٦ مسؤولية كل من الولي والوصي والقيم عن اعمالهم التي يباشرونها بمقتضى ولايتهم على اموال القاصر . وقد فرقت في هذه المسؤولية بين الاب والام والجد وبين غيرهم . فقصرت مسؤولية الاب والام والجد على حالة الخطأ الجسيم ، حتى ولو تقاضى واحد منهم اجرا عن ولايته . أما الخطأ اليسير فلا مسؤولية لهم عنه . اما غير الاب والجد والام ، فان مسؤوليته لا تقتصر على الخطأ الجسيم ، بل تشمل وتشمّل الخطأ اليسير معاً ، سواء تقاضى اجرا عن ولايته أم لم يتقاضى اجرا عنها ، شأنه في ذلك شأن الوكيل بأجر ، فاذا أخل الوصي أو القيم غير الاب والجد والام بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون كان مسؤولاً عما لحق القاصر من ضرر بسبب ذلك مسؤولية الوكيل بأجر ، حتى وان كان لم يتقاضى اجرا عن وصايته أو قوامته .

والسبب في هذه التفرقة يرجع الى ان الاب والجد والام تربطه بالقاصر رابطة القرابة القريبة ، وهذه القرابة باعثة على بذل العناية والرعاية الزائدة بشؤون المولى عليه ، فلا يكون ثمة ما يدعو الى حث صاحب هذه القرابة على بذل مزيد من الحرص على مصلحة المولى عليه يجعله مسئولاً حتى عن تقصيره اليسير . ومن ناحية أخرى ، فان ما بين هؤلاء الاقارب وبين القاصر من وراثة القرابة القريبة ينبغي ان يكون شديداً لهم في

هنا شخصي يتعلق بالتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه . فإذا تبين أن التعاقد ، حال ارتضائه العقد ، وقع في غلط وأن هذا الغلط هو الذي دفعه الى الرضاء به ، بحيث أنه ما كان يرضيه بغيره ، تميا للغلط لأن ينتج أثره في دمج العقد بالقابلية لإبطاله ، دون اعتداد بعد ذلك للامر الذي ينصب الغلط عليه . أما اذا ظهر ان وقوع التعاقد في الغلط ليس هو الذي دفعه الى التعاقد فلا يكون لغلطه تأثير على صحة العقد ، ولو كان قد انصب على مادة الشيء محل التعاقد ذاتها ، التي هي من بعد الرخصة الاولى للغلط المؤثر في ظل النظرية القديمة . فالعبرة ليست بموضوع الغلط ، وإنما بأثره على صاحبه بالنسبة الى ارتضائه العقد . والمشروع في ذلك يحدد حق القانون المصري وقوانين البلاد العربية الاخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي .

على ان المادة ١٤٧ ، كأصل عام ، لا تكتفي لاعمال أثر انغلط في العقد ، بأن يكون هو الدافع الى التعاقد . فالمشروع لا ينظر الى الغلط من زاوية التعاقد العاطل وحده ، وإنما ينظر اليه أيضا من زاوية التعاقد الآخر ، الذي من شأن دمج العقد بالقابلية للإبطال نتيجة الغلط ان يهدده بالخطر ، اعتبارا بأنه يصل بأمن تعاقد واستقراره ويجمعه قابلا للزوال وفق مشيئة غريمه . وهي من بعد نظرة لم تفت الفكر القانوني المعاصر فقها وقضاء وتشريعا . ولذلك فإن المشروع يتطلب لامسأل أثر الغلط ان يكون التعاقد الآخر قد وقع بدوره في نفس الغلط، أو علم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك .

فوقوع المتعاقدين كليهما في نفس الغلط ينهض بذاته دليلا على ان ابا منهما معذور في غلظه ، فيبغى له الوقوع فيه ، ويكون لصاحب المصلحة منهما ان يتسكك بإبطال العقد . على ان المشروع حرص هنا على ان يستثنى الحالة التي يقع فيها أحد المتعاقدين في الغلط ، فيؤثر في الآخر تأثيرا يتعذر عليه تداركه ، ويجره الى الوقوع معه فيه ، كما اذا تملكه اعتقاد معين ، فنقله الى غريمه ، فصدقه عنه . ففي مثل هذه الحالة لا يكون الغلط معتبرا الا لمن نشأ اعتقاده بتأثير من الآخر ، أما ذلك الذي جر غريمه الى الغلط ، فلا يعتبر غلظه معتبرا له ، اذ هو وحده في الاصل الذي وقع في الغلط . وهذا التحفظ ، من المشروع يدبراً عن فكرة الغلط المشترك عينا كبيرا وصمت به . وهو عيب برز على وجه الخصوص ، في حالة ارتضاء التعاقد المقدم نتيجة باعث شخصي له ، قائم على اعتقاد كاذب ، عندما يخطر به التعاقد الآخر فيصدق عنه . فالاخذ هنا بفكرة الغلط المشترك على اطلاقها من شأنه ان ينعكس الغلط الاصلي حتى طلب ابطال العقد ، في حين انه هو الذي جر غريمه معه في الغلط ، وجعله يشاركه فيه .

الخطأ اليسير ، ابقاء على الربط العائلي من ان يؤثر فيه الرجوع عليهم بناء على الخطأ اليسير ، وهو خطأ يكثر وقوعه وقلمنا يمكن الاحتراز منه حتى في مال الولي نفسه . اما الوصي أو القيم الذي لا يكون أبيا ولا جدا ولا اما ، فانه لا يوجد بينه وبين القاصر مثل هذه القرابة القريبة حتى تدعوه الى بذل العناية التامة في اعماله الخاصة بالقاصر ، فكان من الحكمة ان يكون ملزما في مباشرة شئون القاصر ببذل عناية الشخص العادي دائما سواء تقاضى على عمله اجرا او لم يتقاض عنه اجرا ، فلا يفتقر له الخطأ اليسير ، كما يفتقر للاب والجد والام .

وقد سوى المشروع في هذه المسؤولية بين الاب والجد والام ، ولم يفرق بينه وبينهما فيها ، كما فعل القانون المصري . ووجهته في ذلك ان قرابة الابوة متحققة في كل من الجد والام كما هي متحققة في الاب ، اما تحققت في الام فواضح ، لان قرابته لابنها بمنزلة قرابة الاب . واما تحققت في الجد ، فلان الجدي يقال : انه أب لولد ابنة ، وقد سماه القرآن بذلك في قوله تعالى في شأن يوسف عليه السلام « يتم نعمت عليك وعلى آل يعقوب كما اتمها على ايوبك من قبل : ابراهيم واسحاق » ، فانه سبحانه - جعل كلا من ابراهيم واسحاق ابا ليوسف مع ان كلا منهما جد له ، وما دام الجد والام يشتركان في قرابة الابوة مع الاب ، فانهما يشتركان معه في الحكم الذي يبنى عليها ، في خصوص المسؤولية عن الولاية على مال الصغير .

عيوب الرضاء

تحقيقا لسلامة الرضاء ، تتطلب القوانين الوضعية المختلفة، كما يتطلب الفقه الاسلامي بدوره ، الى جانب صدوره عن أهلية من صاحبه ، خلوه من العيوب التي تشوبه ، والتي تجعل مجيئه من صاحبه عن غير كامل بيئة ، أو عن غير كامل اختياره ، دون أن تضحي مع ذلك بأمن التعامل واستقراره، كلما استوجبت المصلحة حمايته .

والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء ، هي الناطق والتدليس والاكراه . ووجد الى جانبها العيب الذي اعترف له ، في حالات خاصة تحددها النصوص ، بتأثير على العقد ، اعتبارا بأنه يخل اخلايا كبيرا بعبدا المساواة بين طرفيه . كما انه من عهد ليس ببعيد ، وتأثير من القوانين ذات النزعة الجرمانية ، أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء هو الاستغلال يشق طريقه الى تقنينات الكثير من البلاد ومنها دولة الكويت .

الغلط :

تعرضت المادة ١٤٧ لشروط اعمال الغلط وأثره . وهي تتطلب لاعمال الغلط ان يكون هو الذي دفع التعاقد اليه التعاقد ، بحيث انه لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد . فالمعيار

ومن أبرز الحالات التي يظهر فيها التعنت من العالط ان يصير على ابطال العقد والخلاص كلية من أى تعامل مع غريمه ، اذا أظهر هذا الأخير استعداده ان يجرى التعامل معه على نحو يتشتم مع حقيقة ما اعتقده العالط عند ابرام العقد ، أى على نحو يرتفع عنه فيه أثر الغلط ، وذلك حتى لو كان من شأنه ان يحمل العالط بالقليل مما لا يهبطه من تضحية .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٥٠ ، للغلط المادى ، المتمثل في أخطاء الحساب او زلات القلم ، ويقضى بانه لا يؤثر في صحة العقد ، ذلك لان الخطأ المادى بمجرد ذاته لا يتشتم عينا في الرضاء . فهو لا يعدو ان يكون مظهرا غير صحيح لرضاء هو في ذاته سليم . ومن ثم فهو لا يؤثر بداهة في صحة العقد . وانما يلزم تصحيحه .

على أن الخطأ المادى الذى لا يكون له تأثير على العقد هو ذلك الذى يجيى كظهر لرضاء قد تم بالفعل من المتعاقدين .

اما اذا وقع احد المتعاقدين في غلط مادى في حسابات أجزاها ، او زل منه القلم في التعبير عن ارادته ، وجاء رضاء الطرف الآخر متأثرا بغلطه المادى هذا ، فقد يكون من شأن ذلك ان يؤثر في حكم العلاقة بينهما على وجه ما يقضى به القانون . وهذا ما أراد المشروع ان يتحفظ في شأنه بقوله ان الذى لا يؤثر في صحة العقد هو مجرد الخطأ في الحساب او مجرد زلات القلم .

التدليس :

التدليس ، باعتباره عيبا يشوب الرضاء ، ليس له دوره المهم في الفكر القانونى المعاصر فحسب ، بل انه له اهميته ايضا في الفقه الاسلامى . بل لعل اهميته في هذا الفقه الحنيف تفوق ما يتسم به منها في القانون المعاصر .

وقد حرص المشروع على ان يتشتم مع الفقه الاسلامى في التوسع في الاعتداد بالكذب او الكتمان ، باعتباره تدليسا من شأنه ان يبطل العقد ، وجعله بشابة الجيل التدليسية ، كلما جاء بمخالفة واجب خاص متميز في الصدق والمصارحة يفرضه القانون او الاتفاق او طبيعة المعاملة او الثقة التي يكون من حق احد الطرفين أن يضعها في الآخر على نحو ما تملبه ظروف التعاقد .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٥١ ، للهيكل العام لنظام التدليس . فيقرر ، في الفقرة الاولى ، ان قوام التدليس هو الحيلة التي توجه للمتعاقد ، بقصد تفريره وجعله يعتقد أمرا يخالف الواقع والحقيقة ، وذلك بغية دفعه الى ارتضاء التعاقد ، فلا بد من قيام التدليس ، من التجاه المدلس الى حيلة من الحيل ، وان يكون ذلك منه بقصد ان يضل المتعاقد ويخدعه ، ليحمله برفض العقد . فالتدليس يقوم على قصد مزدوج من المدلس :

اما في الحالتين الاخيرتين - حالة علم المتعاقد الاخرى بوقوع غريمه في الغلط ، وحالة امكانه العلم بالباطل وتثريب وقوع العقد قابلا للابطال له ما يبرره على نحو أظهر وأوضح ، فالمتعاقد الاخر هنا يعتبر مخطئا ، حيث انه لم يؤد ما يفرضه عليه الحرص والشرف ونزاهة التعامل من واجب يتمثل في تبصير صاحبه .

على ان المشروع ، اذ يطلب ، لاعمال الغلط ، ان يكون متصلا بالمتعاقد الاخر ، فهو لا يفعل ذلك الا في المعاوضات دون التبرعات وقد حدا به الى ذلك حرصه على ان يجيى التبرع من صاحبه عن ارادة خالصة من كل ما يشوبها . فحسب المتبرع ، لا يباطل تبرعه ، أن يكون رضاه به قد جاء نتيجة وقوعه في الغلط دون اعتبار بعد ذلك لموقف التبرع له من غلظه . وهذا هو ما يقرره المشروع في الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ ، وهو حكم استحدثه المشروع ، تشميا مع طبيعة التبرع .

وتواجه المادة ١٤٨ أثر الغلط في القانون وتضى بأن حكمه كحكم الغلط في الواقع بالنسبة الى تعيب الرضاء ، وبالتالي الى وقوع العقد قابلا للابطال . فكل منهما يؤدي الى صدور الرضاء من صاحبه على غير بينة من حقيقة ما يرتضيه .

واذا كان الفكر القانونى قد تردد حينما من الزمن في هذا الخصوص فان تردده هذا يرجع الى الاعتقاد بأن من شأن اعمال الغلط في القانون ان يؤدي الى الاخلال بقاعدة عدم جواز العذر بجعل القانون . وهو اعتقاد بعيد عن أن يكون صحيحا . وقد فطن الفكر القانونى في مجبوعه اليوم لهذه الحقيقة ، الامر الذى أدى بالفقه والقضاء الى اعطاء الغلط في القانون نفس حكم الغلط في الواقع بالنسبة الى تعيب الرضاء ووقوع العقد بالتالى قابلا للابطال ، وذلك حتى في البلاد التي لم يقن فيها هذا الحكم بنص خاص ، كما هو الشأن في فرنسا ، وفي مصر تحت ظل قانونها المدنى القديم ، وفي الكويت في ظل قانون التجارة الحالى .

ويتمثل الغلط وهنا كاذبا يقع فيه المتعاقد من لقاء نفسه ، دون أن يجره اليه المتعاقد الاخر ، او في الاقل ، دون أن يجره اليه بما كان يتوجب عليه التبرزه منه ، وفقا لمألوف التعامل . فقلطه اذن يعزى اليه قبل كل شيء . فان اراد ان يتسكك به ، بغية الوصول الى ابطال العقد وجب الا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع ما يوجب عليه حسن النية وشرف التعامل ، والا كان منتعنا ومتسكفا فيما يطلب من حماية القانون ، وازم رفض دعواه وهو حكم جاء به المشروع في المادة ١٤٩ واستوحاه من القانون المصرى (المادة ١٢٤) مع اجراء تعديلات واضافات جوهرية اليه .

من أموره ، يشتمل تعميماً في ارتضائه كله •

وإذا كان من شأن التدليس ، عندما تتوافر له شروط أعماله ، أن يهض سبباً لإبطال العقد ، فإن هذا الأثر يثبت له ، إلى جانب ما قد يترتب عليه من مسئولية المدلس ، باعتبار أنه يتمثل خطأً موجياً لمسئوليته التصديرية عن تعويض الضرر المترتب عنه • وبذلك يرى المدلس عليه نفسه وقد افتتح أمامه طريقان له أن يختار من بينهما ما يراه لمصلحته أوفق : فإما أن يطلب إبطال العقد • وإما أن يبقى عليه ، ويكتفى بدعوى المسئولية التصديرية وما تؤدي به إلى تعويض ما ناله من ضرر •

وإذا كان الأصل في الحيلة ، التي هي أساس التدليس ، أن تقوم على أفعال مادية (وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتزوير الفعلي) فإن المشروع قد حرص في المادة ١٥٢ على أن يجعل في مقامها الكذب والكتمان ، كما جاء أخلاقاً وبواجب خاص في الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن يجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وقر به (وهذا هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالتزوير القولي) • وقد استوحى المشروع في هذا التوسع الهام في نظام التدليس الفقه الإسلامي ، فضلاً عما وصلت إليه أحكام القضاء في البلاد المختلفة •

وغنى عن البيان أنه الكذب في ذاته ، ومجرداً عن أي اعتبار آخر ، لا يهض دعامة كافية للتدليس المبطّل للعقد ، برغم ما فيه من قبح ، وبرغم أن ديننا وأخلاقنا تأباه وتمتقته وتحرمه • فقد تشق الكذب اليوم ، حتى وصل بنا إلى حد القاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه • فإن لم نفعل • كنا مقصرين في حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلى القانون ليحينا • إنما الكذب الذي يتدنى إلى مرتبة التدليس هو ذلك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص يملئ على الشخص الاحجام عنه ، غير مجرد الواجب الديني أو الأخلاقي • وهذا الواجب قد يأتي من القانون ، أو من الاتفاق ، كما هو الحال فيما يطلق عليه في الفقه الإسلامي « بيعوع الامانة » ، أو من طبيعة المعاملة ذاتها التي تقضي الالتزام الصارم بالصدق والمصارحة ، كما هو الحال على الأخص في شأن البيانات التي يقدمها المؤمن له في عقد التأمين ، أو حتى من الثقة التي يكون من شأن ظروف الحال وما ينبثق أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية ، أن تجعل للتعاقد المدلس عليه حقاً في أن يضعها فيمن خدعه وقر به •

وتملئ المادة ١٥٣ شرطاً أساسياً لأعمال التدليس ، يشتمل في وجوب أن يكون التدليس الموجه إلى المتعاقد ، والذي دفعه بالفعل إلى التعاقد متصلاً بالتعاقد الآخر • وهو يعتبر كذلك بداهة إذا كان المتعاقد الآخر هو الذي لجأ بذات نفسه إلى الحيلة ، أو لجأ إليها نائبه • وهو الأمر الذي وقته عنده القانون المصري

قصد في الخديعة والتضليل ، وقصد في دفع المضل المخدوع إلى التعاقد •

وقد حرص المشروع على أن يتجنب اشتراط أن تبلغ الحيل قدراً من الجسامه بحيث تدفع المتعاقد إلى التعاقد ، كما فعل القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي • فالعبرة ليست بمدى ما تتسم به الحيلة من جسامه ، وإنما بأثرها على المتعاقد بالنسبة إلى تضليله وجره بذلك إلى التعاقد • فالميار هنا هو ميار شخصي قوامه المتعاقد ذاته من حيث ما إذا كانت الحيلة أفلحت في تضليله أم لم تفعل ، وليس معياراً مادياً يقوم على قدر ما تتسم به الحيلة في ذاتها من جسامه •

على أن الأمر لا يصل ، بطبيعة الحال ، إلى مستوى الحيلة ، إلا إذا انطوى على قدر معقول من الخداع والغش • فإن لم يكن كذلك ، فإنه لا يعتبر حيلة أصلاً ، ولا يصلح بالتالي تدليساً من شأنه أن يصلح أساساً لإبطال العقد ، حتى لو ثبت أن المتعاقد قد انخدع به بالفعل • فمن ينخدع بالبسيط من الأمور هو في العادة من المرططين في السذاجة • ولا يدخل في دور نظام التدليس أن يعمى أمثال هؤلاء ، وإنما قد يمكن لهم أن يجدوا الحماية في نظام الحجر للغفلة ، كما قد يمكن لهم أن يجدوا تلك الحماية في نظام الاستغلال •

ويلزم لأعمال التدليس أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى ارتضائه العقد ، بحيث أنه ما كان ليرتضيه من غيره ، شأن التدليس في ذلك شأن الغلط وغيره من كافة عيوب الرضاء الأخرى •

على أن كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ، وإن كان يتضمن ما يدل على تعيب الرضاء ، إلا أنه لا يكفي بمجرد ذاته لجعل العقد قابلاً للإبطال وإنما يلزم إلى جانبه أن يكون التدليس متصلاً بالتعاقد الآخر على النحو الذي تحدده المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من المشروع •

وقد حرص المشروع ، على أن يبين أثر التدليس الذي تتوافر فيه شروط أعماله ، على نحو جلي واضح ، دفعاً لماثار من شك حوله في بعض النواحي ، ويترتب هذا الأثر في دفع العقد بالقابلية للإبطال لمصلحة من دلس عليه ، إذا ثبت أنه ما كان ليرتضى العقد ، على نحو ما ارتضاه عليه ، بغير التدليس • فالحق في طلب إبطال العقد لا يقتصر على الحالة التي يثبت فيها المتعاقد أن التدليس هو الذي جره إلى قبول التعاقد في ذاته ، وإنما يثبت أيضاً حتى لو اقتصر دور التدليس على جملة يقبل في التعاقد شروطاً أشد وقرراً مما كان ليقبله لو لم يقر به ، وهو ما جرى الفقه على تسميته بالتدليس المارض ، تمييزاً له عن التدليس الأول ، الذي أطلق عليه التدليس الأصلي • ذلك لأن العقد كل لا يتجزأ فتعيب الرضاء في شأن أمر جوهري

الاكراه :

أولى الفكر القانوني منذ القدم أهمية قصوى للاكراه .
الى جانب كونه عيبا يشوب الرضاء ويفسده ، فهو يقوم على
العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الاكراه ، في الفقه الاسلامي ، مكانا رحبا
بارزا ، واهتم به رجاله اهتماما كبيرا . بل لعل اهتمام فقهاء
المسلمين بالاكراه يفوق الى حد كبير الاهتمام الذي اولى اياه في
ظل الشرائع الاخرى . بل انه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم
بغيره مما يدخل ، في النظرة المعاصرة ، في زمرة عيوب الرضاء .
وترجع الاهمية الكبرى لنظام الاكراه ، في ظل الفقه
الاسلامي ، الى أن اعتناق الدين الاسلامي نفسه يبنى على الاختيار
عند الفرد ، فلا جبر فيه ولا قسر ولا ارغام . اذ انه (لا اكراه
في الدين) . وكان طبيعيا أن تعكس هذه القيمة السامية على
المعاملات ، ليتحتم أن تقوم على الرضاء الحر ، بعيدة عن الضغط
والاجبار . وتوخيا للوصول الى هذه الغاية النبيلة ، جاء القرآن
الكريم يحارب الاكراه في العقود بقوله ، عز شأنه : « يا ايها
الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون
تجارة عن تراش منكم ، وجاء الرسول الامين يقول : ان الله
رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

واذا كان الفقه الاسلامي بكل مذهبيه قد عمد الى محاربة
الاكراه في العقود ، الا أن أثره متفاوت باختلاف تلك المذاهب .
فمذاهب الشافعية ، الاكراه يبطل التصرف ، حيث قالوا ان عقد المكره
يكون باطلا ، كمقد الصبي غير المميز والمجنون . وتقول الجعفرية
بحكم مسائل (كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٥٣) وعند الحنفية ،
وقع الاختلاف في حكم الاكراه : فمقد المكره يقع موقوفا على
اجازته عند زفر . ولكنه يقع فاسدا عند أبي حنيفة وصاحبيه
أبي يوسف ومحمد . وهو الرأي الراجح في المذهب . اما عند
المالكية فالاكراه لا يبس انعقاد العقد (كما تقول الشافعية
والجعفرية) ، ولا يبس صحته بالفساد (كما يقول الرأي السائد
عند الحنفية) ، ولكن أثره يقتصر على ان يجعل منه عقدا غير
لازم ، بمعنى ان يثبت للمكره خيار الفسخ . وهو رأى يتفق
مع ما يقول به الفكر القانوني المعاصر الذي تبناه المشروع .

وقد حرص المشروع ، في تنظيمه للاكراه ، أن يقق به عند
حدوده التقليدية الموروثة ، اعتبارا بأنه يقوم على وسائل تهدد به
توجه الى المتعاقد ، برفض حمله على ارتضاء العقد ، بدرا لاذنى
عنه او عن غيره ممن يؤثر فيه ايذاؤهم . وهي من بعد الحدود
التي تكون الامار الذي عرف الاكراه في أصله عليه ، سواء
في الفقه الاسلامي أم في الفكر القانوني المعاصر .

وترسم المادة ١٥٦ الامار العام لنظام الاكراه ، من حيث
قيامه وأثره . فهي تقرر أن اساس قيام الاكراه يتركز في أن المتعاقد
يرتضى التصرف تحت سلطان الرهبة أو الخوف . فهو اذا كان

وغيره من القوانين العربية التي استوحته ومن بينها قانون التجارة
الكويتي . وقد توسع المشروع في هذا المجال ، فاعتبر التدليس
ايضا متصلا بالمتعاقد الاخر ، اذا كان قد صدر من احد اتباعه .
والمقصود بالتابع هنا أى شخص تكون له صلة بالمتعاقد من
شأنها ان تجعله يعمل لخدمته ولحسابه ، ولو لم يكن تابعا بالمعنى
الدقيق لهذا الاصطلاح ، كالولد او الزوج الذى يلجأ الى
الاحتياط على شخص لكى يدفعه الى التعاقد مع ابيه أو زوجته .
واعبر المشروع ايضا التدليس متصلا بالمتعاقد ، اذا كان قد
صدر ممن كلفه ، الوساطة في ابرام الصفقة ، فما دام هو قد
لجأ اليه ، طالبا وساطته ، فمن العدل والمصلحة أن يتحمل
نتيجة ما يلجأ اليه من الخديعة والغش . واعتبر المشروع
التدليس متصلا بالمتعاقد الاخر ، في النهاية ، اذا كان قد صدر
من يبرم التعاقد لمصلحته . وهو حكم عادل تقتضى الملائمة
تقنينه ، بعد ان ذاع وانتشر نظام الاشتراط لمصلحة الغير .
وهو من بعد حكم استوحاه المشروع من أحكام القضاء .

فاذا وقع التدليس من الغير ، فلا يعتبر متصلا بالمتعاقد
الاخر ، وبالتالي مخلوا طلب الابطال ، الا اذا كان هذا قد
علم ، عند ابرام العقد ، بصدوره او كان في استطاعته حينئذ
أن يعلم به .

والغاية التي يتوخاها المشروع من تطلب ان يكون التدليس
متصلا بالمتعاقد الاخر ، هي العمل على تقرير الامن والاستقرار
للتعامل ، عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد لابطال ، الا اذا
امكن ان يعزى اليه ما يبرر تحمله نتيجته .

وارتأى المشروع بالمادة ١٥٤ ان يستثنى عقود التبرع من
شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الاخر ، مكتفيا ، لامكان ابطالها ،
ان يجيء رضاه المتعاقد بها نتيجة التدليس ، ودون اعتبار بعد
ذلك لمن وجهت منه الحيلة ، ولما اذا كان المتعاقد الاخر قد
علم بما أم لم يعلم . وقد حدا به الى تقرير هذا الحكم رغبتة في
أن يجيء التبرع ، في جميع الحالات ، عن ارادة بعيدة عن الغش
والاحتياط والخديعة .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٥٥ ، لحالة التدليس المتبادل
وهي تلك التي يلجأ فيها كل من طرفي العقد الى التدليس على
الاخر ، في صدق شأن من شؤون التعاقد ، ويجره بذلك الى
ارتضاءه ، مقرا حرمان أى منهما من حق طلب ابطال العقد .
فكل منهما قد دنسته حيلته وغشه . فليس له أن يتأذى من
غش غيره ، اذا كان قد صدر منه تحوه ما يماثله .

وقد استوحى المشروع هذا الحكم من اعمال لجنة تنقيح
القانون المدني الفرنسي المادة ١٦ من مشروع النصوص المتعلقة
بالمصادر الارادية للالتزامات (اعمال اللجنة لسنة ١٩٤٨/١٩٤٩
ص ٧٠٦)

يرتضى التصرف حقيقة ، الا أن رضاه به لم يأت حراً وعن كامل اختيار ، وإنما جاء عن ضغط عليه وقسر واجبار . ورغبة منه في دفع الاذى الذى يتهدده أو يتهدد غيره .

وينبغى ، لقيام الاكراه ، أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، سواء أكان هو المتعاقد الاخر أو شخصاً آخر ممن يمكن أن يعزى عليهم اليه ، على نحو ما تقرره المادة ١٥٧ . فان تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد ، كما اذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص ، أو تولدت بتأثير مجسرد الاجلال الذى يستشعره نحو شخص آخر ، فان الاكراه لا يتواجد ، وإنما قد يفتتح المجال لاعمال عيب آخر من عيوب الرضاء ، هو الاستغلال .

ويلزم ، لقيام الاكراه ، أن تكون الرهبة قد ولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق . فلا قيام للاكراه اذا بعث المتعاقد الرهبة في نفس غيرهه بوسيلة يسمح بها القانون ، ومن غير تجاوز للفرض الذى أباحها من أجله . وفي ذلك يتجاوب المشروع مع الفقه الاسلامى الذى يبشر بأن الاكراه باق ، أو ما يطلق عليه تحت ظله « الجبر الشرعى » ، يقع غير مؤثر على العقد .

ولا بد من توافر شروط ائصاله ، أنتج أثره . ويتركز هذا الاثر في وقوع العقد قابلاً للإبطال لمصلحة من جاء رضاه متعبياً . وهو حكم ، ان خالف السائد عند الشامية والجفرية ، حيث يقع عقد المكره باطلا عندهم ، وان خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكره موقوفاً أو فاسداً على خلاف بينهم ، فسور يتفق مع مذهب المالكية ، حيث يقولون بوقوع عقد المكره منعقداً غير باطل ، وصحياً غير فاسد ، وناقداً غير موقوف ، ولكنه يكون غير لازم ، حيث يثبت للمكره خيار الفسخ .

ويثبت حق طلب الابطال للمكره ، سواء دفعه الاكراه الى قبول التعاقد ذاته ، أم اقتصر على حمله على قبول شروط اقسى وأشد وقراً مما كان يقبل بها من غيرهه ، شأن الاكراه فى ذلك شأن التدليس .

ولا تحديد للشخص الذى يعتبر تهديداً بالحق الاذى بهم اكراهاً له بالنسبة الى القرابة أو غيرها . ولم يشأ المشروع هنا أن يلجأ الى مثل هذا التحديد . مخالفاً في ذلك ما فعلته بعض القوانين ، كالقانون الفرنسى ، (المادة ١١١٣) ، لما فيه من تحكم غير مقبول ، فالمسألة مردها الى اثر التهديد على نفس المتعاقد ، من حيث توليد الرهبة أو عدم توليدها في نفسه . وقد يشعر الفرد منا بالحج والاعزاز نحو شخص لا يمت بصلة قري ، فيولد تهديده بإيذائه فادح الخوف ، في حين أنه قد لا يهجم أمر أقرب الناس اليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه كبير الاذى .

وعلى أنه اذا اقتصر دور الاكراه على حمل المتعاقد على قبول شروط تهبطه ، فانه يترخص له ، كما هو الحال فى التدليس ، الا يتمسك بابطال العقد ، ويرجع على المتعاقد الآخر على أساس المسئولية التقصيرية ، اذا توافرت شروطها ، بغية أن يدفع عن نفسه ما يهبط من شروط العقد ، اعتباراً بأنه بذلك يصل الى تعويض عيني للضرر الذى لحقه من جبراء الاكراه .

وللمعيار الذى يراعى في تحديد ما اذا كانت الرهبة قد قامت في نفس المتعاقد أم تم ، هو معيار شخصى أساسه المتعاقد المكره نفسه ، فطالما أنه قد ثبت أنه قد خاف بالفعل وأن الرهبة التى تولدت هى التى دفعته الى التعاقد ، فان الاكراه يتوافر ، بغض النظر عما اذا كان من شأن وسائل الاكراه التى وجهت اليه أن تبعث الرهبة في نفس غيرهه أم لا تبعثها . والناس يتفاوتون فيما من شأنه أن يبعث في تقسيم الرهبة . بل ان من شأن الظروف المحيطة بهم أن تلعب فى ذلك دورها . ولذلك وجب الاعتداد فى تحديد قيام الرهبة فى نفس المتعاقد ومدى أثرها عليه بظروفه الخاصة ، كحالته من الذكورة أو الانوثة ، وسنه ، وعلمه أو جهله ، وصحته أو

ويطلب المشروع ، في المادة ١٥٧ ، أن يكون الاكراه ، الذى تعيب به رضاء المتعاقد ، قد جاء من المتعاقد الآخر ، أو من نائبه ، أو بفعل من يرم العقد لمصلحته ، شأن الاكراه فى ذلك شأن التدليس .

وكما هو الحال فى شأن التدليس ، فان المشروع يقصد بالتابع هنا كل من يعمل لحساب المتعاقد ، حتى لو لم يكن تابعاً له بالمعنى الضارم لهذا الاصطلاح ، وحتى لو لم يكن ملتزماً قانوناً بأن يعمل لصالحه ، بل أجرى ذلك تطوعاً منه . فاذا وقع الاكراه من شخص من الغير ، ما كان له تأثير على

ومن نواحي الضعف التي يخصصها المشروع بالذكر ، الحاجة الملحة ، أو حالة الضرورة . ويقصد بها الحالة التي يرى الشخص فيها نفسه ، لظروف معينة تعيق به ، مضطراً الى ابرام التصرف ، تحت ضغط حاجة ملحة ، تمثل عادة في دفع خطر محقق بالنفس أو بالمال ، وهي حالة لا تنعدم الشيوع في حياة الناس . وقد عاجلها القضاء في البلاد التي لم تأخذ بنظام الاستغلال على أساس الاكراه . وأولى بها أن ترتد في حكمها لنظام الاستغلال .

ويذكر المشروع أيضاً من نواحي الضعف التي يلجأ الى استغلالها الطيش البين . ويقصد به عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه . كما يذكر الضعف الظاهر الذي قد يتسبب في قلة ادراك الشخص أو غيابه أو في الافراط في طيبة قلبه ، أو أي ضعف آخر يراه القاضى كافياً لقيام الاستغلال .

ويذكر المشروع كذلك من نواحي الضعف الانساني التي يلجأ الى استغلالها الهوى الجامح ، وهو ذلك الذي يتسبب في الشعور العارم الملح العنيف نحو شخص أو نحو شيء ، فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتسوسن .

ويذكر المشروع كذلك في النهاية السطوة الادبية . ويقصد بها النفوذ الادبي الذي يكون لشخص على آخر ، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حدا بحيث يجعله يتقاد اليه ، اما عن عقيدة في صواب رايه ، واما خشيته اغضابه ، كما هو الشأن ، على وجه الخصوص ، في السطوة الادبية التي قد تكون للاب على ابنه ، أو للرئيس على مرعوسه ، أو للمعلم على تلميذه ، أو لرجل الدين على الدين .

والامر الثاني الذي تقيم المادة ١٥٩ الاستغلال عليه ، هو التفاوت الباهظ الجسيم في الاخذ والعطاء ، بحيث يتسبب المقدر تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية . فنظام الاستغلال لا يتفياً قيام العقود على المساواة بين طرفيها في اخذ كل منهما وعطائه ، بل هو لا يحارب مجرد عدم التناسب بين ذلك الاخذ وهذا العطاء ، وانما هو يحارب عدم التناسب الباهظ الصارخ بينهما . وقد عدت كل التقنيات التي أخذت بنظام الاستغلال الى ابراز هذا الجانب منه ، وان كان ذلك بعبارات مغايرة .

وقد حرص المشروع على أن يذكر أن عدم التناسب الذي يقوم الاستغلال عليه هو ذلك الذي يكون بين ما يلتزم ضحية الاستغلال بأدائه وبين ما يجره عليه المقدم من نفع مسادى أو ادبي . وقد قصد بذلك ألا يقتصر اعمال نظام الاستغلال على عقود المعاوضات ، وليحدث اثره في عقود التبرع .

العقد ، ما لم يكن المتعاقد الآخر ، عند ابرام العقد ، علماً بحصول الاكراه ، أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم به . والمكره بعد ذلك وشأنه مع من سلط عليه سيف التهديد .

والمشروع ، اذ يجعل الاكراه الواقع من الغير غير مؤثر على العقد ، لا يففل عن أنه يؤدي ، هو أيضاً ، الى تعيب الرضاء . ولكنه راعى مصلحة المتعاقد الآخر . وهي مصلحة يراها جديرة بالرعاية اذ يفرض أن هذا المتعاقد كان بعيداً عن الاكراه لم يتصل به بسبب .

والمشروع ، يتطلبه أن يكون الاكراه متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وان خالف الفكرة التقليدية التي تعمل الاكراه طالما كان هو الدافع الى التعاقد ، دون اعتبار بعد ذلك لمن يصدر عنه ، فهو يتشبه مع الفكرة التي أخذت تسود في القانون المعاصر ، والتي تتدخل في اعتبارها وجوب توفير الامن والاستقرار للمعاملات ، كلما كان الطرف الآخر في العقد بنأى عما شاب رضاء غريمه من عيب . ثم أنه يسوى بذلك في الحكم بين الاكراه والتدليس .

وتد استوحى المشروع حكم المادة ١٥٧ من القانون المصري وغيره من قوانين البلاد العربية الاخرى التي اتبعتها ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي ، وذلك بعد اجراء تعديلات في الصياغة اقتضتها الملاممة .

يستثنى المشروع ، في المادة ١٥٨ ، التبرعات من شرط اتصال الاكراه بالمتعاقد الآخر ، كما فعل ذلك من قبل بالنسبة للفلفظ والتدليس . وقد قرر هذا الحكم ، حرصاً منه على أن يجيء التبرع دوماً عن ارادة حرة مختارة ، كما حرص من قبل على أن تجيء عن بينة من الامر ، لم يقسدها غلط ، ولم يضلها تدليس .

الاستغلال :

تعرض المادة ١٥٩ لكيان نظام الاستغلال ولاثر المرتب عليه .

وهي تقيم الاستغلال على امرين ، يتسبب اولهما وسيلة يستهدف بها الوصول الى الثاني .

فال المادة ١٥٩ تتطلب ، بادىء ذي بدء ، استغلال ناجحة من نواحي الضعف في التعاقد . ونواحي الضعف عديدة يذكر المشروع أهمها وأكثرها شيوعاً في حياة الناس . وهو اذ يذكرها ، لا يففل عن أن بعضها يتداخل مع بعضها الآخر ، بل حتى يمكن له أن يففل عنه . ولكنه أراد لنظام الاستغلال أن ينفصل ، ليغطي جميع أوجه الضعف في الشخص ، حينما يعمد الغير الى استغلالها فيه ، وصولاً الى الكسب المفترط المتجافى مع شرف التعامل ، وبالتالى الكسب الحرام .

وتركز أثر الاستغلال في أنه يرخص للقاضي ، بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقا للعدالة ومراعاة ظروف الحال ، أن يقضى ، اما بانقاص التزاماته أو بالزيادة في التزامات الطرف الآخر ، أو بإبطال العقد .

والمشروع ، إذ يدخل ضمن الرخص الممنوحة للقاضي الزيادة في التزامات الطرف الآخر ، يخالف بذلك أغلب التقنيات التي يقتصر أثر الاستغلال فيها ، اما على بطلان العقد (القانون الألماني - المادة ١٣٨) ، أو على جعل العقد قابلا للإبطال (مدونة الالتزامات السويسرية - المادة ٢١) ، أو على ثبوت الرخصة للقاضي في ابطال العقد أو انقاص التزامات الطرف المستغل . وقد قال بهذا الحكم الأخير مشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢) ، ومنه انتقل الى القانون المصري ، ومن بعده الى قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحى ومن بينها قانون التجارة الكويتي . والمشروع ، إذ يرخص للقاضي اجراء الزيادة في التزامات الطرف الآخر ، الى جانب ابطال العقد وانقاص التزامات الطرف المستغل ، يتمشى مع الفكرة السائدة في نظام الغبن ، سواء في الفقه الاسلامي أو في القانون المعاصر ، والتي تقوم على الزيادة في التزام الطرف الغابن بما يرفع الغبن الفاحش عن الطرف المغبون ، فضلا عن أنه يتجاوب مع الاثر المترتب على أعمال نظرية الظروف الطارئة .

والزيادة في التزام الطرف الآخر قد يحكم بها القاضي ، اما بناء على طلب ضحية الاستغلال ، أو بناء على ذات طلبه هو ، كدفع يعمد به الى ابقاء العقد .

والمشروع في اعطائه للقاضي سلطة البولوني (المادة ٤٢) .

الطرف الآخر ، قد استوحى للقانون البولوني (المادة ٤٢) . وغنى عن البيان أن الاستغلال ، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة عيوب الرضاء ، لا ينتج أثره ، الا اذا كان هو الدافع الى التعاقد ، بحيث انه لولاها لما أبرم العقد ، أو لما أبرم على نحو ما أبرم عليه ، وسواء بعد ذلك أن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقدين الآخر ، أم من شخص غيره يعمل لصالحه .

وأنت المادة ١٦٠ تؤكد امكان اعمال نظام الاستغلال في عقود التبرع ، دفعا لآفة شبيهة . فلا يوجد أى مسوغ لقصر دائرة الاستغلال على المعاوضات . واذا كانت ثمة شبهة قامت في الماضي حول هذا الامر ، فإن مردها الى الاعتقاد بأن نظام الاستغلال لا يعود أن يكون مجرد تطوير لنظام الغبن ، والى أن هذا الأخير لا يسرى في صد التبرعات . فإيا ما كان وجه الحق في البنية المدعاة بين الاستغلال والغبن ، فقد اكتملت لنظام الاستغلال ذاتيته ، وأصبحت له دائرة اعماله الخاصة به ، فضلا عن شروطه وأثره . ولا يوجد ثمة ما يمنع من سريانه على التبرعات . بل أن التبرعات تتمثل العقول الخصيب لأعماله ، لا سيما بالنسبة الى ما قام منه على الهوى الجامح .

على أن أثر الاستغلال في عقود التبرع يختلف بالضرورة بعض الشيء عن أثره في المعاوضات . فهو يقتصر على الترخيص للقاضي ، بناء على طلب المتبرع ، ووفقا لظروف الحال ، ومراعاة لمقتضيات العدالة والاعتبارات الانسانية ان يبطل العقد أو أن ينقص القدر المتبرع به . وقد حرص المشروع أن يذكر الاعتبارات الانسانية من بين الامور التي يهتدى بها القاضي في حكمه ، تقديرا منا أن بعضا من التبرعات التي تجيء وليدة الاستغلال ، تستهدف غاية انسانية جذرية بالرعاية كما اذا استغلت الزوجة الهوى الجامح الذي يستشعره زوجها نحوها ، فتجعله يهب أولادهما الصغار من أمواله ما يلزم لرتبتهم . ففى مثل هذه الحالة ، يستطيع القاضي أن يتمشى في حكمه مع ما تقتضيه المصلحة الانسانية في تربية الصغار ، في حدود انساق هذه المصلحة مع مصلحة باقى الورثة والتوفيق بينهما .

وتعرض المادة ١٦١ للمدة التي ينبغى أن ترفع خلالها دعوى الاستغلال والا سقطت . وتحدد الفقرة الاولى هذه المدة بسنة واحدة ، تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وهذه المدة ، وإن كانت قصيرة ، الا انه تشفع لقصرها الرغبة في استقرار المعاملات . وهي على أية حال ، المدة التي قدرتها أغلب القوانين ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٧٦ / ٢) . واذا كان المشروع قد قرر ، الاصل العام لبدء سريان مدة السنة ، محددًا إياه بوقت إبرام العقد ، على نحو ما تقول به المدونات القانونية في أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال الا انه استحدث ، في الفقرة الثانية ، حكما مغايرا بالنسبة الى دعاوى الاستغلال الذي يقوم على الهوى الجامح أو السطوة الادبية ، جاعلا بدء سريان مدة السنة ، بالنسبة اليها ، من تاريخ انقطاع أثر الهوى أو السطوة على أن تسقط الدعوى ، على أية حال ، بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد .

وقد دعا المشروع الى تقرير الحكم الذي استحدثه ما رآه من أنه ، في العمل ، يتعذر على من يبرم التصرف ، تحت تأثير الهوى الجامح أو تحت تأثير السطوة الادبية ، أن يطعن فيه ، طالما بقي أسيرا لهذه أو لذلك ، ومن ثم لزم أن تبدأ فترة السنة من وقت تحرره منهما ، والاضاق مجال اعمال الاستغلال بصددهما الى حد يتقارب مع العدم ، سيما وأن مدة السنة تتمثل فترة بالغة القصر . والمشروع بهذا الحكم المستحدث يتفادى عيبا ظاهرا في التشريع الكويتي الحالي . وهو عيب لم يفت الفقه أن يستظهره .

الغبس :

عنى المشروع بالغبس وغالجه في اطار نظرية عامة ، من شأن أحكامها أن تسرى على كافة العقود ، ما لم ينص القانون البعض منها بحكم مغاير .

ويبدأ المشروع ، في المادة ١٦٢ ، بوضع الاصل العام ، ومواده أن العنبر بمجرد ذواته ، ومن غير أن يأتي نتيجة عب من عبوب الرضا ، المتشقة في الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال لا يكون له تأثير على العقد . على أنه يورد على هذا الاصل العام تحفظين . يتعلق أولهما بالاحوال الخاصة التي ينس فيها القانون ، في صدد عقد من العقود أو تصرف قانوني بوجه عام ، على اعطاء العنبر أثرا معينا يحدده . ويتعلق التحفظ الثاني بالعقود أيا ما كانت ، إذا ترتب عنها غبن لاشخاص محددين بنوعياتهم ، تبينهم المادة ١٦٣ .

والمشروع ، إذ يقرر الاصل العام القاضي بأن العنبر بمجرد ذواته لا يكون له تأثير على العقد يتجاوب تماما مع الفقه الاسلامي ومع الفكر القانوني المعاصر على حد سواء .

ويأتي المشروع ، في المادة ١٦٣ ، بتحفظ هام على الاصل العام الذي أورده في المادة ١٦٢ ، ومؤدى هذا التحفظ اعطاء أثر العنبر الذي يتضمنه العقد للدولة أو لغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ، ولجهة الوقف ، ولعديبي الاهلية وناقصها ، شريطة أن يكون هذا العنبر فاحشا . ويرتكز هذا الاثر فسي الترخيص للعنبرين في أن يطلب من القاضي تعديل مقابل أدائه ، وهو التزام الطرف الآخر ، أو تعديل التزامه هو بما يرفع عنه ، لا كل العنبر ، وإنما فقط الفحش فيه .

وتحدد المادة ١٦٤ ، في فقرتها الثانية ، العنبر الفاحش بما يزيد ، عند ابرام العقد ، على الخمس . والمشروع يريد بذلك قدرا موحدا لا يتغير بتغير محصل التزام ، أو بتغير العقود عليه ، كما يقول الفقه الاسلامي . والمشروع ، إذ يتخالف ، في هذا الصدد مع ما جاء به الفقه الاسلامي من التنوع في قدر العنبر الفاحش حسب طبيعة العقود عليه ، ذلك التنوع الذي كان له صداه في مجلة الاحكام العدلية ، حيث جاءت المادة ١٦٤ منها تحدد العنبر الفاحش بنصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقارات ، فهو يريد التبسيط من وجه ، ويتوخى ، من وجه ثان ، التمشي مع مقتضيات العصر المتشقة في اتساع وتنوع طبيعة العقود عليه الى حدود باتت لا تنتهي .

وتجىء المادة ١٦٣ ، في فقرتها الثالثة ، لتقتضى ، بأنه لا يحول دون اظمن بالعنبر ، أن يكون العقد قد أجرى عن العنبرين ممن ينوب عنه وقتا للقانون أو أذنت به المحكمة . ذلك لان النائب قد لا يبذل من العناية بمصلحة من يشله القدر اللازم الذي تقتضيه مصلحته .

والمشروع ، إذ يقرر حماية الدولة وغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة وجهة الوقف وعديبي الاهلية وناقصها ، يتجاوب مع الفقه الاسلامي الذي حرص كل الحرص على مال

اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف . ومع ذلك فلم يشأ المشروع أن يصل في مدى الحماية الى حد تقرير عدم صحة العقد كما تقتضى المجلة (المادة ٣٥٦) أو الى بطلانه كما يقتضى القانون العراقي (المادة ١٤٢ / ٢) مكتنبا برفع ما فحش من العنبر .

ويجىء المشروع ، في المادة ١٦٤ ، ويرخص لمن يتعاقد مع العنبرين ، الذي يظن بالعنبر ، أن يتوفى زيادة عبه التزامه بما يرفع العنبر الفاحش ، وذلك بمنحه الحق في طلب فسخ العقد . وقد راعى المشروع ، في منح هذه الرخصة للمتعاقد مع العنبرين ، انه من المحتمل أن يكون قد ارتضى العقد لمجيبه على نحو ما تم عليه ، بحيث أنه ما كان ليرفضه بالزيادة التي يراد له أن يتحلها في مدى التزامه . ثم انه قد يكون فسي تحصيله بهذه الزيادة ما يبهظه . فإذا كان ذلك ، فلا أقل من أن يترك له الخيار بين أن يتقبل الزيادة في مدى التزامه بما يرفع عن العنبرين فحش العنبر ، وبين أن يتخلل من العقد .

نلى أن المشروع يمنح رخصة توقي الزيادة في الالتزام عنم يكون قد تعاقد مع الدولة أو مع غيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ، تقديرا منه للمصلحة العامة التي قد تتأذى من فسخ العقد ، والتي ينبغي على المصلحة الخاصة أن تنزوى أمامها .

ويورد المشروع ، في المادة ١٦٥ ، استثناء على جواز الطعن على أساس العنبر للدولة ولغيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ، ولعديبي الاهلية وناقصها ولجهة الوقف . فهو يمنح هذا الطعن ، اذا تم العقد بطريق المزايدة أو المناقصة على نحو ما يقتضى به القانون ، ووفقا للاجراءات التي يرسمها . وعلة هذا الاستثناء تتمثل في الرغبة في توفير الحصانة للعقود التي تبرم عن طريق المزايدات أو المناقصات القانونية ، وما يترتب على ذلك من التشجيع على الدخول فيها . ثم ان في حصول التعاقد بالمزاد أو بالمناقصة على نحو ما يقتضى به القانون ووفقا للاجراءات التي يحددها القسمان الكافي لمن يريد القانون حمايتهم .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٦٦ ، للسدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى العنبر ، اعلاا لحكم المادة ١٦٣ . ويحدد هذه المدة بسنة واحدة . وهي نفس المدة التي حددها للمعوى الاستغلال . وتبدأ مدة السنة من وقت ابرام العقد ، بالنسبة الى الدولة أو غيرها من الاشخاص الاعتبارية العامة ولجهة الوقف ، ومن وقت اكتمال الاهلية أو الموت بالنسبة لعديبي الاهلية وناقصها ، على ألا تتجاوز المدة في أية حال ١٥ سنة من وقت ابرام العقد . فإن رفعت دعوى العنبر ، بعد المدة القانونية تعين على التاضي الحكم بسقوطها .

٢ - المحل :

المحل ، اعتباراً بأنه الشيء الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتثال عن عمله ، يتمثل - في حقيقة الواقع - ركناً في الالتزام إذ أن محل العقد هو ذات الالتزامات التي يولدها . ومع ذلك فقد درج الفكر القانوني ، ليس فقهيًا فحسب ، بل تفريمياً أيضاً ، على أن ينظر إلى الفعل الذي يلتزم المدين بعمله أو بالامتثال عن عمله ، باعتباره محلاً ، لا للالتزام وحده ، وإنما أيضاً للعقد الذي ينشئه .

وهذه هي النظرة التي يرى المشروع أن يسايرها ، وهو إذ يفصل ، لا يعمد فقط إلى عدم القطعية مع تقليد استقر من قديم ، ولكن أيضاً لأنه يرى أن لتلك النظرة ما يبررها . فالعقد ينشئ الالتزام . فإن كان العمل الذي يلتزم المدين بفعله أو بالامتثال عن فعله ، يتمثل محلاً مباشراً للالتزام ، فهو ينهض ، في نفس الوقت ، محلاً للعقد الذي يولد هذا الالتزام ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . ومن هنا ساء أن ينظر إلى محل الالتزام باعتباره ركناً في العقد . وأياً ما كان الأمر ، فإن الغاية من العقد هي انشاء الالتزام . فإذا تضرر عليه أن ينشئ الالتزام لأمر يخص محله ، فإنه يكون غير ذي موضوع فيبطل بدوره .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٦٧ ، لأحد الشروط اللازم توافرها في محل الالتزام ، وهو إمكان ادائه . وهذا شرط تملبه طبيعة الأمور ذاتها . إذ أنه لا يتصور أن يلزم الشخص بعمل المستحيل . ومن هنا كان الأصل العام القاضي بأنه لا التزام بمستحيل . فإن التزم المدين بما هو مستحيل بطل التزامه ، وبطل العقد الذي أريد له أن ينشئه .

على أن الاستحالة التي تتم من قيام العقد هي الاستحالة الموضوعية ، أي استحالة محل الالتزام ذاته ، أو استحالته من حيث هو ، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالدين نفسه . فإن كان محل الالتزام ممكناً في ذاته قام العقد ، حتى لو كان المدين نفسه يستحيل عليه أن يؤديه ، على أن تشمل مسئوليته حينئذ عن عدم الوفاء بالالتزام ، وفقاً للقواعد القانونية العامة .

والاستحالة الموضوعية التي تؤدي إلى بطلان العقد هي تلك التي تكون قائمة عند إبرامه . فإن كان محل الالتزام ممكناً عند إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلاً في تاريخ لاحق ، ما أثر ذلك في ذات انعقاد العقد ، ولكن يكون له آثار قانونية أخرى ، تختلف باختلاف الأحوال .

والمشروع يستوحي نص المادة ١٦٧ من نص المادة ١٣٠ من قانون التجارة الكويتي ، الذي هو مستمد بدوره من المادة ١٣٢ مديني مصري ، وذلك بعد أن أدخل المشروع تعديلاتٍ في الصياغة . توخيا للإضاح .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٦٨ ، للتعامل في الأشياء المستقبلية قاضياً بجوازها ، كأصل عام .

فإذا كان يتوجب ، لامكان محل الالتزام ، وبالتالي لقيام العقد ، أن يكون الشيء الذي يتعلق به موجوداً عند إبرام العقد ، فإن ذلك لا ينحتم إلا إذا نظر إلى الشيء على اعتبار أنه قائم فعلاً عندئذ . أما إذا نظر إلى الشيء على اعتبار أنه غير موجود الآن ، ولكنه سوف يوجد بعد حين ، فإن المحل يعتبر ممكناً ، طالما أن وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل استحالة موضوعية مطلقة فالشيء الذي يتعلق به الالتزام ، أما أن يكون موجوداً بالفعل عند إبرام العقد ، وأما أن يكون قابلاً للوجود في تاريخ تال .

والمشروع ، إذ يجيز ، بحسب الأصل ، التعامل في الأشياء المستقبلية ، وإنما يتجاوب مع ما تقتضيه المصلحة . وهو من بعد الحكم الذي تيسره كل التقنيات الحديثة في الدول المختلفة ، ومن بينها دولة الكويت (المادة ١/١٣١) والمادة ٣٨٣ من قانون التجارة) .

وإذا كان الفقه الإسلامي يرسى الأصل العام في عدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، إلا أنه يورد على هذا الأصل استثناءات عديدة بحيث أنه يمكن أن يقال أنه بات لا يصرم هذا النوع من التعامل ، إلا إذا اقترن بالشديد من الفرر . وهذا ما أراد المشروع أن يتشبه معه ، حيث أورد على التعامل في الأشياء المستقبلية تحفظاً ، قوامه منعه ، حينما يكون وجود الشيء رهيناً بمحض الصدقة ، اعتباراً منه بأن التعامل يكون عندئذ أقرب إلى القامرة .

ويورد المشروع ، في المادة ١٦٩ ، استثناء هاماً على مبدأ جواز التعامل في الأموال المستقبلية . فهو يحظر ، بحسب الأصل ، التعامل في التركات التي لما فتتح ، لكون أصحابها لا زالوا على قيد الحياة .

والمشروع ، إذ يحظر التعامل في التركات المستقبلية ، يساير التقنيات الحديثة ، سواء في بلادنا العربية أم في الدول الرقية الأخرى . وقانون التجارة الكويتي بدوره يأخذ بالحظرس (المادة ١٣١ / ٢) .

والمشروع يحظر ، بحسب الأصل ، التعامل في التركات المستقبلية ، أو الحقوق الاحتمالية الداخلة فيها ، بغض النظر عن طبيعة التعامل أو نوعيته ، ودون اعتبار لشخص المتصرف أو المتصرف إليه . وقد حرص على أن يصرح بطلان التصرف في التركات المستقبلية ، ولو تم من المورث المحتمل نفسه ، أو تم من غيره ووافق عليه هو وارثه . وهذا هو الحكم السائد في التشريع المعاصر . ولم يشذ عنه إلا القليل من التقنيات ، كدعوة الالتزامات السويسرية (المادة ٦٣٦) وهو من بعد

حکم محتمة المصلحة . فالعامل في التركات المستقبلية لا يتضمن فقط المشاركة على حياة المورث المحتمل . اذ انه يقوم في العادة على استغلال المرابين حاجة الورثة الاحتماليين وزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة نظير مقابل بخص زفيد . وفضلا عن ذلك تقتصر الشخص نفسه فيما عساه أن يخلقه عند موته من أموال يتعارض مع قواعد الميراث ، زيادة على اتسامه بالفرر الشديد .

على أن المشروع ، اذا كان يحظر التعامل في التركات المستقبلية ، فقد حرص على أن يستثنى من هذا النظم الحالات التي يسمح فيها القانون بهذا النوع من التعامل . وهو بهذا التحفظ يد ، على وجه الخصوص ، أن يشير الى الوصية . حيث انها تقع جائزة في حدود ما يقضي به القانون .

وتورد المادة ١٧٠ قاعدة أساسية هامة مؤداها جواز التعاقد في شأن مال الغير أو فعله . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعاقد الشخص بشأن شيء يملكه غيره ، كما اذا باعه أو أجره أو رهنه . كما انه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعاقد شخص مع آخر في شأن فعل يراد لثالث أن يؤديه . وقد درج الفكر القانوني على أن يطلق على هذا النوع الاخير من التعامل : التعهد عن الغير .

وإذا كان التعهد عن الغير ، قد لقي من الفكر القانوني القبول في سهولة ويسر ، فقد اتى ، على التقيض من ذلك التصرف في مال الغير جدلا بالغ العنف ، واختلف بصدده الحكم من التقيض الى التقيض ، اختلف بين البطلان والصحة ، مروا بالتأبيلية للأبطال بل أن عنف الخلاف لم يقف عند الحكم على التصرف في مال الغير بوجه عام ، بل انه امتد أيضا الى نوعية التصرف ذاتها ، بحيث لم يسلم الأمر من أن يعطي بيع ملك الغير حكما يتأخر مع ايجاره أو مع رهنه .

وقد حرص المشروع على أن يحسم الخلاف العتيد الذي تار حول التصرف في ملك الغير ، قاضيا بجوازه ، ما لم ينص القانون ، في حالة خاصة ، على بطلانه . وهو - اذ يفعل - يتشبه مع القواعد القانونية العامة ، التي لا يوجد أدنى مبرر للتضيعة بها . فالالتزام الذي يتعلق بمال الغير ، لا يكون محله مستحلا استحالة موضوعية فالاستحالة - ان قامت لا تعدو أن تكون استحالة ذاتية ، متعلقة بالمدين نفسه .

ولا تخفى أهمية الحكم الذي تضمنته المادة ١٧٠ . فالى جانب كونه يحسم الخلاف العتيد حول حكم التصرف في مال الغير ، فانه يوجد الحكم في صدد التصرفات المختلفة الطبيعية ، بعد ان تثار الحكم في شأنها في الفكر القانوني المعاصر . فكل تصرف يرد على مال الغير يقع صحيحا ، بغض النظر عن طبيعته ، ينما

وكان أم ايجارا أم غيرها ، وذلك ، بطبيعة الحال ، ما لم يقض القانون ، بصدده مقدم معين ، ببطلان التصرف . على انه اذا وقع التعاقد في شأن مال الغير أو فعله صحيحا ، فانه لا يترتب عنه أى التزام على هذا الغير ، ما لم يقره . وهذا أمر بين الظهور ، يقتضيه اعمال القاعدة الأساسية التي تقضي بان العقود لا تنفع الغير ولا تضرهم ، ومع ذلك فقد حرص المشروع أن يصرح به ، دفعا لآفة مظنة . واذا لم يستعمل المدين ، الذي التزم بصدده مال الغير أو فعله ، أن يوفي بالتزامه ، تحمل هو بالمسؤولية ، وفقا لما يقضي به القانون .

وقد استوحى المشروع حكم المادة ١٧٠ من المادة ٢/٣٨ من مشروع تصحيح القانون الفرنسي (مجموعة اعمال لجنة التنسيق لعام ١٩٤٨/١٩٤٩) .

وتعرض المادة ١٧١ لتعيين محل الالتزام . وترسي الفقرة الاولى القاعدة العامة في هذا الصدد ، حيث تقضى بوجود أن يكون محل الالتزام مينا تعيينا دقيقا نائيا للجحالة الفاحشة ، والا وقع العقد باطلا .

وكيفية تعيين محل الالتزام تختلف بالضرورة باختلاف طبيعته وباختلاف الظروف التي تحيط بالتعاقد - والمسالمة مردها في النهاية لتقدير قاضي الموضوع . فهي مسألة واقع . على أنه لا يتحتم ، بطبيعة الحال أن يحصل تحديد محل الالتزام بطريق مباشر . فيكفي أن يتسمن العقد أساسا لتحديده ، مادام هذا الأساس سليما .

واذا تعلق الالتزام بشيء ، فان تحديد محله يقتضى بالضرورة تحديد هذا الشيء تحديدا كافيا . وتختلف طريقة التحديد هنا باختلاف ما اذا ورد التعاقد في شأن شيء محدد بذاته او محدد بنوعه . فان كانت الحالة الاولى ، لزم أن يتعين الشيء نفسه ، تعيينا يبرز ذاتيته ويعول بالتالي دون الضلطة بينه وبين غيره . وان كانت الحالة الثانية ، توجب ان يتحدد الشيء بنوعه ومقداره ودرجة جودته . على أن المشروع آثر هنا ان لا يجعل لعدم تحديد درجة الجودة نفس الجزء المترتب على عدم تحديد النوع أو المقدار ، وهو بطلان العقد . فجات الفقرة الثانية تقضي ، في عجزها ، بأنه اذا لم تذكر في العقد درجة الجودة ، ولم يتيسر للقاضي ان يستخلصها من ظروف الحال ، فان العقد لا يبطل ، ويلتزم المدين بأن يقدم شيئا من صنف متوسط . وقد حدا بالمشروع الى تقرير هذا الحكم رغبته في عدم اهدار العقد بسبب أمر يمكن حسسه على نحو يوفق بين مصلحة الطرفين ، سيما وأنه يلب أن يتفق مع قصدهما المشترك .

وحكم المادة ١٧١ متفق مع غالبية التفتينات الحديثة ، فضلا عن مساريته للفقهاء الاسلامي . وهو مستوحى من نص

القانون المدني العراقي (المادة ١٣١) ، ومن بعده القانون المدني الاردني (المادة ١٦٤) ، برغم انه قد يبدو اقرب الى البدايه في الفكر القانوني المعاصر . وقد حذا بالمشروع الى ذلك رغبته ، من وجه ، في حسم امر احتدم حوله الخلاف في الفقه الاسلامي ، ولدفع أية مظنة في شأنه ، من وجه آخر .

وتعرض المادة ١٧٥ ، في فقرتها الثانية ، للجزاء المترتب على عدم مشروعية الشرط ، اما لانه ممنوع قانونا ، او لانه مخالف للنظام العام او لحسن الآداب . ويشتل هذا الجزاء ، كأصل عام . في وقوع الشرط لنوا ، حيث أنه يبطل ، دون أن يعكس بطلانه على العقد ذاته ، فلا يمس صحته . فالشرط هنا ، يقع فاسدا غير مفسد .

وإذا كان الشرط غير المشروع يلغى ، دون أن يترتب عليه بطلان العقد ، إلا أن من شأنه أن يؤدي الى هذا البطلان ، اذا أثبت المتعاقد أنه ارتضى العقد على أساسه ، وأنه ما كان ليرتضيه بغيره . ففي مثل هذه الحالة ، يقع الشرط فاسدا مفسدا في آن معا . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا تشريعا لنظرية السبب ، باعتباره ركنا لازما لقيام العقد .

٣ - السبب :

آثر المشروع أن يتسكك بالسبب كركن لازم لقيام العقد ، الى جانب الرضاء والمحل ، ناهجا في ذلك نهج التشريعات اللاتينية النزعة ، وحاذيا حذو قانون التجارة الكويتي وغيره من قوانين اغلب البلاد العربية الاخرى . وهو اذ يفعل لا يقصر السبب على الغرض المباشر الاول ، وانما يدخل فيه الباعث المستتبع الدافع ، شريطة أن يكون ملحوظا في التعاقد ، بأن يعلم العاقد الآخر به ، أو يكون من المفروض عليه أن يعلم به .

والمشروع ، اذ يجعل من السبب في وجوده ومشروعيته أمرا لازما لا يقوم العقد بغيره ، يستهدف ، تحقيق العدالة في العقود ، من وجه ، واضفاء المشروعية والفضيلة على العقود من وجه آخر . وهو بذلك يسائر الاغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة ، والبلاد العربية منها خاصة . ثم انه يتجاوب تماما مع هدف الشريعة الاسلامية الفراء في اضافة مبدأ العدالة في العقود ، من وجه ، ومنع العقود ، من وجه آخر ، من أن تتخذ وسيلة لمخالفة مصالح المجتمع وتكتب طريق الفضيلة والخلق الجليل .

وترسي المادة ١٧٦ ، في فقرتها الاولى ، أصلا من أصول العقد ، وهو وجوب أن يستند التزام التعاقد الى سبب ، وأن يكون هذا السبب مشروعا ، والا فان العقد يفقد ركنا من الاركان التي ينبغى له أن يقوم عليها ، فيبطل .

وقد حرص المشروع ، في صياغة الفقرة الاولى مسن المادة ١٧٦ ، على أن ينص على بطلان العقد ، اذا التزم المتعاقد

المادة ١٢٧ من قانون التجارة الكويتي ومن نص المادة ١٣٣ مصرى ، مع تعديلات جوهرية في الصياغة ، توخيا للدقة والاضطباط .

وتعرض المادة ١٧٣ لمشروعية المحل ، قاضية بوجود أن يكون غير مخالف للقانون ولا للنظام العام ولا لحسن الآداب في الدولة . والحكم الذي تضمنه ظاهر . وهو مستمد من المادة ١٢٩ من قانون التجارة الكويتي ، الذي هو مستمد بدوره من المادة ١٣٥ مصرى .

وتعرض المادتان ١٧٣ و ١٧٤ لنوع معين من الالتزامات ، هو أكثرها شيوعا في العمل الى حد بالغ ساحق ، وهو الالتزام بدفع مبلغ من النقود .

وتقتضى المادة ١٧٣ في صده ، بوجود أن يتحدد التزام المدين بذات القدر المحدد في العقد ، دون أن يكون لتغيير قيمة النقود ، ارتفاعا أو انخفاضاً ، أى أثر . وقد حرص المشروع على أن يصرح ببطلان أى اتفاق على خلاف هذا الحكم ، حرصا منه على دفع أية مظنة في أمر يمس الثقة في النقد ، التي هي من صميم النظام العام في الدولة .

وتجىء المادة ١٧٤ ، في فقرتها الاولى ، وتقرر مبدأ حصول الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود بالعملة الكويتية . ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة لتتجيز الاتفاق على أن يكون الوفاء بالعملة الاجنبية . وهكذا فان جاء العقد خلوا من تحديد العملة التي يقع بها الوفاء بالالتزام كان من اللازم اداؤه بالعملة الكويتية أما اذا تضمن العقد شرطا صريحا بوفاء الالتزام بعملة اجنبية معينة ، لزم الوفاء بها ، وذلك في المعاملات الداخلية والخارجية على حد سواء .

وقد جوز المشروع الاتفاق على الوفاء بالعملة الاجنبية ، حتى لو حصل ذلك في المعاملات الداخلية ، استثمارا منه بما يتمتع به النقد الكويتي من بالغ القوة ، بحيث لا يقلل من مكائته أو يضعف الثقة فيه أن يتفق على أن يكون الوفاء بغيره .

وتتناول المادة ١٧٥ ، في فقرتها الاولى ، الشروط التي يمكن للعقد أن يتضمنها . وترسى في ذلك أصلا عاما مؤداه امكان أن يشتمل العقد على أى شرط يرتضيه المتعاقدان ، طالما أنه غير ممنوع قانونا ، وغير مخالف للنظام العام وحسن الآداب . وسواء بعد ذلك أن يكون الشرط من مقتضيات العقد أو من ملامماته أو أن يكون فيه نفع لاحد العاقدين أو لشخص من الغير .

وقد حرص المشروع على أن يقرر هذا الحكم ، على غرار ما فعله قانون التجارة الكويتي (المادة ١٣٣) ، ومن قبله

وتعرض المادة ١٧٨ ، في فقرتها الثانية ، للحالة التي تثبت فيها صورة السبب ، لتلقى على من يدعى أن لاتتزام المتعاقد سببا آخر مشروعا عبء اقامة الدليل على صحة ما يدعيه .

(نانيا) بطلان العقد :

البطلان جزاء اختلال تكوين العقد . وهو نظام قانوني مؤداه اعتبار أن العقد أو التصرف القانوني بوجه عام لم يتم أصلا . فمن شأن البطلان أن يعدم العقد . وهو يعدمه بأثر رجعي يستند الى تاريخ ابرامه . والبطلان في ذاته ومن حيث هو ، واحد لا يتشكل ولا يتنوع . لأنه عدم ، والعدم - وإن أمكن لأسبابه أن تتعدد بل وتتخالف وتتغير - الا أنه من حيث ذات ماهيته واحد .

ولكن البطلان يختلف من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد ، فهناك نوع منه يلحق العقد منذ ابرامه . فهو يجعل العقد يولد ميتا ، او بالآخرى هو يحول أصلا دون ميلاده . وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد الا بعد ابرامه بفترة من الزمن ، قد تطول بعض الشيء ، وقد تقصر . وهو ان لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل اللزوم والحصم ، وإنما لاعمال رخصة يعطيها القانون لمن يريد حمايته من المتعاقدين ان أراد هذا أن يبارشها .

وقد جرى الفكر القانوني التقليدي ، منذ عهد الرومان الى الآن ، على أن يخلع على النوع الاول من البطلان اصطلاح « البطلان المطلق » ، في حين أنه يخلع على النوع الثاني اصطلاح « البطلان النسبي » . وتلك التسمية معيبة ، بالنسبة الى نوعي البطلان على حد سواء . فعبارة « البطلان المطلق » تثير في الذهن أن هناك تفاوتا في درجات البطلان . في حين أن البطلان في ذاته ، عدم وليس للعدم درجات يتراوح بينها . ثم ان العقد الذي يخلع عليه وصف « البطلان النسبي » ليس بباطل ما لم يبطل . فهو عقد قائم ومنتج آثاره ، ويظل كذلك الى أن يقضى باطله .

من هنا كانت التسمية التقليدية لنوعي البطلان بعيدة عن التوفيق ولعل الفضل يرجع الى القانون المصري ، حيث كان سباقا الى نبذها ، مفضيا على ما يطلق عليه العقد الباطل بطلانا مطلقا اسم « العقد الباطل » من غير نعت ولا تخصيص وعلى ما يوصف بالعقد الباطل بطلانا نسبيا ، اسم « العقد القابل للإبطال » . وقد أخذتها عن القانون المصري كافة القوانين العربية الاخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي . ولا يسم المشروع الا أن يأخذ بها بدوره .

١ - العقد القابل للإبطال :

وترسى المادة ١٧٩ الاساس الذي يقوم عليه نظام العقد القابل للإبطال ، قاضية بأن ذاك الاساس يشتمل في أن العقد

دون سبب ، أو لسبب غير مشروع ، مستوحيا في ذلك صياغة المادة ١٣٢ من القانون العراقي . وهو قد أراد بذلك أن يتجنب صياغة أغلب قوانين البلاد المختلفة التي يلحق بعضها السبب بالالتزام ، وبعضها الآخر بالعقد ، وبعضها الثالث بالالتزام معا . فتكون السبب ركنا في العقد ، أو في الالتزام ، أو فيها معا ، أو حتى في غيرهما (في الادارة) ، أمر فقهي مهم ثم كان خليقا به أن يترك للاجتهاد دون ما تقيد من الشارع .

وتأتى الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ للتص على أنه يعتد ، في تحديد مضمون السبب ، بالباعث المستحث للدافع السبب التعاقد ، اذا كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان من المفروض عليه أن يعلمه . فالسبب لا يقتصر على الغرض المباشر الاول الذي يسمى المتعاقد الي تحقيقه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام وإنما يشمل ايضا الباعث المستحث للدافع ، اذا كان ملحوظا في العقد ، بأن كان المتعاقد الآخر يعلمه أو كان مفروضا فيه أن يعلمه . والقصد من اشتراط علم المتعاقد الآخر بالباعث للدافع ، هو ما يقتضيه استقرار المعاملات من عدم تعريضه لاثر البطلان اذا كان بعيدا بالكلفة عنه ، وهو من بعد أمر شخصي يتعلق بصاحبه .

واذا كان قد وجد ، في الفكر القانوني ، اتجاه الى استازام مساهمة المتعاقدين كليهما في العمل على تحقيق الباعث للدافع للاعتداد به ، فإن هذا الفكر لم يسد ، واكتفى ، من المتعاقد الآخر ، بمجرد العلم أو امكان حصوله . وهو الحكم الذي ارتأى المشروع أن يتبناه . ومن وجه آخر ، تواجده في الفكر القانوني نظر ساد في الفقه يرى قصر استازام العلم بالباعث للدافع على عقود المعاوضات ، دون عقود التبرع . وهو نظر لم يسد في القضاء . وقد ارتأى المشروع بدوره الا يسايره . وعلى أية حال ، فليس للجدل حول هذا الامر كبير أهمية من الناحية العملية . اذا انه يندر ، في واقع حياتنا ، أن يكون المتبرع له بعيدا عن الباعث الذي يدفع المتبرع الي أن يتبرع له ، والوصف الذي يتسم به ، خيرا كان أم شرا ، جيلا كان أم تكرا .

وتعرض المادة ١٧٧ والمادة ١٧٨ لاثبات السبب ، من حيث وجوده ومشروعيته على حد سواء .

فالمادة ١٧٧ ، تقرر قرينة قانونية بسيطة مؤداهما أن التزام المتعاقد يقوم على سبب ، وأن هذا السبب مشروع ، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد .

وتتناول المادة ١٧٨ الحالة التي يذكر فيها السبب في العقد . وتقيم ، في فقرتها الاولى ، قرينة على أنه السبب الحقيقي . وهي بدورها قرينة بسيطة ، يجوز دحضها باثبات الصورة .

والاجازة قد تكون صريحة . كما انها يمكن لها أن تكون ضمنية بأن يستدل عليها من ظروف الحال ، شرطية أن يكون هذا الاستدلال قاطعا في افادته قصد المتعاقد . تطهير العقد من العيب الذى شابه ، والنزول بالتالى عن حق طلب الابطال بسببه . فانزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع في الاخذ بما يدل عليه .

وقد حرص المشروع على أن ينص على أن الاجازة تطهر العقد من العيب الذى انصبت عليه . اذ قد يكون العقد مشوبا بأكثر من عيب ، وقابلا للابطال بسببها جميعا ، فتصدر الاجازة بالنسبة لعيب منها ، فلا يتطهر الا منه وحده ، ويبقى قابلا للابطال بسبب غيره ، مما لم ترد الاجازة في شأنه بدوره .

وغني عن البيان ان اجازة العقد القابل للابطال ، وان كان من شأنها أن تدعم صحته بازالة الحق في طلب ابطاله ، الا انها لا ترفع أصل العيب الذى اتاب العقد عدم مشروعيته ، اذ كان متصفا بها ، كما هو الشأن بالنسبة الى الاكراه والتدليس ، ولا تحول بالتالى دون امكان الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية ، اذا توافرت مقوماتها ، وذلك ما لم يتضح غيره من قصد المتعاقد الذى صدرت منه الاجازة .

ولم يشأ المشروع أن يساير التقنيات في الدول المختلفة ، ومن بينها التفتين المصرى وغيره من تقنيات الدول العربية الاخرى التى استوحته - وقانون التجارة الكويتي من زمرتها - بالنص على أن أثر الاجازة يستند الى التاريخ الذى يتم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير . اذ أن هذا الحكم ، وان أمكن أن يكون له ما يبرره في صدد اجازة العقد الموقوف وفق ما يقضى به الفقه الاسلامي ، وفي صدد العقد غير النافذ في حق شخص معين ، والذى يحصل منه اقراره ، تحت ظل القانون المعاصر ، الا أنه يشع خاليا من أى مضمون بالنسبة الى اجازة العقد القابل للابطال . فهذا العقد بنقده ، ويقوم صحيحا منتجا آثاره ، من تاريخ ابرامه ، كل ما هنالك ان الابطال يتهده . فاذا جاءت الاجازة ، رفعت عنه خطر الابطال . وهى لا ترفعه بالضرورة الا للمستقبل . اما بالنسبة الى الماضى ، فلا حاجة للعقد اليها . اذ أنه كان صحيحا منتجا آثاره قبلها . ومن ثم فهى لا تضيف اليه جديدا في هذه الفترة .

والعقد القابل للابطال عقد مجهل المصير . فقد يستمر قائما منتجا آثاره . وقد ينقضى ويؤول بأثر رجعى يستند الى تاريخ ابرامه . ومن ثم فهو عقد حائى قلق . ومن شأن ذلك عدم الاستقرار والاضطراب في صده ، وفي صدد العقود الاخرى التى تترتب عليه ، فيضار بذلك المتعاقد الذى يثبت الابطال اضرارا به ، كما يضار غيره من الأشخاص الذين يتلقون الحق عنه ، أو يريدون أن يتلقوه منه .

القابل للابطال بنقده وينتج آثاره ، ويظل كذلك ما لم يقض بابطاله . فاذا قضى بابطاله صار عدما ، واعتبر كذلك من وقت ابرامه ، فالعقد القابل للابطال هو عقد توافرت له كل أركانه فلا يوجد بالتالى ثمة ما يحول دون انعقاده وانتاج آثاره . كل ما في الامر أن خلاا أصاب منه أحد أركانه ، هو ركن الرضاء . وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته وبمجردة الى افيار العقد . ولكن من شأنه أن يخول للمتعاقد ، الذى يريد القانون حمايته منه ، الرخصة في اهدار العقد .

وحكم المادة ١٧٩ أمر مسلم . وقد أقر المشروع مع ذلك أن ينص عليه . لانه يشمل لب نظام العقد القابل للابطال واساسه .

وتعرض المادة ١٨٠ لابطال العقد القابل للابطال ، وهو مصير من بين اثنين ، لا بد لهذا العقد أن يلقى أحدهما . فهو اما أن يعمل فيه سيف الابطال ، فيبطل ، واما أن يزول عنه عيبه الذى كان الابطال يتهده بسببه ، فيرتفع عنه سيف الابطال الذى كان يتهده ، فتندم صحته ، ويدخل في زمرة العقود تامة السلامة .

والمادة ١٨٠ ، اذ تعرض للابطال ، كمصير قد يلقاه العقد القابل له ، تمنع ، في فقرتها الاولى ، المحكمة من أن تقضى به بغير أن يطلبه منها المتعاقد الذى قرره القانون لصالحه وحماية له .

وتجيب المادة ١٨٠ ، في فقرتها الثانية ، قاضية بأنه اذا قام سبب الابطال ، وتمسك به من تقرر لصالحه ، تحين على المحكمة القضاء به ، ما لم يسمح لها القانون بغيره ، كما هو الشأن في الاستغلال (المادة ١٥٩ من المشروع) . فاقبال العقد لا يدخل ، كأصل عام ، في رحاب سلطة القاضى التقديرية .

ويعرض المشروع ، في المادة ١٨١ ، لاجازة العقد القابل للابطال قاضيا بأنها تطهر من العيب الذى اتابه ، وقصد بها تطهيره منه ، طالما انها صدرت من له الحق في اجرائها ، وهو المتعاقد الذى يقرر القانون وقوع العقد قابلا للابطال لمصلحته ، وشرطية أن تكون صحيحة في ذاتها ، باعتبارها تصرفا قانونيا وأن تجيء من صاحبها على بينة من العيب الذى يراد بها تطهير العقد منه .

والاجازة لا تمدو أن تكون نزولا عن حق التمسك ببطان العقد ممن يملكه . وهى تصرف قانوني يمكن له أن يصدر من جانب واحد ، هو المتعاقد الذى يقرر القانون الابطال لصالحه فهي تقع صحيحة دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر .

حق الإبطال بثلاث سنوات ، تبدأ من وقت زوال سبب الإبطال . وقد حرص المشروع على أن يتحفظ ، في شأن تجديد مدة سقوط الحق في الإبطال بمرور الزمان ، مقررا أعمال هذا الحكم ، ما لم يقض القانون بخلافه . فقد يحدد القانون مدة أخرى ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإبطال على أساس الاستئصال (المادة ١٦١ من المشروع) .

وإذ تقرر المادة ١٨٣ ، في فقرتها الأولى ، سقوط الحق في طلب إبطال العقد ، إذا لم يتسكع به صاحبه ، خلال ثلاث سنوات فإن من شأن ذلك أن يتمتع ، بفوات تلك المدة ، بالتسكع بالإبطال عن طريق الدعوى وعن طريق الدفع كليهما .

وتحدد الفقرة الثانية من المادة ١٨٣ بدء سريان مدة سقوط الحق في طلب الإبطال ، في حالة قصص الأهلية من يوم اكتمالها ، وفي حالة العلق أو التدليس من يوم انكشافه ، وفي حالة الإكراه من يوم زواله . وهو نفس الحكم الذي تقرره التقنيات في الدول المختلفة ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي .

وتأتي الفقرة الثالثة من المادة ١٨٣ فتضع حدا أقصى للتسكع بإبطال العقد في جميع الحالات ، محددة إياه بخمس عشرة سنة من تاريخ إبطال العقد . وهكذا يجوز التسكع بإبطال العقد خلال ثلاث سنوات ، يبدأ سريانها على نحو ما تقرره الفقرتان الأولى والثانية ، أو خلال خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، أي المدينين تنقضى أولا .

٢ - العقد الباطل :

أما العقد الباطل فإنه عدم . ومن ثم فهو لا ينتج بذاته أثرا ما وهو الحكم الذي تقرره المادة ١٨٤ وكذلك يجوز لكل ذي مصلحة ، سواء أكان أحد المتماقدين أو من الغير ، أن يتسكع بالبطان . فمن يتسكع بالبطان لا يفعل أكثر من أن يطلب أن يعمل ، في مواجهته ، بالأمر الواقع ، وهو ذلك المشتمل في عدم قيام العقد أصلا .

ولا يقف الأمر عند حد تبوت الحق في التسكع بالبطان لكل ذي مصلحة بل أنه يتوجب أيضا على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولو لم يطلب منها القضاء به ، فضلا عن أن البطان يعني عدم ، فإن أعمال عقد باطل ، لم تتوافر له أركانه ، بإفاد آثاره ، ويتناقض مع النظام العام .

وترسى المادة ١٨٥ القاعدة المستقرة بأن العقد باطل لا يتصحح بالإجازة فالعقد الباطل عدم ، ولذلك لا تلحقه الإجازة . فلا يمكن للإجازة أن تجعل من عدم شيئا صحيحا . فمؤدى الإجازة النزول عن حق التسكع بالبطان . والبطان الذي يلحق العقد الباطل يمس النظام العام ، فلا يسوغ النزول عن حق التسكع به .

من أجل ذلك أراد المشروع ، بالحكم الذي أوردته في المادة ١٨٢ ، أن يتيح لكل ذي مصلحة ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أم غيره ، وسيلة تمكنه من التعرف على قصد المتعاقد الذي يترخص له في إبطال العقد أو إجازته ، حتى يدير أمره على ضسوته . وتتمثل هذه الوسيلة في القيام بإعذار من له حق طلب الإبطال بوجوب إبداء رغبته بالتسكع بهذا الحق أو تركه ، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ، ومن غير أن يكون لهذا الإعذار أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال على نحو ما تقرره المادة ١٨٣ من المشروع فإذا لم يبد صاحب الحق في طلب الإبطال رغبته في التسكع بصفه هذا ، خلال ميعاد الإعذار ، اعتبر سكوته عن الرد بمثابة إجازة للعقد .

على أنه لا يعتد بالإعذار الموجه إلى من له حق طلب الإبطال بسبب العلق أو التدليس إلا بعد تكشفهما ، مع ملاحظة أن الإعذار نفسه قد يكون السبيل إلى هذا الكشف ، فقبداً فترة إبداء الرغبة في إبطال العقد أو إجازته ، حتى في هذه الحالة ، من وقت توجيه الإعذار . ولا يعتد بالإعذار ، في حالة الإكراه ، إلا إذا كان قد وجه بعد انقضاء . كما أنه لا يعتد بالإعذار الذي يوجه إلى ناقص الأهلية نفسه ، ما لم يكن قد زال عنه النقص في أهليته .

وحكم المادة ١٨٢ قد يتمثل تجديدا ، بالنسبة إلى التقنيات الرسمية في الدول المختلفة . وهو حكم تقتضيه المصلحة . وقد استوحاه المشروع من أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي (المادة ٨ من المشروع الابتدائي للنصوص الخاصة ببطان التصرفات القانونية ، أعمال لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي لعام ١٩٤٦/١٩٤٦) .

هذا والعقد القابل للإبطال ، كما يزول بالإجازة عيبه الذي يقع مهدداً بالإبطال بسببه ، يزول عنه هذا العيب أيضا بالتقادم أو بمرور الزمان . فالحق في طلب إبطال العقد لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد ، حتى إذا ما انقضى هذا الأجل دون مباشرة ذلك الحق ، سقط حق الإبطال وزال ، وتعدمت بالتالى صحة العقد وتأيدت .

والحكمة من تقرير سقوط حق طلب الإبطال بمرور الزمان هو الرغبة في عدم ترك العقد القابل للإبطال مجعل المصير إلى وقت بالغ الطول ، استقرارا للعمليات . ثم أن عدم تسكع المتعاقد بصفه في الإبطال ، بعد أن تبينه ، خلال الفترة التي يحددها القانون ، يمكن أن تعتبر منه قبولا للعقد ، وبالتالي إجازة إياه .

وقد تباينت القوانين ، في البلاد المختلفة ، في شأن المدة التي تحددها لسقوط الحق في طلب إبطال العقد . فهذه المدة تتراوح في ظل التقنيات المختلفة ، بين سنة وعشر .

وقد رأيت المشروع أن يبقى على مذهب اليه قانون التجارة الكويتي الحالي ، فحدد مثله ، في الفقرة الأولى ، مدة سقوط

٢ - أثر البطلان :

وإذا كان مؤدى البطلان أو الإبطال هو اعدام العقد اعداما يستند الى وقت ابرامه فانه يترتب على ذلك اعتبار تنفيذه كأن لم يكن ، ان كان قد تنفذ . وهذا ما يقتضى إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، ان كان ذلك متيسرا ، فان استحلال على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر الى الحالة التي كان عليها عند العقد ، بأن تعذر عليه أن يرد له ما أخذه أو افاد به نتيجة تنفيذ العقد ، جاز للقاضي أن يلزمه بأن يقدم له أداء معادلا .

والمشروع ، إذ يقر ، في الفقرة الاولى من المادة ١٨٧ ، أثر البطلان أو الإبطال ، المتمثل في وجوب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، قد حرص على أن يتحفظ في شأن الحالات الخاصة التي يقرر فيها القانون حكما يتأخر على نحو أو على آخر ، كما هي الحال بالنسبة الى تطبيق نظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة ١٩٢ من المشروع ، وبالنسبة الى ما هو مقرر من أن بطلان عقد الشركة لا يمنع من افعال حكمه في تصفيها ، اعتبارا بأنها تتمثل شركة واقع . وأراد أن يتحفظ على وجه الخصوص ، في شأن الأثر المترتب على البطلان أو الإبطال ، بالنسبة الى عديمي الاهلية أو ناقصيها المنصوص عليها في المادة ١٨٨ من المشروع ، وفي شأن ما يقتضيه مبدأ حماية الغير حسن النية على نحو ما يقره المشروع في المادة ١٨٩ .

فتورد المادة ١٨٨ استثناءا هاما على قاعدة أنه يترتب على بطلان العقد أو ابطاله وجوب رد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها عند ابرامه ، وذلك في الحالة التي يرجع فيها البطلان أو الإبطال الى عدم الاهلية أو ناقصها .

فتلك المادة تقضى بأن عديم الاهلية أو ناقصها لا يلزم الا بما عاد عليه ، بسبب تنفيذ العقد الباطل أو المبطل ، من نفس معتبر قانونا ، أي تقع أفاد به وأثرى ، على نحو بعيد عما يجرح اليه النزق أو الطيش أو عدم توافر الادراك أو اكتماله من تذيير أو حفاة .

والمادة ١٨٨ ، بالحكم الذي تقره ، تستند الى مبرر على واضح . فهي تستهدف حماية عديم الاهلية أو ناقصها مما يجرح اليه ما يتعوره من اضطراب أو ضعف أو نقص في ادراكه أو في الملكات الضابطة لتدبيره أمره .

وان كان من شأن افعال حكم هذه المادة أن يلحق المتعاقد مع عديم الاهلية أو ناقصها الضرر ، فان تحميلة الغرم الواقع عليه يجدر له ما يسوغه في الرغبة في جعل الناس يتحزرون في تعاملهم مع غيرهم بغية التأكد من توافر الاهلية عندهم . ثم ان عدم الاهلية أو ناقصها أمر يوجب أن يكون ظاهرا في صاحبه ، بحيث يستحق من يتعاقد معه أن يتحمل مغبة فعله .

وإذا كانت الاجازة تتمتع عن العقد الباطل ، فلا يوجد بطبيعة الحال ، ثمة ما يمنع من إعادة ابرامه ، بعد تالفي سبب البطلان . على أن هذا يقتضى من جديد ، توافق ارادتي طرفي العقد كليهما . فلا تكفى ارادة أحدهما ، بخلاف الحال لو أن الاجازة كانت ممكنة .

وحكم المادة ١٨٥ أمر مسلم في كل القوانين المصرية ، كما انه أمر مسلم في الفقه الاسلامي . وقد تضمنه قانون التجارة الكويتي في المادة ١٣٧ ، كما تضمنه القانون المصري (المادة ١٤١) وغيره من قوانين بلادنا العربية الاخرى التي أخذت عنه .

وتقرر المادة ١٨٦ قاعدة مستقرة أخرى هي أن العقد الباطل لا يتصحح بمرور الزمان فالعقد الباطل ، عدم ، والعدم لا يصير شيئا بمرور الزمن . ولكن اذا كان البطلان الذي يلحق العقد لا يزول عنه بمرور الزمن ، فان دعوى البطلان ذاتها تسقط بخمس عشرة سنة من تاريخ العقد .

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعنى أن العقد أصبح صحيحا . فهو لا زال باطلا . كل ما في الأمر أن دعوى البطلان تقع غير مقبولة ، فلا تسمع اذا ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ ابرام العقد . وهكذا تصبح هنا أمام عقد باطل ، دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى .

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمن أن يتمتع بطلان العقد عن طريقها ، فانه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن .

وإذا كانت بعض التقنيات ، كالتقنين الايطالي (المادة ١٣٠٢) ، ومشروع القانون الفرنسي الايطالي (المادة ٢٢٧) والمشروع الاولي لتنقيح القانون المدني الفرنسي (المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية - أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٦/١٩٤٧) ، قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع من مطالب بتنفيذ العقد ، فان المشروع لم يبر ضرورة أن يسير على نفس النهج ، اعتبارا منه بأن الحكم يصل في وضوحه وجلائه الى حد أنه يمكن الوصول اليه بغير ما عناء ، استخلاصا من طبيعة البطلان ذاتها ، المتمثلة في اعتبار العقد عدما . والمشروع في ذلك يساير قانون التجارة الكويتي والقانون المصري وغيرهما من أغلب قوانين البلاد المختلفة التي وقعت بالنص على سقوط دعوى البطلان بالتقدم ، دون أن يمنع ذلك الفكر القانوني من أن يصل في سهولة ويسر الى أن سقوط هذه الدعوى لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع .

وحكم المادة ١٨٦ أمر مسلم في الفكر القانوني المعاصر ، تشرىما وفتها وفتقاه . كما انه لا يتعارض مع الفقه الاسلامي .

ولقد كان من شأن ما يستند إليه مبدأ حماية عديمي الاهلية وناقصيها ، عند بطلان أو ابطال عقودهم ، من مبرر قوى ، ان وجد مكانه في قوانين البلاد المختلفة ، عربية كانت أم اجنبية . ثم ان الفقه الاسلامي يأخذ به ويناصره . ولم يتصل قانون التجارة الكويتي بدوره عن السير على الدرب . فقد فنن المبدأ في المادة ١٣٨/٢ ، في مجال البطلان ، ثم عاد فقننه مرة ثانية في المادة ١٨٦ ، في مجال الكسب دون سبب .

وقد حرص المشروع على أن تتجى صياغة المادة ١٨٨ ، على نحو يجعل حكمها شاملا عديمي الاهلية وناقصيها ، متلاقيا بذلك عيبا في صياغة المادة ١٣٨/٢ تجارة كويتي ، التي جاءت على غرار المادة ١٤٢ / ٢ مصرى ، مقصورة على ذكر ناقص الاهلية دون عديدها . وهو من بعد عيب عند المشرع الكويتي نفسه الى تفاديه في المادة ١٨٦ من قانون التجارة ، حيث عمم صياغتها ليجعل حكمها ساريا على من لم تتواتر فيه اهلية التعاقد . وهو نفس الأمر الذى فعله المشرع المصرى من قبل ، في المادة ١٨٦ مدنى مصرى .

وبعرض المشروع ، في المادة ١٨٩ ، لمبدأ هام أخذ يرسخ وجوده وبيئت اقدمه في دنيا القانون ، الا وهو مبدأ حماية الغير حسنى النية مما عساه أن يرتبه لهم ابطال عقود من يتلقون الحق عنهم من فادح الضرر .

فقد عمد ، في المادة ١٨٩ ، الى أن يساير الفقه الاسلامي والفكر القانوني المعاصر في مبدأ حماية الخلف الخاص مما يترتب له من ضرر ، نتيجة ابطال سند سلفه ، لاجتا الى ضبط هذا المبدأ ورسم حدوده على النحو الذى يجعله متمشيا مع ما تقتضيه المصلحة التمثلية في توفير الائتمان والاعتداد بالثقة المشروعة ، عندما يكون من حق الناس أن يعولوا عليهما في معاملاتهم .

ووفقنا للفقرة الأولى ، لا تتقرر الحماية الا لمن يكون قد تلقى حقه عن شخص يكون ، هو نفسه ، قد تلقاه بمقتضى عقد قائم ولكنه قابل للابطال وقبل أن يقضى باطلاله . فالحماية هنا لا تكون لمن تعامل مع أحد طرفي العقد الباطل . ذلك لأن العقد الباطل عدم ، بحيث أن عقاؤه لا يتلقى منه شيئا البتة ، حتى يمكنه أن يعطيه لمن يتعامل معه بشأنه ، ليتيسر بعد ذلك تقرير استمرار بقاءه لهذا الأخير . أما العقد القابل للابطال فأمره مختلف تماما . فهو ينتج أثره طالما بقى قائما ، لم يقضى بعد باطلاله .

ويلزم ، لثبوت الحماية للخلف الخاص ، أن تكون خلافته قد تمت بمقتضى تصرف تماوضى ، فلا يفيد من الحماية المتبرع له . وقد ارتأى المشرع أن يقصر الحماية في هذا النطاق . إذ ان حماية الخلف الخاص تتسع بالضرورة على حساب من تلقى سلفه الحق عنه ، بمقتضى العقد الذى قضى

باطلاله ، أى سلف السلف . ثم ان تلك الحماية تتقرر على خلاف منطلق الابطال وأثره الرجعى . ولذلك فمن المعدل والمصلحة أن تقصر على المتناوض دون المتبرع له . فدر- الماغم مقدم على جلب الماغم .

وممة أمر آخر تتطلبه الفقرة الاولى ، وهو أن يكون الخلف الخاص حسن النية . وعلة هذا الحكم واضحة . إذ أن الحماية التى تقرها المادة ١٨٩ لا ينبغي أن تكون الاحسنى النية من الاشخاص ، وهى من بعد حماية استثنائية خاصة تتجى على خلاف منطلق الابطال ومقتضياتها .

وتعرض الفقرة الثانية من المادة ١٨٩ لتحديد حسن النية المتطلب في الخلف الخاص ، ليتقى أثر ابطال سند سلفه . وهى تبنيه على جهل الخلف سبب ابطال سند السلف ، طالما كان جهله هذا غير ناشئ عن خطأ منه ، بأن كان في مقدوره أن يصل الى العلم بسبب الابطال ، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجب ظروف الحال من الشخص العادى .

والمشروع ، اذ يقرر تلك الحماية للخلف الخاص لمن تلقى حقه بمقتضى عقد قابل للابطال ، لم يشأ ان يساير القانون المصرى في قصرها في مجال العقار . فقد بسطها أيضا على من يتاملون في المتقولات . فلا توجد حكمة في التفریق .

وتعرض المادة ١٩٠ للحالة التى يقتصر فيها البطلان أو الابطال على شق من العقد دون باقيه . وتتجى الفقرة الاولى مقرررة القاعدة العامة في هذا الصدد ، قاضية بأن البطلان أو الابطال يقتصر على الشق الذى لحقه العيب ، دون باقى العقد ، وهذا الحكم يمثّل امعالا لما يطلق عليه نظرية انتقاص العقد . وهى نظرية جرمائية الاصل ، بدأ القانون الالمانى بالنص عليها (المادة ١٣٩) . وشقت النظرية طريقتها الى القانون المصرى (المادة ١١٣) ، ومن القانون المصرى انتقلت الى كل القوانين العربية الاخرى التى استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٣٩) .

وانتقاص العقد ، بقصر البطلان أو الابطال على ما تعيب منه ، دون ما لم تعيب ، أمر تقتضيه المصلحة . فما دام العقد قد اقتطع منه ما تعيب ، فالخير ، بحسب الاصل ، أن يستمر قائما في باقيه .

على أن بقاء العقد قائما ، بعد أن اقتطع منه الشق الباطل أو الميطل ليس الا اصلا عاما . وهو أصل غير مطلق في تطبيقه . فالفقرة الثانية تورد عليه استثناء هاما في الحالة التى يثبت فيها أحد المتعاقدين أنه ما كان ليرتضى العقد بغير الشق الذى انتزع منه نتيجة البطلان أو الابطال ، مقرررة ان العقد في تلك الحالة ، يبطل كله . وما هذا الا مجرد اعمال لفكرة (السبب) ، باعتباره ركنا لازما لا يقوم العقد بغيره .

من ضرر ، كما تقرر هذا الحق في التعويض للغير ، الذي يتضرر من ابطال العقد حالة كونه بدوره بعيدا عن الخطأ .

ووفقا للفقرة الثانية من المادة ١٩٢ ، يعتبر الشخص الذي أصابه الضرر نتيجة بطلان العقد ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو أحدا من الغير ، متصلا بالخطأ الذي يرمى الي من جاء البطلان من ناحيته ، ولا يكون له بالتالي الحق في التعويض ، اذا كان قد أسهم فيما أدى الي وقوع البطلان ، أو كان يعلم بسببه أو كان ينبغي عليه أن يعلم به وفقا لظروف الحال وما تقتضيه من فطنة الشخص العادي وحرصه .

وحكم المادة ١٩٢ تنشى مع القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية . وهو من بعد ، اعلان لنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، بعد أن تصحح منها أساسها ، برده الي المسؤولية عن العمل غير المشروع .

وقد سبق للمشروع أن قنن تطبيقا تشريعا للحكم الذى يورده في المادة ١٩٢ وذلك في خصوص القاصر الذى يلجأ الي طرق احتيالية يخفى بها حالة قصره (المادة ٩٧ من المشروع).

الفرع الثاني - آثار العقد

(المواد ١٩٢ - ٢٠٨)

أولا) تفسير العقد وتعدد مضمونه :
١ - تفسير العقد :

يعرض المشروع في المادتين ١٩٣ و ١٩٤ ، لتفسير العقد . فيتناول في اولاهما تفسير العقد في ذاته ، وفي ثابتهما كيفية تفسير الشك ، عندما لا تفلح وسائل تفسير العقد في تبديده . فعبارة العقد ، من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، وبالتالي المعنى المقصود من العقد ، تتخذ احدى صورتين أساسيتين : فهى إما أن تجيء واضحة في الدلالة على ما قصدته منها الإرادة المشتركة ، واما أن تجيء متسمة في ذلك بغموض أو ليس .

فاذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة ، فانه لا تكون في حاجة الي تفسير ، ووجب على القاضى أن يأخذ بمعناها الظاهر دون أن يخرف عنه . فلا مساع الاجتهاد في مورد النص ، كما تقول الفاعدة الفقهية . وهذا الحكم قننته المادة ١٩٣ بقرتها الاولى .

بيد أنه لا يكفى ، لكى تتسل العبارة واضحة ، وبالتالي في غير حاجة الي تفسير ، أن تكون واضحة في ذاتها . وانما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة الي دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ومع ذلك يكتننها الغموض أو اللبس بالنسبة الي حقيقة مدلولها ، كما اذا تعارضت مع عبارة اخرى . فالعقد كل ، ينظر اليه في

وتعرض المادة ١٩١ للحالة التي يقع فيها العقد باطلا ، أو قابلا للإبطال ثم يبطل ، حالة أنه من الممكن أن يستخلص من وقائع ابرامه الأركان اللازمة لمقد آخر غيره ، قاضية بقيام هذا العقد الآخر . ويطلق على هذا الحكم ، في الفكر القانوني ، نظرية تحول العقد ، اعتبارا بأن العقد الباطل أو المبطل يتحول الي عقد آخر صحيح .

ونظرية تحول العقد نظرية المأبئة النشأة . فقد قال بهذا القانون الألماني (المادة ١٤٠) . ومن القانون الألماني شئت طريقها الي قوانين اخرى كثيرة ، منها القانون المدنى المصرى الحالى (المادة ١٤٤) . ومن القانون المصرى انتقلت الي القوانين العربية الأخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤٠) .

والمشروع إذ يقضى ، في المادة ١٩١ ، بتحول العقد ، يستهدف انتقاذ ما يمكن اقتضاه مما أراده المتعاقدان تنظيميا لثأبهما . فان بطل العقد الذى قصداه في الحقيقة ، فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى كانا يصرفاً بإرادتهما اليه ، أو علما بالبطلان ، شريطة أن يكون من المقدور أن يستخلص من انقراض العقد الباطل أركان العقد الصحيح الذى يصير التحول اليه . وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٩١ للرضا اللازم لتقيام العقد الذى يصير التحول اليه قاضية ، على نحو ما تعمل قوانين البلاد الاخرى ، باعتبارها هذا الرضا متوافرا ، اذا تبين للقاضى أن طرفي العقد الباطل كانا يريدان العقد الجديد ، أو أهما علما بالبطلان .

فالارادة الحقيقية للطرفين لم تصرف ، في واقع الأمر ، الا الي العقد الباطل . ولكن القاضى يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، لو أهما علما بالبطلان . واذا كان القاضى لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، فانه يكتفى منه أن يرى احتمال هذا التراضى . فان لم يتم العقد الجديد على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه ، فانه يقوم على أساس ارادتهما الاحتمالية ، أى تلك التي يرى القاضى أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون .

ولا شك أن من شأن اعمال نظرية التحول على نحو ما يأخذ به الفكر القانوني المعاصر ، وقتنه المشروع ، اعطاء القاضى دورا ايجابيا هاما في انشاء العقد الذى يصير التحول اليه . ولكن في الشروط المتطلبه لاعمال هذه النظرية ما يجعل القاضى بعيدا عن التحكم .

وتعرض المادة ١٩٢ للحالة التي يبطل فيها العقد ، نتيجة خطأ يرمى لأحد عقائده ، حالة كون المتعاقد الآخر بعيدا عن كل خطأ ، وتقرر لهذا الأخير الحق في تعويضه عما رتبته له البطلان

مجموعه ، ولا ينظر الى جزئياته مستقلا بعضها عن البعض الآخر .

أما اذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها ، فإن تعذر الوصول من خلالها على قصد المتعاقدين ، او جاءت متسمة بلبس ، بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تبين الالتجاء الى التفسير ، بغية استجلاء الغموض ، وازالة اللبس ، والوصول بذلك الى الحقيقة المقصود .

وقد عمد قانون التجارة الكويتي (المواد من ١٥٤ الى ١٥٩) الى ايراد نصوص عديدة تتضمن قواعد هي ، في أغلبها ، بينة الظهور ، بحيث أن الحاجة لا تدعو الى تقييدها كلها . وهو في هذا الصدد قد حذا حذو القانون العراقي (المواد من ١٥٥ الى ١٦٥) ، وان لم يبلغ مبلغه في الاطناب ، الذي بلغه من بعده القانون الاردني (المواد من ٢١٣ الى ٢٣٩) .

وقد قنع المشروع ، في الفقرة الثانية من المادة ١٩٣ ، ببيان الغاية من تفسير العقد ، عندما يكون له محل ، وهذه الغاية تتمثل في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وذكر عدة أمور عامة يتبعها القاضي ، أو يستهدى بها ، في الوصول الى تلك الغاية .

وقد حرص المشروع على أن يوجه القاضي الى البحث عن القصد الحقيقي للمتعاقدين من مجموع وقائع العقد وظروف ابرامه ، اعتبارا منه بأن شروط العقد وأوقاعه قد يفسر بعضها بعضا . كما حرص المشروع على أن يوجه القاضي الى عدم الوقوف بالضرورة عند المعنى الحرفي لعبارة العقد أو الفاظه . إذ أن العبرة في العقود ، كما هي في غيرها ، للمقاصد والمعاني ، لا للالفاظ والباني . ويوجه المشروع كذلك القاضي الى أن يستهدى ، في تفسير العقد ، بطبيعة التعامل والمعاداة الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة . فهذه الأمور كلها لها أهميتها في مجال تقضى الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

والمشروع ، إذ يورد الأمور التي تساعد القاضي في جلاء ما يعترى عبارات العقد من غموض أو لبس ، لا يفقل عن أن التفسير يتمثل ، في نهاية المطاف ، مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة .

وتعرض المادة ١٩٤ للحالة التي يعهد فيها القاضي الى تفسير شرط من شروط العقد ، من غير أن يصل الى حقيقة ما قصدته منه الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، على نحو يطمئن هو اليه .

فتفسير العقد يصل بالقاضي الى أحد أمرين ، فهو إما أن يؤدي الى جلاء غموض عبارته ، واستخلاص ما قصدته

النية المشتركة للمتعاقدين ، على شكل يقيني قاطع يطمئن هو اليه ، وأما الا يؤدي به الى ذلك ، فيبقى عنده شك في حقيقة مدلول عبارة العقد .

ولا صعوبة في الحالة الأولى . حيث يعمل القاضي المعنى الذي استخلصه من عبارة العقد ، سواء أكان من شأنه نفع هذا المتعاقد أم ذلك ، أما في الحالة الثانية ، وهي حالة وجود شك في مدلول عبارة العقد ، فتثور بعض الصعوبة . وقد جرت القاعدة ، في هذا الصدد ، وربما بتأثير من مدونة نابليون ، على أن الشك يفسر في مصلحة المدين . ووجدت هذه القاعدة مكانها في تقييدات بلاد كثيرة ، كما هو الشأن في القانون التونسي (المادة ٩٩) ، والقانون المغربي (المادة ٤٣٣) ، والقانون اللبناني (المادة ٣٩٩) ، والقانون النمساوي (المادة ٩١٥) . وجاء القانون المصري متضمنا نفس القاعدة (المادة ١٥١/١) . وسأريه في ذلك القوانين العربية التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٦٠) .

والقول بأن تفسير الشك يكون في مصلحة المدين ، بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح ، وان كان سليما في الحالات الغالبة في العمل ، وهي تلك التي يكون من شأن أعمال الشرط الغامض تحميل المدين بالالتزام أو تشديد عبئه عليه ، إلا أنه يتمثل غير صحيح على إطلاقه ، ولم يلتزمه الفقه ولا القضاء في شموله وعمومه .

فهناك حالات من المسلم فيها أن الشك يفسر ضد من يتحمل عبء الالتزام أي المدين . وهذه ، على وجه الخصوص ، هي حالات الاعفاء من المسؤولية على نحو ما يقضى به القانون ، سواء أكانت هذه المسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع ، أو عن اخلال بالالتزام ناشئ من العقد . فلو أن الضرر - وهو الدائن بالتعويض - اتفق مع محدث الضرر - وهو المدين بالتعويض - على اعفاء هذا الأخير من المسؤولية وشارك في مدلول الشرط القاضي بهذا الاعفاء ، في وجوده أو في مدهاه . فانه من المسلم فقها وقضاء أن الشك يفسر في المعنى الذي يضيّق من الاعفاء أي أنه يفسر لمصلحة الضرر ، وهو الدائن بالتعويض ، وليس لمصلحة محدث الضرر ، وهو المدين بالتعويض . وكذلك الشأن تماما في حالة الاعفاء من المسؤولية عن العجز في الشيء المباع أو الشيء المؤجر ، حيث يفسر الشك لمصلحة المشتري أو المستأجر ، برغم أنه الدائن في الالتزام بالتسليم . وهذا ما دعا بعض القوانين ، كالتقانون الاسباني (المادة ١٣٨٩) ، والقانون البرتغالي (المادة ٩٨٥) ، الى النص على أن الشك يفسر ، في عقود المعاوضات ، على النحو الذي يتمشى أكثر مع التبادل في المصالح . وهو ما دعا البعض من الفقهاء الى القول بتفسير اصطلاح (المدين) ، في القول « بأن

الشك يفسر لمصلحة المدين « على أنه يعني من يكون في اعمال الشرط اضرار به ، أو هو المدين في الشرط ، وليس بالضرورة المدين في الالتزام » ولعل ذلك هو ما قصده المادة ١١٦٢ فرنسي بقولها انه ، عند الشك ، يفسر الاتفاق ضد من وضع الشرط .

وقد حرص المشروع أن يضمن المادة ١٩٤ القاعدة السليمة في تفسير الشك الذي يتمخض الشرط الغامض عنه ، ولا تفلح وسائل التفسير في تبديده . وهو في ذلك يقضى ، في الفترة الاولى ؛ بأنه اذا تعذر تبديد الغموض ، فإن الشك يفسر لمصلحة المتعاقد الذي من شأن اعمال الشرط الغامض أن يضره ، فهو بهذه المثابة ، يفسر على النحو الذي يتفق مع الوضع العادي للأمر أو مع القواعد القانونية العامة التي يراد بالشرط املاء حكم يخالفها .

وتجوز الفترة الثانية تقرر تطبيقا تشريعيًا للحكم الذي تورده الفترة الاولى . قاضية بأن الشك يفسر لمصلحة المدين ، اذا كان من شأن اعمال الشرط الغامض أن يحمله بالالتزام أو يجعل عبء عليه أكثر ثقلًا .

(فانيا) القوة الملزمة للعقد :

وتقرر المادة ١٩٦ أساساً من أهم الاسس التي يقسوم عليها القانون وهو أن اعقد شرعية المتعاقدين . فالعقد بالنسبة الى عقائده يعتبر بمثابة القانون ، أو هو قانون خاص بها ، وإن كان منشؤه الاتفاق بينهما . وقد توج الله سبحانه وتعالى أثر العقد ومدى الزامه طريقه بقوله عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . وجاء الرسول الكريم يقول : « المسلمون عند شروطهم » .

ويتربط على كون العقد بمثابة اتفاق بين نسبة الى «أرفيه» أنه لا يجوز لايهما أن يستقل بانهض أو تعديل أحكامه أو الاعفاء من آثاره الا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون .

وتنفذ العقد على نحو ما تضمنته أحكامه ، على أن تتمشى طريقة التنفيذ مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل . فحسن النية وشرف التعامل يطلان العقد ، ليس فقط بالنسبة الى تحديد مضمونه ، بل أيضاً بالنسبة الى تحديد الطريقة التي يتم بها تنفيذه وهو ما يقره المشروع بالمادة ١٩٧ .

والمادة ١٩٨ تقنين تشريعي لنظرية الظروف الطارئة . ومؤدى حكم هذه المادة أنه اذا حدث ، بعد انعقاد العقد ، وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه ، أن وقعت فائزلة استثنائية عامة ، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسخ توقعها عند التعاقد ، وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام - وإن ظل ممكناً - شديد الازهاق بالمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فإنه يجوز للقاضي ، بناء

وآتى الفترة الثالثة تحفظ في شأن تفسير عقود الاذعان ، الذي سبق للمادة ٨٢ أن أوردت الحكم في شأنه ، ومؤاده أن الشك يفسر دوماً في مصلحة الطرف المذعن ، دائماً كان أم مديناً .

٢ - مضمون العقد :

وإذا كان من الظاهر والميسور القول بأن العقد يتضمن الاحكام التي تجوز بها شروطه ، وتلك التي يقضى بها القانون ويكون من شأنها أن تسرى عليه ، فإن ثمة سؤالاً طرح نفسه على الفكر القانوني ، فقها وقضاء ، حول ما اذا كان العقد يقف عند هذه الاحكام وتلك مقتصرًا عليها وحدها ، أم انه من الممكن أن يدخل فيه غيرها .

وتواجهت ، في هذا الخصوص ، زعة تمعد الى الحد والقصر ، استناداً الى الرغبة في تسويد مبدأ سلطان الارادة بالوقوف عنده وعدم الخروج عليه . ولكن هذه النزعة لم يكتب لها النصر ، وما كان ليكتب لها ، على الاخص بعد أن أخذت تتغلغل في ثنايا العصر الذي نعيشه فكرة العدالة الاجتماعية . وسرعان ما استقر الفكر القانوني على شيء معقول من التوسعة في مضمون العقد ، من غير اسراف أو شطط . ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد ، الى جانب الاحكام التي يجوز بها عقاذه وتلك التي يقضى بها القانون في شأنه ، ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته .

وجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دفت

شرطية أن يكون هذا العقد المستور قد توافرت له مقومات قيامه ، بطبيعة الحال .

وكان من مؤدى المنطق البحت للقانون الا يقتصر اعمال الحقيقة على المتعاقدين وعلى الخلف العام لكل منهما ، بل يمتد أيضا ليشمل الغير . ولكن المشروع لاحظ مع ذلك أن ثمة أشخاصا في تعاملهم مع طرفي العقد الصوري قد ينخدعون ، فيعتقدون انه حقيقي لا زيف فيه . ومن هنا توجب ان تضى الحماية على هؤلاء ، لا مراعاة لمصلحتهم هم فحسب ، بل مراعاة للصالح العام كذلك ، متمثلا في استقرار المعاملات التي قامت على الثقة المشروعة .

ومن هذا المنطلق يقرر المشروع ، في المادة ٢٠٠ ، لدائني كل من المتعاقدين والخلف الخاص لاي منهما ، الحق في أن يتسكوا بالعقد الحقيقي أو العقد الصوري ، أيهما يروته لهم أصح ، ولهم اذا شاءوا اعمال العقد الحقيقي في مواجهته ، أن يثبتوا الصورية بكافة طرق الاثبات ، اعتبارا بأن الصورية واقعة هم عنها غرباء . على أنهم لا يكون لهم التمسك بالعقد الصوري ، الا اذا كانوا حسنى النية ، بأن

كانوا يجهلون الصورية ، عند قيام أسباب نشأة حقوقهم . فلو أنهم كانوا يعلمون حينئذ بزيف عقد من تعاملوا معه ، ما ساء لهم أن يدعوا بأنهم انخدعوا به وربتوا أمورهم عليه . وقد حرص المشروع على أن يقتصر ، في منحه رخصة التمسك بالعقد الحقيقي او العقد الصوري ، على الدائنين والخلف الخاص لكل من طرفي العقد الصوري . فليس لغير هؤلاء أن يفيدوا من تلك الرخصة ، وانما يعمل ، في حقهم بالعقد الحقيقي .

وإذا كان لدائني كل من طرفي العقد الصوري ولخلفه الخاص ان يتسكوا بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي ، فانه من المتصور أن تتعارض المصالح بين هؤلاء ، فيتسكك بعضهم بهذا العقد ، في حين يتسكك الآخرون بذلك ، وتجيء الفترة الثانية من المادة ٢٠٠ لتقرر الحكم في هذا التعارض . مقرررة الافضلية لمن يتسكك بالعقد الصوري على من يتسكك بالعقد الحقيقي . وهو حكم ، ان خالف المنطق البحت لقانون العقود ، الا انه يتفق مع مبدأ حماية الغير حسنى النية استقرارا للمعاملات التي تقوم على الثقة المشروعة .

والمادة ٢٠٠ ، اذ ترخص لدائني كل من طرفي العقد الصوري ولخلفه الخاص أن يتسكوا بالعقد الحقيقي المستر أو العقد الصوري الظاهر ، أيهما يروته لهم أوفق ، واذا تقرر الافضلية لمن يتسكك من بين هؤلاء بالعقد الصوري على من يتسكك منهم بالعقد الحقيقي ، تتجاوب مع قاعدة نته جذورها عريقة في دنيا الماضي ، واخذت ترسخ وجودها وتدعم كيانها في قانون اليوم ، وهي قاعدة المظهر الخادع يحمي المخدوع ،

على طلب المدين ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . وللناض ، في هذا المجال ، أن ينص في مدى التزام المدين . أو أن يزيد في الالتزام المقابل ، على النحو الذي تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما . والحكم الذي تقرره المادة ١٩٨ ، اعتبارا بأنه يضى حماية فعالة على التعاقد الذي بات بسبب ظرف طارئ ، لم يكن في الوسع توقعه ، مهددا بخسارة فادحة ، يمس النظام العام ، ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق على ما يخالفه .

وإذا كان من شأن اعمال حكم المادة ١٩٨ أن تثير للقاضي ، في صدد العقد ، السلطة في تعديل آثاره ، متجاوزا في ذلك حدود سلطته الاحييلة زياه ، فانه يجد مع ذلك مبرره القوي فيانه يمثل رقفا بمدني تسره به العظ ، اذ شاعت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حساب . وهو بهذه الثابة يتضمن تخفيفا من شدة القانون وصرامة أحكامه ، وطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة والرحمة والانسانية .

وقد استتوحى المشروع حكم المادة ١٩٨ من نص المادة ٢/١٤٧ مصرى والنصوص العربية الأخرى التي استمدت منه ، ومن بينها نص المادة ٢/١٤٦ من قانون التجارة الكويتي ، وذلك بعد اجراء تعديلات طفيفة في الصياغة ، توخيا للدة والانضباط .

ويعرض المشروع ، في المادتين ١٩٩ و٢٠٠ ، للحالة التي يلجأ فيها المتعاقدان الى الصورية ، بأن يظهر أمام غيرهما بمظهر أنهما يعقدان عقدا معينا ، حالة كون هذا العقد في حقيقته زائفا كلياً أو جزئياً ، اما لأن الطرفين لم يريما في الحقيقة أى عقد على الاطلاق ، وأما لانهما ابرما عقدا آخر غير ذلك الذي أظهراه ، واما لانهما ، في النهاية ، أبرما بالفعل عقدا يتفق في طبيعته مع العقد الذي صورا ، ولكنه يتأير منه على نحو أو على آخر .

والصورية ليست بذاتها سببا للبلان . وإذا كانت هي كذلك ، فان من مؤداها أن يثور تساؤل أساسى هام ، يتسل فيما اذا كان من الواجب الاعتداد بالحقيقة أم بالمظهر ، بالعقد المستر أم بالعقد الصوري السار .

والاصل العام هو وجوب الاعتداد بالحقيقة . فهى التي حدثت بالفعل ، دون المظهر الذى أريد لها أن تتخفى فيه . وينشئ المشروع مع هذا الاصل العام في العلاقة بين طرفي العقد والخلف العام لكل منهما ، مقرررا في المادة ١٩٩ ، أن العبرة : فيما بينهم هي بالحقيقة ، التي من شأنها أن يبرى بينهم العقد الحقيقي المستور ، دون العقد الصوري السار ،

ولقد وصل القضاء في فرنسا في سهولة ويسر الى هذا الحكم من غير أن يستمد من نص تشريعي يقره مباشرة كما وصل اليه أيضا ، في ظروف مماثلة ، القضاء في مصر ، تحت ظل قانونها المدني القديم . ولقد جاء القانون المصري الحالي ، وقتن هذا الحكم (المادة ١٤٦) ، دون أن يستند في تقنيته الى سابقة تشريعية ، مستظلا بالسوابق القضائية وحدها . ومن القانون المصري ، شق الحكم طريقه الى كافة القوانين العربية الاخرى التي استوحته ، فنقلته عنه بذات عبارته . ومن تلك القوانين ، قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤٢) ، واعتنقه المشروع وتمادى ما به من عيب في الصياغة .

وغنى عن البيان أن الحكم الذي جاء به المشروع في المادة ٢٠٢ لا يتعلق الا بالحقوق الشخصية والالتزامات . فهو لا يتعلق بالحقوق العينية التي تثقل المال الذي يحصل فيه الاستخلاف . فوجه الحكم في شأن هذه الحقوق الاخرى ظاهر لا يحتاج الى بيان . فالحق العيني الذي يرد على مال معين ، حق الرهن مثلا يشتل هذا المال في أية يد يكون ، بحكم طبيعة الحق العيني ذاتها ، وما يمنعه لصاحبه من حق التمتع .

تبقى الحقوق الشخصية او الالتزامات التي تتعلق بالمال الذي يحصل الاستخلاف فيه . وهي التي تحتاج الى بيان وجه الحكم فيها . اعتبارا بأنها لا تثقل المال ذاته على نحو ما يكون في الحق العيني .

وفي خصوص تلك الحقوق والالتزامات ، تقرر المادة ٢٠٢ أنه اذا أنشأ العقد الذي سبق للسلف أن يبرمه شيئا منها ، قبل حصول الاستخلاف ، في المسال المتعلقة هي به ، فانها تنتقل الى الخلف الخاص في نفس الوقت الذي ينتقل فيه المال ذاته ، ويشابها الاستخلاف بدورها . على انه يلزم هنا ، بالنسبة الى الحقوق ، أن تكون متصلة بالمسال على نحو يجعلها من توابعه الخادمة له والمقيدة في استخلاص المنفعة منه ، الامر الذي يتطلب ان تكون مقررة أساسا باعتبار المال ذاته INTUITU REI لا على أساس الاعتبار الشخصي للمتعاقد . ويلزم بالنسبة الى الالتزامات أن تكون متصلة بالمال على نحو يجعلها مضيقة لجاهل أو محددة للانتفاع به ، وهي الالتزامات التي تجرى البعض على أن ينشئها بالالتزامات العينية .

وقد حرص المشروع على أن يتحاشى الوصف الذي أضفاه القانون المصري وما تبعه من قوانين البلاد العربية الاخرى على الحقوق والالتزامات التي ينشئها عقد السلف والتي يحصل فيها الاستخلاف بأنها « من مستلزمات الشيء » ، نظرا لعموم

أو كما يقال ، في عبارة أكثر شيوعا وان كانت أقل دقة ، الخطأ الشائع بولد الحق .

وقد استمد المشروع تلك الاحكام من المادتين ١٤٧ و ١٤٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل صياغتها توخيا للدقة والانضباط .

(ثالثا) نسبية آثار العقد :

وتعرض المادة ٢٠١ لاصل المقرر بأن آثار العقد نسبية ومن البداهة أن آثار العقد تنصرف الى طرفيه . ولكنها لا تقف عندهما . ففي بعد الموت تنتقل الى الخلف العام . بيد ان انتقال آثار العقد الى الخلف العام يكون في الحدود التي لا يدخل فيها بأحكام الميراث ، على نحو ما يقضى به الشرع الاسلامي الحنيف . ومن بين ما قصده المشروع من هذا الاحتفظ ، عدم المساس بقاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون . واذا كان من شأن آثار العقد أن تنتقل بعد موت المتعاقد الى خلفه العام ، في الحدود التي لا يكون فيها مساس بأحكام الميراث ، فان هذه القاعدة ليست مطلقة . اذ أن هذه الآثار قد تكون مقصورة على المتقادين أو على أحدهما على حسب الاحوال ، اذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون .

وقد استوحى المشروع نص المادة ٢٠١ من القانون المصري (المادة ١٤٥) - وهو نص شق طريقه بحرفيته الى كل من القانون السوري والليبي والعراقي والأردني وكذلك قانون التجارة الكويتي (المادة ١٤١) - وذلك مع اجراء تعديل في الصياغة اقتضته الملاءمة .

وتعرض المادة ٢٠٢ لآثار العقد الذي يعقده السلف على الخلف الخاص والاصل ان الخلف الخاص لا يتأثر بالمقود التي يبرمها السلف ما لم يرتض هو ذلك ، أو يقضى به القانون .

ولكن هذا الاصل يترك مكانه لاستثناء جوهرى هام بالنسبة الى العقود التي يكون السلف قد أبرمها قبل الاستخلاف ، متعلقة بذات المال الذي حصل الاستخلاف فيه ، اذا كان من شأن هذه العقود ان تولد حقوقا أو التزامات متصلة بذات المال نفسه ، لا متصلة أساسا بشخص السلف ، بحيث تنشأ الحقوق لمنفعة المال مباشرة على نحو يمكن معه القول بأنها من توابعه ، وبعبارة تنشأ الالتزامات مضيقة لجاهل المال أو مقيدة للانتفاع به ، على نحو يمكن القول معه أنها تعتبر من معدداته . فالحقوق والالتزامات التي من هذا النوع تنتقل من السلف الى الخلف الخاص مع المال المرتبطة به والذي يحصل فيه الاستخلاف .

تمهد بأن يجعل الغير يرتضيه ، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر بنال المتعهد له . أما اذا ارتضى الغير المتعهد عنه التحمل بالالتزام ، كان ذلك وفاء بالعهد الذى قطعه المتعهد على نفسه ، ومن ثم تبرأ ذممة هذا الاخير . في حين أن المتعهد يرى نفسه وقد تحمل بالالتزام الذى ارتضى أن يربط نفسه به . وهو يتحمل به نتيجة رضائه هذا . ومن ثم فهو يتحمل به من وقت صدور هذا الرضا ، ما لم يثبت أنه قصد أن يستند أثر رضائه التحمل بالالتزام الى تاريخ صدور المتعهد .

وإذا كان المتعهد عنه لا يتحمل بالالتزام المتعهد به الا برضاه ، فان نظام المتعهد عن الغير لا يتضمن أية مخالفة لقاعدة أن العقود لا تضر بالغير .

ويوافق هذا الحكم ما تنص عليه المادة ٢٠٧ من قانون التجارة الكويتى مع ما تقتضيه الملاءمة من تعديل في الصياغة .

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير :

عنى المشروع بنظام الاشتراط لمصلحة الغير ، ووضع له من الاحكام ما يعقق المصلحة منه . وهو ، في وضعه هذه الاحكام ، لم يخرج عن تلك التى باتت مستقرة في الفكر القانونى المعاصر ، والتي سبق لقانون التجارة الكويتى أن قننها ، أخذاً عن القانون المصرى وقوانين البلاد العربية الاخرى التى استوحته ، وان كان المشروع قد اجرى تعديلات هامة في الصياغة ، وتوخى للدقة وتمشياً مع فن صياغة التشريع .

وتأتى المادة ٢٥٥ ، في فقرتها الاولى ، لتقرر نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، حيث تجيز للشخص ، حينما يتعاقد عن نفسه ، أن يتفق مع من يتعاقد معه على أن يتحمل بالتزامات معينة ، يتعهد بأدائها لشخص من الغير ، هو المنتفع أو المستفيد ، شرط أن يكون للمشترط في ذلك مصلحة ولو أدبية ، وهو أمر يكاد يكون متحققاً دائماً . فالمشترط يتعاقد أصيلاً عن نفسه ، فهو ليس بنائب عن المستفيد ، الذى يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الاشتراط .

وتأتى الفقرة الثانية ، لتجيز أن يكون المستفيد من عقد الاشتراط شخصاً مستقبلاً ، كما أنها تجيز أن يكون المستفيد شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط ، اذا كان من الممكن تعيينه عندما يتوجب على المتعهد أن يؤدي له المنفعة المشترطة لصالحه . وتعرض المادة ٢٠٦ لاثر الاشتراط لمصلحة الغير . وهى تقرر أنه يترتب عليه أن يثبت للغير المشترط لصالحه ، أى المنتفع أو المستفيد ، حق خاص به ، في ذمة المتعهد ، قوامه المنفعة المشترطة له . وهو حق يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط ، دون مرور بذمة المشترط ، وبهذه المثابة يكون للمستفيد أن يستأدى حقه المشترط لصالحه من المتعهد باسمه هو ، وبدوى مباشرة ، مع مراعاة حكم المادة ٢٠٧ . وهذا هو لب نظام الاشتراط لمصلحة الغير وجوهره ومعقل القوة فيه .

مدلول هذه العبارة من وجه ، ولعدم دقتها من وجه آخر كما حرص المشروع على أن يقتصر ، في طلب علم الخلف الخاص أو في استطلاعه هذا العلم ، على حالة الاستخلاف . فبإثبات الالتزامات وحدها ، دون حالة الاستخلاف في الحقوق . إذ انه بالنسبة الى الحقوق المتعلقة بالمال ، يكون علم الخلف بها غير ذى موضوع ، ثم انها تنتقل مع المال الذى يحصل فيه الاستخلاف لمجرد أنها من توابعه ، اعمالاً لقاعدة أن التابع يتبع الاصل .

وتقرر المادة ٢٠٣ قاعدة أساسية من القواعد التى تحكم العقود ، ومؤداها أن آثار العقود تقتصر على عاقدتها وخلفاتها ، على نحو ما تقتضى به المادة ٢٠١ والمادة ٢٠٢ ، وان كان من شأنها أن تنعكس على الدائنين من حيث زيادة الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينتها أو نقصه ، على حسب الاحوال . وإذا كانت العقود تنفق ، بالنسبة الى الآثار التى تنتجها ، عند المتعاقدين والخلفاء والدائنين ، فهى ، بمجردها وذاتها ، لا يكون لها أثر في مواجهة الغير . فهى لا تنفع هؤلاء الغير ، كما أنها لا تضرهم .

بيد أن قاعدة أن العقود لا تنفع الغير ولا تضرهم بعيدة عن أن تكون مطلقة . ففقطها ينحصر بالضرورة عن كل حالة ينص فيها القانون على تأثر الغير بالعقد ، ان ضراً أو نفعاً ، واذا كانت الاحوال التى ينص فيها القانون على مفرة الأشخاص بمقود غيرهم جيد نادرة بحيث تقارب عدم ، فأحوال فمهم من عقود غيرهم أخذت ، في وقتنا الحاضر ، تتزايد وتتكاثر ، متشكلة في نظام أخذ يعم ويشيع وهو نظام الاشتراط لمصلحة الغير .

١ - المتعهد عن الغير :

وتعرض المادة ٢٠٤ للمتعهد عن الغير والقواعد التى تحكمه ، ذلك أنه يحدث في بعض الاحيان أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل أحداً من الغير يتحمل نحوه بالتزام معين . ومثل هذا المتعهد يقع صحيحاً . ويترتب عليه أن يلتزم المتعهد بما تمهد به .

ولكن الغير المتعهد عنه لا يتحمل بأى التزام من جراء ذلك المتعهد ذاته . لانه اجنبى عنه . والعقود لا تنفع ولا تضر غير عاقدتها وخلفاتها .

وهكذا يبقى للغير المتعهد عنه كامل الحرية في أن يرتضى أن يحصل نفسه بالالتزام المتعهد به أو لا يرتضيه . فإذ رفض أن يجعل نفسه به ، فما كان عليه جناح . ولكن المتعهد يعتبر حينئذ أنه أهل بالعهد الذى قطعه على نفسه ، ومن ثم يلتزم بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب اخلاله ، ما لم يعرض أن يقوم بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى

(اولاً) فسخ العقد :

ويرعى المشروع لفسخ العقد في المواد من ٢٠٩ إلى ٢١٣ .

وتتناول المادة ٢٠٩ الفسخ بوجه عام مبنية مجال اعماله وشروطه الاساسية وكيفية ايقاعه وسلطة القاضي ازاءه . فهي تقرر ، باذى ذى بدء ان الفسخ لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين . ووجه هذا الحكم ظاهر . فمؤدى الفسخ ان يترخص المتعاقد الذى حصل الاخلال بحقوقه ، ان يتحرر من التزاماته المقابلة التى يفرضها العقد عليه . فان حصل الاخلال بحقوقه من غير ان تكون ثمة التزامات مقابلة يفرضها العقد عليه ، فان الفسخ يكون غير وارد اصلاً .

وتجس ، المادة ٢٠٩ بعد ذلك لتبرز ان الفسخ لا يعدو ان يكون مجرد رخصة تثبت للمتعاقدين الذى يحصل من غريبه الاخلال بحقوقه ، كى يتحلل هو من التزاماته . فلا اجبار على المتعاقدين فى الفسخ ، وهو ان ترخص له فى طلبه ، فان ذلك لا يجرمه من حقه الاصيل فى التسك بالعقد ، ومطالبة مدينه بالوفاء بحقوقه التى يرتبها له . وهكذا للمتعاقدين ، عند الاخلال بحقوقه ، الخيار بين ان يطلب من القاضى فسخ العقد ، او ان يطلب منه الحكم له بالزام المتعاقدين الآخر بحقوقه قبله . فان فضل الفسخ ، وحكم له به القاضى ، فان ذلك لا يجرمه من حقه فى التعويض عما عساه ان يرتبه له الفسخ من ضرر .

وتعرض للمادة ٢١٠ فى فقرتها الاولى لشروط اعمال نظام الفسخ . وتقرر ، فى هذا الصدد ، وجوب ان يكون المتعاقد ، الذى يعمل الفسخ اضراراً به ، مخلا بالوفاء بالتزامه الذى يفرضه العقد عليه ، بأن يحل اجل الوفاء به دون ان يؤديه ، وان يستمر فى تقاعسه عن ادائه الى ما بعد اعذاره بوقت معقول ، كما انها تتطلب ايضاً ان يكون طالب الفسخ غير مقصر بدوره فى الوفاء بالتزامه ، بان يكون قد اداه بالفضل ، او ان يعرض ادائه . فان كان كل من المتعاقدين مخلا بالتزاماته فانه لا يكون لأحدهما طلب الفسخ .

وتعرض المادة ٢٠٩ فى فقرتها الثانية لسلطة القاضي عند رفع دعوى الفسخ . وهى تمنحه ، فى هذا المجال ، سلطة رغبة الحدود . وتتسلل سلطته هذه فى مظهرين اساسيين :

فللقاضى ان يبتح المتعاقد الذى ترفع دعوى الفسخ ضده اجلاً يحدده له ، ليقوم خلاله بالوفاء بالتزامه الذى تقاعس عن ادائه ، اذا رأى الظروف تقتضى منحه هذا الاجل ، كما اذا رأى ان ثمة املاً فى ان يقبل فى الوفاء بالتزامه فى وقت ليس بعيد ، فينظره الى ميسرة ، لعل الله يؤتبه من بعد عشر يسراً .

وإذا كان للمستفيد ان يطالب المتعهد مباشرة بالحق المشترط لصالحه ، فان ذلك لا يمنع المشترط نفسه من أن يكون له ، فى نفس الوقت ، الحق فى أن يطالب المتعهد بأن يؤدى الالتزام المشترط للمستفيد ، وذلك ما لم يتفق على غيره . فالمشترط هو الطرف الثانى فى العقد مع المتعهد ، ومن ثم يكون له أن يطالبه بالوفاء بالتزاماته التى يرتبها العقد عليه ، وان كانت فاتتها تعود على غيره . ثم ان الفرض أن للمشترط مصلحة فى قيام المتعهد بالوفاء بالتزامه للمستفيد . فهذه المصلحة نفسها هى التى دفعت الى أن يشترط هذا الالتزام عليه .

وإذا كان المستفيد من الغير بالنسبة الى عقد الاشرط الا أنه يتلقى منه حفاً شخصياً ومباشراً فى مواجهة المتعهد . ومن ثم تقرر المادة ٢٠٧ للمتعهد الحق فى أن يتسك ، فى مواجهة المستفيد ، بكافة الدفوع الناشئة له من عقد الاشرط ، والتى كان يسوغ له أن يحتج بها فى مواجهة المشترط نفسه ، لو أن المنفعة كانت مقررة لصالحه . وعلى هذا النحو ، لا يضار المتعهد من كون المنفعة مشترطة للمستفيد .

والاشرط لمصلحة الغير يتضمن تقديم منفعة للمستفيد . وإذا كان المتعهد هو الذى يقدمها له ، نتيجة أدائه الالتزام الذى رتبته العقد عليه ، الا أن المشترط هو الذى اشترطها له ، وهو الذى يتحمل مقابها ، ان كان لها مقابل . ومن ثم يحول المشروع فى المادة ٢٠٨ للمشترط ، بعد أن ينقذ الاشرط ، أن ينقذه ، بمعنى أن يجرم المستفيد من الفائدة التى كان من شأنه أن يرتبها له . وهذه الرخصة تثبت للمشترط شخصياً . فهى مقصورة عليه لخاصة نفسه . ومن ثم فهى لا تنتقل من بعده لورثته . كما أنه لا يجوز لدائنيه أن يباشروها عنه باسمه ولصاها ، حتى لو كان معسراً . فالامر متروك لمحض اريحيته هو ، وفقاً لما يراه . على أن نقض الاشرط ، فى الحدود السابقة ، يتقيد باعلان المستفيد رغبته فى الافادة من الاشرط ، اما للمشترط . واما للمتعهد . فيمجرد ان يعان المستفيد رغبته فى الافادة من الاشرط للمشترط او للمتعهد ، يثبت له الحق المتولد عنه دائماً ، ويستحيل بعد ذلك على المشترط أن يجرمه منه بنقض المشاركة .

وإذا باشر المشترط الرخصة المخولة له فى نقض المشاركة ، حرم المشترط لصالحه من المنفعة التى كانت مشترطة له . ولكن ذممة المتعهد لا تبرا ، ويبقى متحملاً بالاتزامات التى ولدتها العقد عليه . وذلك بطبيعة الحال ما لم يتفق على خلافه . والمشترط ، بعد نقضه المشاركة ، ان يحل منتفعا آخر محل المنتفع الاصلى أو ان يستأجر بالمنفعة لخاصة نفسه .

الفرع الثالث - انحلال العقد

(الواد ٢٠٩ - ٢١٩)

تتركز اسباب الانحلال العامة للعقد فى ثلاثة اسباب : الفسخ والافساح والتقالى أو الافالة

وللقاضي أن يرفض الصخ كليه برغم توافر كل شروطه .
ويكون له ذلك اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة الى
كافة الالتزامات التي يفرضها العقد عليه . وقد حرص المشروع
على ان يجعل التناسب بين ما اداه المدين وبين ما لم يؤده قائما
على اساس التزاماته كلها ، وليس فقط على اساس الالتزام
الواحد ، عندما يقف المدين عند الوفاء ببعضه . ذلك لان العبرة
هي بالمقدد في مجسوعه وبكل الالتزامات التي يرتبها على المتعاقد
وقد يفى المتعاقد بالالتزامات الاساسية التي يفرضها العقد
عليه ، ولكنه يتناقص عن الوفاء بالالتزام ثانوي لا يرتب على
الاخلاق به كبير ضرر للمتعاقد الآخر . وفي مثل هذه الحالة ،
يكون للقاضي ان يرفض الصخ ، كما يكون له ان يرفضه في
خصوص الالتزام الاساسي الواحد ، عندما يوفي معظمه ،
ويتناقص عن الوفاء بقايله .

وقد اخذ حكم المادة ٢٠٩ مما جاء به القانون الكويتي في
المادة ١٧٢ وذلك بعد تعديل صياغتها على وجه ادنى الى الدقة
والوضوح .

وتعرض المادة ٣١٠ للحالة التي يتضمن فيها العقد شرطا
يقضى باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبقوة القانون
ويبدو حاجة الى حكم القاضي ، او بتقديره سلطة القاضي ازاء
الصخ على نحو ما يقرره المشروع في المادة ٢٠٩ ، قاضية بوجوب
ان يثبت انصراف ارادة المتعاقدين كليهما اليه على نحو صريح
قاطع .

والمشروع بذلك يستهدف وضع حد لما ظهر في العمل
من اساءة استعمال هذا الشرط في العقود ، وللنتائج الوخيمة
المرتبطة عليه للمتعاقد ، عندما تتعسر في اداء التزاماته ، ولو كان
تسمره مؤقتا او قليلا نسبيا ، بجرمانه من رقابة القضاء ،
وما تنطوي عليه من سلطة الرفق به ونظرته الى ميسرة .

فلمتعاقدون كثيرا ما يضمنونه عقودهم ، دون ان يقدروا
خطورته بل حتى دون ان يقفوا على حقيقة اثره او حتى على
حقيقة مدلوله . فتكاد صياغة هذا الشرط تكون محفوظة عند
بعض محترفي تحرير العقود من غير رجال القانون ، يضعونها فيما
يعبرونه منها ، من غير فهم لدلولها ولا استيعاب لنتائجها . حتى
ضمانة الاعذار ، باعتبارها وسيلة لاثبات اخلال المدين بالالتزام ،
يلب ان يتضمن الشرط الاعفاء منها ، واذا كان القضاء ، في
البلاد التي تقضى قوانينها بصحة هذا الشرط ، قد عدت السوى
التقليل من خطره ، بالتضييق ما امكن في تفسيره ، فان المشروء
يتطلب لاعماله ان يثبت للقاضي على نحو صريح قاطع ان ارادة
المتعاقدين كليهما قد انصرفت صراحة اليه ، على بيته من حقيقة
اثره . فان ثبت ذلك للقاضي ، توجب اعمال الشرط على
نحو ما يقضى به .

واذا اتضح للقاضي أن المتعاقدين قصدا حقيقة وعلى بيته
من الامر الشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة
القانون ودون حاجة الى حكم القاضي، فانه لا يكون من مقتضى
هذا الشرط بمجردده ، وذاته ان يعنى المتعاقد الذي يعمل بالصخ
اضرا را به ، من ضمانة الاعذار .

على انه اذا اتفق على الاعفاء من الاعذار بمقتضى شرط
صريح قاطع في دلالاته ، صح هذا الشرط في المواد التجارية
وحدها ، أما في المواد المدنية ، فلا يعنى المتعاقد من ضمانة
الاعذار ، ولا يعمل بالشرط القاضي بحصول الفسخ بفسوخ
القانون عند الاخلال بالالتزام ، الا اذا استمر هذا الاخلال لمدة
معقولة بعد الاعذار ، ولو اتفق على غير ذلك ، وقد اعرض
المشروع فيما جاء به في هذا كله عما يجرى به الحكم في قانون
التجارة الكويتي بالمادة ١٧٣ .

وتقابل المادة ٢١١ المادة ١٧٥ من قانون التجارة الحالي ،
وهي تعرض لاثر الفسخ ، وهذا الاثر يتركز في انحلال العقد
وزواله . والاصل ان الفسخ يزيل العقد ، ليس للمستقبل
فحسب ، بل للماضي ايضا . فالعقد يعتبر كأن لم يبرم ابدا .
وهكذا فللفسخ اثر رجعي يمتد الى تاريخ ابرامه . على ان هذا
الاصل ليس مطلقا . وهذا ما دعا المشروع الى ان يتخفظ في
خصوصه بالنسبة الى العقود المستمرة ، وبالنسبة الى ما تقتضيه
الحماية الواجبة للغير حسن النية ، على نحو ما تقرره المادة
٢١٢ والمادة ٢١٣ .

واذا كان مؤدى الفسخ انحلال العقد بأثر رجعي واعتبار
انه لم يتم اصلا ، فانه يمتنع إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا
عليها عند ابرامه فان استحلال على احد المتعاقدين ان يعيد الآخر
الى الحالة التي كان عليها عند العقد ، جاز الحكم عليه بأداء
معادل .

وتعرض المادة ٢١٢ لاثر الفسخ في العقود المستمرة مقررة
له حكما متاييرا بعض الشيء لاثره في العقود الفورية ، قاصرة
اثره في حل الرابطة العقدية على المستقبل دون الماضي ، ومن
تاريخ تحققه . وهو حكم سبق للقضاء ان وصل اليه في سير
دون نص يقره ، وقد ارتأى المشروع ان يقتنه دعما لاية مظنة ،
سيما وقد بدا اتجاه في الفقه في فرنسا يشر بوجود افعال الاثر
الرجعي للفسخ حتى بالنسبة للعقود المستمرة . وقصر اثر الفسخ
في العقود المستمرة على المستقبل دون الماضي ، له ما يبرره ،
فلزمن في صدد هذا النوع من العقود أهمية في تحديد مدى
ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها . فاذا استمر العقد
فترة من الزمن ثم قضى بفسخه ، فان ذلك لا يمنع من ان العقد
اتج بالفعل لاثرا في الماضي تتعذر ازالتها ، ويكون من المصلحة
الابقاء عليها . واذا كان الفسخ هنا يختلف عن الابطال ، فهذا
الاختلاف ما يسوغه . اذ الابطال يقوم على اخلال وقع في ذات

تكوين العقد ، ومؤداه ان العقد لم يبرم اصلا . اما الفسخ فمؤداه ان العقد قام صحيحا وانتج بالفعل آثاره ، فان تقرر بعد ذلك فسخه كجزاء للاخلال بالالتزامات الناشئة عنه . فمن المقدور ان يقصر اثره على البعض من مدة سريانه ، دون البعض الآخر .

ويتشئ المشروع ، في المادة ٢١٣ ، مع مبدأ حماية الغير حسن النية ، مقررًا عدم الاحتجاج بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لكل من عاقديه ، اذا كان قد تلقى حقه معاوضة حالة كونه حسن النية، بأن كان ، عند التصرف له لا يعلم السبب الذي افضى الى الفسخ ولم يكن في مقدوره ان يعلم به .

والشروع ، اذ يحصى الخلف الخاص لكل من المتعاقدين من اثر فسخ عقدهما ، ويتوجب مع الاتجاه الذي اخذ يفرض وجوده في الفكر القانوني المعاصر ، والذي يهدف الى حماية الغير حسن النية ، استقرارا للعمامات وحماية للالتزام مسع ضبط الحماية وحصرها في حدودها اللازمة . ثم ان الحكم الذي يقره المشروع هنا لا يمدو ان يكون مثيلا لذلك الذي سبق له ان قرره في خصوص ابطال العقد .

(ثانياً) انقاسخ العقد :

انقاسخ العقد نظام قانوني مؤداه ان يحدث ، بعد انعقاد العقد ، ما يجعل تنفيذ الالتزام الناشئ عنه مستحيلا لسبب اجنبي عن المدين ، فينفضى هذا الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، وتتقضى معه الالتزامات المقابلة ان وجدت وينفرض المقسد بالتالي من مضمونه ، فيزول. وبهذه المثابة ، يتميز انقاسخ العقد عن فسخه تمييزا واضحا . اذ ان حل الرابطة العقدية في الفسخ تجيء كجزء لاخلال احد المتعاقدين بالتزامه .

وقد عمد المشروع الى تنظيم الانقاسخ تنظيمًا متكاملًا ، سادا بذلك تقضا ظاهرا وقع فيه قانون التجارة الكويتي الحالي ، كما وقع فيه من قبله القانون المصري الذي استوحاه ، وغيرها من قوانين بلاد عربية اخرى . ويتشئ وجه التكامل الذي لجأ للمشروع اليه في امرين اساسيين : (الاول) بين المشروع حكم الانقاسخ في العقود الملزمة لجانب واحد ، وفي العقود الملزمة للجانبين على حد سواء ، في حين ان القانون المصري وما استوحته من قوانين البلاد العربية الاخرى ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي ، لم تعرض الاحكام الانقاسخ في العقود الملزمة للجانبين (الثاني) عمد المشروع الى بيان اثر استحالة تنفيذ الالتزام على العقد في حالي الاستحالة الكلية والعجزية ، حين اقتصر قانون التجارة الكويتي الحالي والقانون المصري وغيرها من قوانين البلاد العربية الاخرى التي سارت على دربهما على حكم الاستحالة الكلية وحدها .

وتعرض المادة ٢١٤ لاثر استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي عن المدين على العقد الملزم لجانب واحد ، وترتب عليها

انقاسخ العقد من تلقاء نفسه ، ان كانت كليه . فان كانت استحالة تنفيذ الالتزام جزئية ، فان العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه وبضرة القانون الا في حدود ما اصبح من محل الالتزام مستحيلا ، ويترخص للدائن ان يتمسك ببقاء العقد فيما يخص ما بقي ممكن التنفيذ من الالتزام .

وتعرض المادة ٢١٥ لاثر استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي عن المدين في العقود الملزمة للجانبين . وهي تفرق في الحكم بين الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية . فان كانت الاستحالة كلية ، افضى التزام المدين بسببها ، واقضى معه الالتزام المقابل على الطرف الاخر ، وينفرض العقد بالتالي من مضمونه ، فينفسخ من تلقاء نفسه ويزول . اما اذا كانت الاستحالة جزئية ، فان العقد لا يفسخ كليا ويكون للدائن حسب الاحوال ، ان يتمسك بالعقد فيما يخص ما بقي ممكن التنفيذ من حقه وما يتناسب معه من الالتزام المقابل ، او ان يطلب فسخ العقد برتمه .

وغنى عن البيان انه في حالة زوال العقد نتيجة استحالة تنفيذ الالتزام الناشئ لسبب اجنبي عن المدين ، سواء كانت الاستحالة كلية او جزئية ، لا يستحق الدائن تعويضا ما عدا بناله من ضرر بسبب تفويت الصفقة عليه كليا او جزئيا . فانفرض ان المدين هنا لم يخطيء . وبهذا يتميز انقاسخ العقد عن فسخه الذي لا يحول دون حق الدائن في التعويض عن الضرر الذي يرتبه له ، اعتبارا بانه يشتمل رخصة يجيزها له القانون كجزاء لاخلال المدين وتصهيره في الوفاء بالتزاماته .

وتعرض المادة ٢١٦ لاثر انقاسخ العقد . وهو كالفسخ تماما يؤدي الى حل الرابطة العقدية بأثر رجعي يستند الى وقت نشوئها . الامر الذي يتعين معه ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها عند ابرامه . على ان الاثر الرجعي للانقاسخ لا يكون الا في الحدود التي ترسمها المواد ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ في شأن الفسخ .

(ثالثاً) الاقالة :

الاقالة او التقابل او التفاوض سبب لانحلال العقد ، الى جانب انقاسخ والانقاسخ . وهو نظام يقوم على تراضى طرفي العقد على ازالته بعد ابرامه . وهو لا يعدم ان يجد مضمض التطبيقات في واقع حياة الناس ، سيما في الحالة التي يستشمر فيها احد المتعاقدين التدم على صفقة يكون قد ابرمها ، فيأني المتعاقد الاخر ويتفق معه على ازلتها . وقد حجب الينا الرسول الكريم مثل هذا النهج النبيل ، بقوله : « من اقال نادما بيعته ، اقال الله عنتره يوم القيامة » .

والاقالة تمييز عن الفسخ والانقاسخ في انها لا تكون الا اتفاقية ، بمعنى انها لا تنشأ الا بتراضى الطرفين عليها ،

ويتشئ المشروع ، في المادة ٢١٣ ، مع مبدأ حماية الغير حسن النية ، مقررًا عدم الاحتجاج بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لكل من عاقديه ، اذا كان قد تلقى حقه معاوضة حالة كونه حسن النية، بأن كان ، عند التصرف له لا يعلم السبب الذي افضى الى الفسخ ولم يكن في مقدوره ان يعلم به .

والشروع ، اذ يحصى الخلف الخاص لكل من المتعاقدين من اثر فسخ عقدهما ، ويتوجب مع الاتجاه الذي اخذ يفرض وجوده في الفكر القانوني المعاصر ، والذي يهدف الى حماية الغير حسن النية ، استقرارا للعمامات وحماية للالتزام مسع ضبط الحماية وحصرها في حدودها اللازمة . ثم ان الحكم الذي يقره المشروع هنا لا يمدو ان يكون مثيلا لذلك الذي سبق له ان قرره في خصوص ابطال العقد .

(ثانياً) انقاسخ العقد :

انقاسخ العقد نظام قانوني مؤداه ان يحدث ، بعد انعقاد العقد ، ما يجعل تنفيذ الالتزام الناشئ عنه مستحيلا لسبب اجنبي عن المدين ، فينفضى هذا الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، وتتقضى معه الالتزامات المقابلة ان وجدت وينفرض المقسد بالتالي من مضمونه ، فيزول. وبهذه المثابة ، يتميز انقاسخ العقد عن فسخه تمييزا واضحا . اذ ان حل الرابطة العقدية في الفسخ تجيء كجزء لاخلال احد المتعاقدين بالتزامه .

وقد عمد المشروع الى تنظيم الانقاسخ تنظيمًا متكاملًا ، سادا بذلك تقضا ظاهرا وقع فيه قانون التجارة الكويتي الحالي ، كما وقع فيه من قبله القانون المصري الذي استوحاه ، وغيرها من قوانين بلاد عربية اخرى . ويتشئ وجه التكامل الذي لجأ للمشروع اليه في امرين اساسيين : (الاول) بين المشروع حكم الانقاسخ في العقود الملزمة لجانب واحد ، وفي العقود الملزمة للجانبين على حد سواء ، في حين ان القانون المصري وما استوحته من قوانين البلاد العربية الاخرى ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي ، لم تعرض الاحكام الانقاسخ في العقود الملزمة للجانبين (الثاني) عمد المشروع الى بيان اثر استحالة تنفيذ الالتزام على العقد في حالي الاستحالة الكلية والعجزية ، حين اقتصر قانون التجارة الكويتي الحالي والقانون المصري وغيرها من قوانين البلاد العربية الاخرى التي سارت على دربهما على حكم الاستحالة الكلية وحدها .

وتعرض المادة ٢١٤ لاثر استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي عن المدين على العقد الملزم لجانب واحد ، وترتب عليها

وبشرط ان يجرى هذا التراضى بعد انعقاد العقد . اما الفسخ فلا يكون الا بحكم القاضى ، والانسفاخ يقع بقوة القانون . وتقرر المادة ٢١٧ جواز الاتفاق على الاقالة . وهو امر تقتضيه القواعد القانونية العامة بذاتها وبمجردها . فالتقصد صنيعة ارادة المتعاقدين . وما تضمنه ارادة المشترك للمتعاقدين تستطيع ان تنقذه وتزيله ، وذلك في الحدود التى لا تضر الغير بطبيعة الحال .

ويلزم لصحة الاقالة ان يكون الشيء الذى ورد العقد في شأنه أو المفقود عليه ، قائما لم يهلك ، وموجودا في يد احد المتعاقدين ، لم يذهب الى الغير . على انه اذا هلك او تلف من المفقود عليه بعضه ، او ذهب هذا البعض الى الغير ، فانه يجوز التنازل في الباقي منه بقدر حصته من العوض .

ففى البيع ، مثلا ، يلزم ان يكون المبيع قائما عند الاقالة . ولكن لا يمنع من امكان الاتفاق عليها ان يكون بعض المبيع قد تلف ، حيث تقع في الباقي ، بقدر حصته من الثمن ، اما اذا قبض البائع الثمن ، وذهب عنه لسبب أو لآخر ، فان ذلك لا يحول دون الاقالة اذ ان التمثيلات لا تهلك .

وقد استعمل المشروع تلك الاحكام من قانون التجارة الكويتى الحالى (فى المادتين ١٧٦ و ١٧٧) والتفتيات العربية التى اخذها عنها .

ويركز اثر الاقالة فى ازالة العقد - والاصل انها ترسل العقد ، لا بالنسبة الى المستقبل فحسب ، بل الى الماضى ايضا ، شأنها فى ذلك شأن الفسخ والانسفاخ . فيعتبر العقد الذى حصلت اقالته كان لم يبرم اصلا . بيد ان هذا الاثر الرجعى للاقالة ، لا يكون الا فى العلاقة بين المتعاقدين نفسيهما . اما بالنسبة الى الغير ، فلا يكون للاقالة اثر الا من تاريخ حصولها ، ومن غير اخلال بقواعد الشهر العقارى . وهذا ما ادى للمشروع الى ان يعتبر الاقالة ، بمثابة عقد جديد فى حق الغير (المادة ٢١٨) . وهو نفس الحكم الذى سبق لقانون التجارة الكويتى الحالى ان اخذ به (المادة ١٧٨) ، ناهجا فى ذلك نهج القانون العراقى (المادة ١٨٣) ، ومساريا الفقه الحنفى ، الذى يرى بدوره ان للاقالة طبيعة مزدوجة ، اعتبارا بأنها فسخ اتفاقى بالنسبة الى المتعاقدين وعقد جديد بالنسبة الى الغير . اما المالكية واهل الظاهر فقد رأوا فى الاقالة عقدا جديدا ، وليست فسحا للعقد الاول ، وذلك بالنسبة الى المتعاقدين والغير على حد سواء . فى حين ان الحنابلة ومعهم الشيعة الامامية ، رأوا ان الاقالة فسخ اتفاقى بالنسبة الى الجميع .

(دابما) الدفع بعدم التنفيذ :

الدفع بعدم التنفيذ نظام قانونى مؤداه انه فى المقسود الملزما للجانين ، يسوغ لكل من المتعاقدين ان يمنع عن الوفاء

بالاتزامات التى يفرضها العقد عليه ، ولو كانت حالة الاداء ، الى ان يقوم المتعاقد الاخر بأداء التزاماته المقابلة ، او يعرض ، فى الاقل ، اداها ، ما دامت هذه الاتزامات الاخيرة حالة الاداء بدورها .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية ، وليست هجومية . فهو . كما يدل عليه اسمه ، دفع وليس دعوى . وهو وسيلة دفاعية يقرها القانون للمتعاقد الذى يكون ، فى نفس الوقت ، دائئا ومدينا للمتعاقد الاخر ، ويخوله بمتقضاها الحق فى ان يدفع مطالبة غريمه بالدين الذى له ، حتى يفى هذا الغريم بدوره بما عليه . والفكرة الاساسية التى يقوم عليها هذا الدفع هى انه : « اذا اردت ان تأخذ ما لك فعليك ان تفى بما عليك » . فلاعهد لمن لا عهد له . فقوامه الارتباط والتقابل بين الاتزامات .

ويلزم للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ان يكون الاتزام المقابل حال الاداء وان يتقاعس المدين به عن ادائه برغم حلول اجله . على انه يتعين على المتعاقد ، فى اعتصامه بالدفع بعدم التنفيذ ، الاتىجافى مع مقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل . وعلى هذا فان كان ما بقى من غير وفاء من الاتزام المقابل قليلا بالنسبة اليه فى جملة ، فانه يستتبع على المتعاقد ان يتسك بالدفع بعدم التنفيذ ، او فى الاقل يمتنع عليه التسك به الا فى حدود حصه من التزامه تقابل ما بقى من حقه من غير وفاء .

ولم يشأ المشروع ان يضمن نص المادة ٢١٩ ما يقرر هذا الحكم اعتبارا لانه لا يعدو ان يكون تطبيقا للقواعد العامة التى تقتضى مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود ، وتقييد مباشرة الحقوق بما يستتبع منه التسف والاساءة .

والدفع بعدم التنفيذ يتقيد بالضرورة بالاتساق وعرف الجهة . فاذا قضى الاتفاق او عرف بجرمان المتعاقد من التسك بهذا الدفع ، او قضى بالزامه بتنفيذ التزامه اولا ، فانه لا يكون له ان يعتصم به .

وقد استمد المشروع احكام الدفع بعدم التنفيذ من القانون المصرى (المادة ١٦٦) والقوانين العربية التى نقلت عنه اما قانون التجارة الكويتى فقد جاء خاليا من النص عليه . وغنى عن البيان ان الدفع بعدم التنفيذ لا يعتبر سببا لانحلال العقد فهو لا يزيل الرابطة العقدية ، وانما يضيفها فحسب ، ولعدة مؤقته . فآثره يقتصر على وقف العقد . وهو بهذه المثابة يتميز عن الفسخ والانسفاخ والتناسخ .

الفصل الثانى

الارادة المنفردة

(الواد ٢٢٠ - ٢٢٦)

تمة نظرية قديمة تقليدية ، يسكن ان يطلق عليها النظرية اللاتينية ، تقول بان الارادة المنفردة لا تنشى ، الاتزام ، وهى

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٢٠ من القانون الألماني (المادة ٣٠٥) ، ومن القانون العراقي (المادة ٩٤) ، ومن القانون الاردني (المادة ٢٥١) .

الوعد بجائزة الجمهور :

وتعرض المادة ٢٢١ للوعد الذي يوجه للجمهور عن طريق سبل الاعلام المختلفة بجائزة تعطى عن انجاز عمل معين كالوصول الى اختراع محدد او كشف علاج لمرض او العثور على شيء فاقد او حيوان ضال . فمسة الوعد بالجائزة أنه يوجه للجمهور الناس ، ولا يوجه لشخص بعينه . فاذا وجه الوعد بالجائزة لشخص معين ، تمثل ايجابيا له من الواعد حتى اذا ما قبله ، قام العقد بينهما . اما الوعد الموجه للجمهور ، فلا يعتبر ايجابيا لاحد . وانما هو يلزم صاحبه بمجرد ذاته ، تأسيسا على ارادته المنفردة .

ولكي يعتبر الوعد للجمهور بالجائزة قائما ، يلزم ان يتم اعلانه للجمهور بأي طريق من طرق الاعلام ، كالنشر في الصحف او في الاذاعة المنظورة منها او المسموعة او باللصق على الجدران او غير ذلك .

واذا قام الوعد التزم به صاحبه بمجرد ارادته المنفردة ، وحق عليه ان يعطى الجائزة الموعود بها لمن انجز العمل ، ولو كان قد أنجزه قبل الوعد ما لم يتضمن الوعد غير ذلك ، او كانت ظروف الحال تقتضيه . كمان الجائزة تستحق لمن ينجز العمل ، حتى لو اذاه بغير نظر اليها او دون ان يعلم بها .

وتعرض المادة ٢٢٢ لاثر الرجوع في الوعد بالجائزة ، وتقرر عدم ثبوت الحق للوعد في الرجوع في وعده ، اذا كان قد حدد في الاعلان مياعدا لبقائه قائما . وانما يسقط الوعد بمجرد ذاته بفوات هذا الميعاد .

اما اذا لم يعين الواعد اجلا لوعده ، فانه يمكنه الرجوع فيه في أي وقت . على ان الرجوع في الوعد لا يعتبر واقعا الا باعلانه للجمهور على وجه مماثل ، او في الاقل ، يشابهه في اثره الاعلامي ، الوجه الذي تم به توجيه الوعد .

وتعرض المادة ٢٢٣ لاثر الرجوع في الوعد بالجائزة ، مقررة ان هذا الاثر لا يكون الا ببدء من وقت اعلانه للجمهور . وهذه المثابة ، لا يكون للرجوع عن الوعد اثر بالنسبة الى من يكون قد انجز العمل بحسن نية قبل ذلك ، ولا يحول بالتالي دون حقه في الجائزة .

فاذا كان الشخص قد بدأ في العمل قبل اعلان الرجوع في الوعد ، حالة كونه حسن النية ، أي لا يعلم بصدور ارادة الواعد بالرجوع من طريق آخر ، حل له ان يطالب الواعد بقيمة ما اتفقه من مصروفات وما بذله من جهد ، اذا اثبت انه

النظرية التي لا زال القانون الفرنسي يسير عليها في مجموعها الى الآن ، من حيث التاصيل القانوني على الاقل . وثمة نظرية أخرى جديدة نسبيا يتزعمها الفكر القانوني الألماني تبشر بأنه يوجد في منطقتي القانون ما يمنع من ان ينشأ الالتزام بارادة المدين المنفردة . وهاتان النظريتان ، تبدوان متغايرتين كسل التغير . ولكنهما تقتربان الى حد كبير بالنسبة الى النتائج التطبيقية التي وصل اليها الفكر القانوني في مجال اعمال كل منهما . بحيث يكاد أن يكون الفارق بينهما نظريا لا يتجاوز مجرد التاصيل القانوني .

فالنظرية الألمانية ، وان لم تر ثمة مانعا من ان ينشأ الالتزام عن التصرف الصادر من جانب واحد ، الا ان القانون الألماني نفسه لا يقر هذا الاثر الا في الاحوال الخاصة التي يصرح بها القانون (المادة ٣٠٥) . وفي الجانب الآخر ، نجد أنه بالنسبة الى أهم التطبيقات العملية التي تعزى فيها نشأة الالتزام للارادة المنفردة ، يسير الفكر القانوني الفرنسي أيضا على نشأة الالتزام فيها ، وان عمد الى ردها تارة الى العقد وتارة اخرى الى المسؤولية التصيرية .

وقد عمد المشروع الى ان يقر للارادة المنفردة قوة انشاء الالتزام ، ولكن في مجال محدود مقصور على الحصالات الخاصة التي ياذن لها فيها القانون بانشاءه . وهكذا فالارادة المنفردة ، اذا اعتبرت مصدرا منشئا للالتزام ، فلا تكون الا مصدرا مقيدا محدودا . وهي ، بهذه المثابة ، تتميز عن العقد والعمل غير المشروع والكسب دون سبب ، التي هي مصادر مطلقة من شأنها ان تولد الالتزام على نحو عام وشامل .

وبعد ان يقر المشروع للارادة المنفردة قوة انشاء الالتزام في مجالها المقيد الضيق المحدود ، يعمد الى تنظيم أحد أهم تطبيقاتها العملية ، وهو الوعد بالجائزة الموجه للجمهور ، تاركا التطبيقات الاخرى ليأتي الحكم فيها مع احكام الانظمة التي تخصها .

وترسي المادة ٢٢٠ ، في فقرتها الاولى ، المبدأ الاساسي في خصوص الارادة المنفردة ، ومقتضاها ان التصرف القانوني الصادر بها ، او التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كما يغلّب ان يقال ، لا ينشئ الالتزام ولا يعدله ولا ينهيه ، الا في الحالات الخاصة التي ياذن له فيها القانون بذلك .

وتجئء الفقرة الثانية لتضع الاساس الذي يراعى في حكم التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، حينما ياذن له القانون بانشاء الالتزام او بتعديله او بابطاله ، مقررة اخضاعه لما يخضع له العقد بوجه عام من احكام القانون ، الا ما كان من هذه الاحكام متعارضا مع قيامه على الارادة الواحدة ، وعلى الاخص ما تعلق منها بتوافق الارادتين .

خاص أحكام العمل غير المشروع وما يترتب عليه من المسؤولية والتعويض» . وقد صدر هذا القانون الخاص بالفعل ، وهو القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ ، بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع ، والذي عدل ، فيما بعد ، بمقتضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ، ثم بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦ .

والمشروع ، في تنظيمه نتائج الفعل الضار ، ثم يشأ ان يعتمد كل البعد عن الاحكام التي يقضي بها القانون الكويتي الحالي ، وان عمد الى ان يجري فيها الشيء الكثير من الضبط والتنسيق واكمال النقص .

فقد أظهرت أحكام قانون العمل غير المشروع الحالي نطاقا ملحوظا ، وأدت مهمتها على وجه مرض . وهي من بعد أحكام تكون نظاما قانونيا متكاملا ، يقوم على جمع موثوق بين آخر ما وصل اليه الفكر القانوني المعاصر ، من ناحية وما حرص عليه الفقه الاسلامي الحرص كله من عدم ضياع دم الناس هدرًا ، من ناحية أخرى .

ويتركز تنظيم المشروع للنتائج المترتبة على الفعل الضار في أمرين أساسيين استمد اولهما من الفكر القانوني المعاصر ، وثانيهما من الفقه الاسلامي . وقوام الاول تقرير مسؤولية كاملة شاملة ، ترجع في اساسها الى فكرة الخطأ بوجه عام ، وان لم يلتزم المشروع هذه الفقرة دوما على نحو ما كانت عليه من صرامة عند السابقين . وتستهدف هذه المسؤولية تعويض الضرر في جميع مظاهره وبالنسبة الى كل عناصره المادية منها والادبية على حد سواء . أما الامر الثاني ، فقوامه ضمان أذى النفس ، دون أذى المال ، في حدود ضيقة مقصورة على الذية الاسلامية ، عندما يستتبع على المصاب او ذويه من بعد الطريق الى جبر الضرر التاجم أهم جبرا كاملا شاملا على اساس المسؤولية التقصيرية .

وقد حرص المشروع على ان يميز الامرين السابقين ، حتى لا يقع الخلط بينهما . وقد حدا به الى ذلك الاختلاف الجذري بينهما من حيث النشأة والشروط والاثر ، سيما وقد توسع كثيرا في نظام الذية عن الدم المهدر مستهديا بفقه المسلمين .

والمشروع ، اذ يميز بين الحالة التي تقوم اساسا على الخطأ التقصيري والتي يثبت فيها الالتزام بتعويض الضرر تمويضا كاملا ، وبين الحالة التي تستحق فيها الذية وحدها كدية أم جزئية ، بقصر اصطلاح المسؤولية على الحالة الاولى - مضفيا على الحالة الثانية اصطلاح (الضمان) .

وهذه التسمية بشطريها يفتضيه المنطق ويستلزمها في صناعة التشريع ، فهي ، من وجه اول ، تمايز النشأ . وهي ،

كان ليتم العمل في وقت مناسب ، على الا يزيد مقدار ما يستحقه من قيمة الجائزة نفسها .

وتعرض المادة ٢٢٤ للوقت الذي ينبغي فيه للواعد ان يبت في استحقاق الجائزة بتعيين الشخص او الاشخاص الذين تثبت لهم ، محددة اياه بسنة أشهر على الاكثر من تاريخ انتهاء الاجل المحدد في الاعلان ، وذلك ما لم يتضمن الاعلان ميعادا اطول .

وتقرر المادة ٢٢٥ أنه لا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على اعطائها لمستحقها ثبوت حق للواعد في ثمرة العمل الذي وعد بالجائزة وأعطيت من اجله .

فالجائزة تعطى نظير أداء العمل . فهي لا تتمثل مقابلًا لثمرته . ومن ثم يكون الحق في هذه الثمرة او في الافادة منها لمن قام بالعمل . فلو ان شخصًا وجه للجمهور وعدا باعطاء جائزة لمن يكتشف دواء لمرض معين ، ووصل أحد من الناس الى اكتشافه ، واستحق الجائزة من اجله ، فان الحق في هذا الاكتشاف سواء في جانبه الشخصي او في جانبه المالي ، يكون لصاحبه ولا يكون للواعد ، وذلك ما لم تتضمن شروط الوعد ما يخالف ذلك .

وتعرض المادة ٢٢٦ للمدة التي ينبغي ان ترفع فيها دعوى المطالبة بالجائزة الموعود بها وبغيرها من الحقوق التي تترتب على الوعد ، مقررة وجوب رفعها خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ انتهاء أجل البت في استحقاق الجائزة على نحو ما تقضي به المادة ٢٢٤ . أو من تاريخ اعلان الرجوع في الوعد على حسب الاحوال .

وقد استوحى المشروع ما جاء به عن الوعد بجائزة للجمهور وأحكامه وآثاره القانون المصري (المادة ١٦٢) والقوانين العربية التي أخذت عنه وكذلك بعض القوانين الاجنبية الاخرى (مشروع القانون الفرنسي الايطالي المادة ٤) ، والقانون الالمانى (المواد ٦٥٧ الى ٦٦١) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٨) ، والقانون البولوني (المادة ١٠٤) .

الفصل الثالث

الفعل الضار

العمل غير المشروع الذي ينجم عنه ضرر للغير ، يستتبع في الفكر القانوني المعاصر ، مصدرًا هامًا واساسيًا لنشأة الالتزام . بل هو أهم مصادر الالتزام جميعا بعد العقد .

وقد اشار قانون التجارة الكويتي الحالي الى العمل غير المشروع ، باعتباره مصدرًا للالتزام ، دون ان يبين أحكامه ، مقتصرًا ، في المادة ١٧٩ منه ، على القول بأنه « ينظم قانون

وقد اكتفى المشروع ، في الفقرة الاولى من المادة ٢٢٧ برساء المبدأ العام ، مقررًا ان كل من يخطئ فيحدث بخطئه ضرا يغيره يلتزم بتعويضه . وهو قد تجنب بذلك وضع أحكام تشريعية خاصة للحالات النوعية من الضرر ، سواء تطلعت بأيداء النفس او اتلاف المال او غصبه ، اعتبارًا منه بأن المبدأ العام الذي يقرره يغطي الحالات الخاصة كلها ، طالما توافرت فيها متطلبات القانون .

والمشروع ، اذ ينجح هذا النهج ، يسائر الفن السليم في صناعة التشريع ، وان خالف قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الكويتي الحالي ، والذي جاء ، على غرار القانون العراقي ، يورده نصوصًا عديدة تتضمن أحكامًا تشريعية لنوعيات خاصة من الضرر ، هي ايداء النفس واتلاف المال وغصب المال ، وان لم تختلف تلك الأحكام في اساسها ، ثم ان ذكر أحكام النوعيات الخاصة من الضرر يعيبه عدم الشمول الذي يؤدي اليه تقرير المبدأ العام . وهو أمر لم يفت قانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي أن يواجهه . فبعد ان قرر وجوب التعويض في النوعيات الخاصة التي ذكرها من الضرر ، جاء يتحرز نصوصًا وجوب التعويض في حالات الضرر الأخرى التي لم يذكرها (المادة ١١) . وهو حكم كان يسكن ان يجتزى به وحده .

ولم يشأ المشروع ان يحدد المقصود بالخطأ كركن لقيام المسؤولية ، تاركًا أمره لاجتهاد الفكر القانوني ، وذلك بقية ان يضفي عليه ما ينبغي له من مرونة وانطلاق .

وتقرر المادة ٢٢٧ ، في فقرتها الثانية ، حكمًا اساسيًا مؤداه ان عدم الادراك او التمييز لا يحصل دون مسؤولية صاحبه عن تعويض الضرر الذي يأتيه بفعله الخطأ . وتضع بذلك حداً لخلاف كبير ثار في الفقه القانوني الكويتي حول ما اذا كان الادراك لازماً أو غير لازم لقيام المسؤولية التقصيرية .

واستازم الادراك او التمييز لقيام الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية ، في القانون الاوربي ، فكرة مستوحاة أصلاً من القانون الروماني ، وهجرتها بعض القوانين العصرية الحديثة ، وان كانت أغلب هذه القوانين لم تهجرها الا جزئياً ، حيث تركت للقاضي شيئاً من حرية التقدير ، وفقاً لمقتضيات العدالة . وهذا هو ، على وجه الخصوص ، شأن القانون الألماني (المادة ١٨٢٩) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٥٤) ، والقانون البلجيكي (المادة ١٣٨٦ مكرر) وقد سائر القانون المصري هذا الاتجاه بدوره (المادة ١٦٤) . واخيراً جاء المشرع الفرنسي نفسه يقرر المسؤولية التقصيرية كاملة على من يحدث الضرر بغيره ، حالة كونه تحت تأثير اختلال عقلي (قانون ٣ يناير ١٩٦٨ الذي عدل المادة ٤٨٩ - ٢ من مدونة نابليون) .

من وجه ثان ، تتوافق مع الواقع . فالشخص منا لا يسأل الا اذا وقع منه ما يستوجب مساءلته عن خطأ او ما يدانيه . فان تحمل بالالتزام عن ضرر يحدث لغيره ، من غير خطأ يكون قد ارتكبه او ما يدانيه ، فهو الى ضمان هذا الضرر أقرب من تحمله بالمسؤولية عنه .

الفرع الأول - المسؤولية عن العمل غير المشروع

(المواد ٢٢٧ - ٢٥٤)

(اولاً) حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع :

عند المشروع ، في تحديده ، حالات المسؤولية عن العمل غير المشروع ، الى ان يسائر القانون الكويتي الحالي وغيره من القوانين العصرية الأخرى . فهو يبدأ بتقرير المسؤولية عن الأعمال الشخصية . ثم يقرر ، في حالات خاصة يحددها ، مسؤولية الشخص عن أعمال غيره ، ومن الضرر الناجم بفعل الأشياء .

١ - المسؤولية عن الأعمال الشخصية

ومسؤولية الشخص عن أعمال نفسه تتمثل الاصل العام في المسؤولية عن العمل غير المشروع . وهي تقوم في كل حالة تتوافر فيها اركانها ، دون تحديد مسبق لتلك الحالات . وفي ذلك تخالف المسؤولية عن أعمال النفس مع المسؤولية عن فعل الغير ، ومع المسؤولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء . فهاتان المسؤوليتان الاخيرتان استثنائيتان . وبحكم كونهما كذلك فاضماً لا تقومان الا في الاحوال الخاصة التي يقررها القانون .

وتجئ المادة ٢٢٧ لترسي في فقرتها الاولى ، الاركان التي تقوم عليها المسؤولية عن الأعمال الشخصية ، وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية .

(١) الخطأ :

واذا كانت أهمية الخطأ ، كأساس للمسؤولية عن العمل غير المشروع ، أخذت تتناقص على مر الزمن ، الا ان المشروع قد أثر ان يبقى عليه في مجال المسؤولية عن عمل النفس . وحسبه ان يقع بالمسؤولية الموضوعية في مجال الضرر الناجم بفعل الغير وبفعل الأشياء .

وقد حرص المشروع على أن يصرح بوجوب توافر الخطأ لقيام المسؤولية عن عمل النفس ، سواء أجاز أحداث الضرر بطريق المباشرة او بالنسب ، بمفهوم الفقه الاسلامي لكل من هذين الاصطلاحين . ذلك لان المجال هنا هو مجال المسؤولية عن الضرر ، وليس مجال ضمانه . والخطأ هنا واجب الالابات ، فعلى من يدعيه ان يقيم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة .

الضرر من خطأ شخص معين ، حاة كون خطئه هذا قد اقرن بأخطاء مؤثرة وقعت من آخرين ، نتيجة التحريض أو المساعدة، وتقرر مسئولية هؤلاء الاشخاص جميعا ، على نحو ما تقرره المادة ٢٢٨ اعتبارا بان الضرر وقع بخطأ كل منهم . فالمسئولية المدنية ، كالمسئولية الجنائية ، لا تقتصر على الفاعل الاصلى ، وانما تمتد ايضا الى الشركاء .

والنص مستوحى في عموم حكمه من المادة ٣٦ من القانون البولونى .

(ب) الضرر :

الضرر ركن اساسى فى المسئولية التصديرية ، الى جانب الخطأ ورابطة السببية . بل هو الركن الجوهرى فيها . وأهميته تفوق اهمية الخطأ . فاذا أمكن فى بعض الحالات ، لهذمه المسئولية ان تقوم بغير خطأ - كما تقدم - فلا يتصور ابدا وجودها بلا ضرر .

وقد أولى الفقه الاسلامى فكرة الضرر بالغ عنايته ، عامدا الى درته عن الناس ، ومبتدئا جبره لهم ، اذا ألم بالفعل بهم . وليس هذا بغريب على رجاله ، وهم يجتهدون فى الظل الظليل لشرعة المسلمين ، تلك الشريعة السمحة التى تأبى على الناس ان يؤذى بعضهم بعضا . فمن الاسس التى قامت عليها هذه الشريعة الغراء ان « لا ضرر ولا ضرار » ، كما قال الرسول ، عليه افضل صلوات الله ، وهو الامر الذى دعا فقهاءها الى القول بتلك القاعدة الفقهية وهى « الضرر يزال » ، ودعاهم بعد ذلك الى أن يتحفظوا فيقولوا بقاعدة فقهية اخرى ، مؤداها « ان الضرر لا يزال بئله » . ولقد كان من شدة اهتمام الفقه الاسلامى بالضرر والعمل على جبره لضحيته ، ان جعله وحده ، كأصل عام ، مناط الضمان ، من غير ضرورة لان يقتصر بوقوع الخطأ من اوقعه . فيكفى ، لتحمل الشخص بالضمان ، فى الفقه الاسلامى ، ان يؤدى فعله بذاته الى النطاق الاذى بغيره . من هنا كانت القاعدة الاساسية التى تسود نظرية الضمان فى هذا الفقه الحنيف ، ومؤداها ان : « المباشر ضامن ولو لم يعتمد أو يتعد » ، وان كان « المتسبب لا يضمن الا بالتمد أو التعدى » .

وتحدد المادة ٢٢٠ الضرر الذى يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخرارة التى وقعت للمضرور والكسب الذى فاته ، شريطة ان يكون هذا وتلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ذاته ، بان يكون قد نجم عنه مباشرة ، بحيث انه لم يكن فى المقدور تقاذه ببذل الجهد المقول الذى تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادى . وسواء بعد ذلك ان يكون الضرر قد وقع بالفعل ام انه سوف يقع حتما فى المستقبل . كما انه يستوى ان يكون الضرر متوقفا على غير متوقع.

والحكم الذى يقره المشروع فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ ، فضلا عن اتساقه مع منطوق القانون ومصصلحة الناس ومسايرته للاتجاه الحديث فى الفكر القانونى المعاصر ، يتجاوب مع رأى الجمهور فى الفقه الاسلامى ، حيث لا يتطلب الادراك أو التمييز لقيام الضمان عن الاتلاف . وقد جاء فى قول بعض الفقهاء ، لظاهر هذا الحكم ، ان الوليد ، لو أنه انقلب حال ولادته ، على شىء فأنفقه ، لزمه الضمان من ماله . وقد أخذ بهذا الحكم الحنفية والشافعية والحنابلة ، أما المالكية ، فشفة خلاف بينهم . فمنهم من قال انه لا ضمان على الصبى الذى لا يعقل فيما أنفقه من نفس او مال ، لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب اليه . فهو بمثابة الجصاء . ولكن رأى الراجح فى المذهب ، والذى يقول به جمهوره ، يبشر بان الضمان يلزم عديم التمييز اعتبارا بان أساس الضمان هو جبر الضرر ، لا الجزاء والعقوبة ، ولعموم قول الرسول الكريم : « لا ضرر ولا ضرار » .

والمجلة بدورها صريحة فى عدم طلب التمييز لثبوت الضمان (المادة ٩١٦ والمادة ٩٦٠) . وقد اخذ بنفس الحكم القانون العراقى (المادة ١٩١) كما اخذ به القانون الاردنى (المادة ٢٧٨) .

ويعرض المشروع بالمادة ٢٢٨ للحالة التى يحدث فيها الضرر نتيجة أخطاء متتددة وقعت من اشخاص كثيرين ، بحيث يتشمل خطأ كل من هؤلاء سببا مقتضيا للضرر ، وتقرر مسئولية كل واحد منهم ، فى مواجهة المضرور ، عن التعويض كاملا . فالمسؤولون المتعدون يتحملون ، فى مواجهة المضرور ، بالتعويض على سبيل التضامن ، وبمعنى ادق على سبيل التضامم .

اما فى العلاقة بين المسئولين المتعددين انفسهم ، فيتوزع غرم المسئولية بينهم بقدر دور خطأ كل منهم فى احداث الضرر . فان تعذر تحديد هذا الدور وزع عليهم غرم المسئولية بالتساوى .

وقد حرص المشروع على أن يجعل اساس توزيع غرم المسئولية على المسئولين المتعددين فيما بينهم متشكلا فى دور خطأ كل منهم فى احداث الضرر ، اعتبارا منه بأنه أكثر اتساقا مع فكرة السببية بين الخطأ والضرر من الاساس الذى يقول به قانون العمل غير المشروع الكويتى الحالى (المادة ٣٠) والقائم على توزيع غرم المسئولية بين من يتحملونها على اساس جسامه التعدى الذى وقع من كل منهم ، وان كان المشروع لم يفصل عن أن الخلاف بين الاساسين ضئيل من الناحية العملية ، حيث يصعب ، فى واقع الحياة ، تحديد دور خطأ كل من المسئولين فى احداث الضرر . ثم ان هذا الدور يتناسب فى الغالب مع جسامه الخطأ ذاتها .

وتعرض المادة ٢٢٩ لحالة من حالات وقوع الضرر نتيجة اخطاء تقع من اشخاص متعددين ، وهى تلك التى يحدث فيها

(ج) رابطة السببية :

لا يكفي ، لتقيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ، ان يقع الخطأ ويحدث الضرر ، بل يلزم ان تتوافر رابطة السببية ، بأن ينشأ الضرر عن الخطأ ولذلك تقرر المادة ٢٣٣ عدم الالتزام بالتعويض اذا كان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي .

فاذا استطاع المدعي عليه في دعوى المسؤولية ان يثبت انه ، برغم وقوع الخطأ منه ، الا أن خطاه هذا ليس هو الذي احدث الضرر ، ولم يسهم في احدثائه على نحو معتبر قانونا ، وان الضرر قد حدث لسبب أجنبي عنه لا يد له فيه ، كقوة قاهرة او حادث مفاجئ او فعل المضرور نفسه او فعل الغير ، فانه يكون بذلك قد افلح في قطع رابطة السببية بين خطئه وبين الضرر ، ولا يكون بالتالي ملتزما بالتعويض وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

وتعرض المادة ٢٣٤ للحالة التي يسهم فيها خطأ المدعي عليه في دعوى المسؤولية مع خطأ المضرور نفسه في احداث الضرر ، كل منهما بنصيب معتبر قانونا ، ودون ان يستغرق احدهما الآخر ، وهي حالة جد شائعة في واقع حياة الناس .

وفي هذه الحالة تشتمل مسؤولية المدعي عليه ، ولكنها لا تكون كاملة ، فهي تتحدد بقدر يتناسب مع دور خطأ المدعي عليه في احداث الضرر بالنسبة الى دور خطأ المضرور نفسه في ذلك . فان تعذر تحديد دور كل من الخطأين في احداث الضرر وزعت المسؤولية بنسبة جسامته كل منهما ، اعتبارا بانه في الاخطاء المشتركة يتناسب اثر كل منها عادة مع درجة جسامته ، فان تعذر تحديد درجة جسامته كل من الخطأين توزعت المسؤولية بالتساوي .

على ان توزيع المسؤولية نتيجة الاشتراك في الخطأ بين المسئول والمضرور لا يسرى على الدية ، باعتبارها تعويضا عن ذات اصابة النفس . فالدية ، كلية كانت أم جزئية ، تستحق للمضرور بمقدارها المحدد في القانون دون أي انقاص فيها .

وقد استند المشروع أحكامه في ذلك الشأن من قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٨) وقانون العمل غير المشروع الكويتي (المادة ٢٥) ومن القوانين العربية الاخرى التي نقل عنها التشريع الكويتي .

واذ كان الدفاع الشرعي حقا . والمقرر ان من يستعمل حقه لا يخطيء ، طالما انه لم يتجاوز مدها ومضمونه . لان الجواز بنافي الضمان ، كما يقول فقهاء المسلمين . فانه انطلاقا من هذه الفكرة ، تقرر المادة ٢٣٥ ان من احدث ، وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عرضه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، ضررا بين كان يهدده بالاذى ، لا يكون ملتزما بتعويض هذا الضرر ، طالما بقي في حدود الدفاع الشرعي لم يتجاوزته . وهكذا فن

وحرص المشروع على ان ينص ، في المادة ٢٣١ ، على ان التعويض الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع يتناول الضرر ، ولو كان ادبيا . فالضرر المادي والضرر الادبي يشتمان كلاهما للمسئولية التصديرية سببا ، ويستوجبان اتعويض عنهما ، شأن المسؤولية التصديرية في ذلك شأن المسؤولية المدنية بوجه عام .

وقد تردد الفكر القانوني طويلا ، في خصوص التعويض عن الضرر الادبي ، ورأى البعض بالفعل عدم ملائمة ذلك . وترتكز حجتهن في أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر . واذا أمكن جبر الضرر المادي ، فيستحيل جبر الضرر الادبي . ثم انه ، على فرض امكان جبر الضرر الادبي عن طريق التعويض عنه ، فانه لا يوجد اساس منضبط لتقدير هذا التعويض .

ولم يسد الرأي المناهض للتعويض عن الضرر الادبي . وما كان له ان يسود . فاذا تعذر جبر الضرر الادبي ، فلا أقل من ان يمنح عنه بعض من المال ، يترك تقديره لقاضي الموضوع . وفقا لطرف الحال ، ليكون فيه ، على الاقل ، بعض السلوى والعزاء . وما يدرك كله لا يترك كله .

من أجل ذلك ، سارت القوانين المعاصرة ، في البلاد المختلفة ، على تقرير مبدأ التعويض عن الضرر الادبي ، الى جانب الضرر المادي . وهو الامر الذي تبناه المشروع ، وحرص على التصريح به ، في الفقرة الاولى من المادة ٢٣١ دفعا لاية ملئنة .

وقد جاءت المادة ٢٣١ ، في فقرتها الثانية ، تذكر ، على سبيل التمثيل لا الحصر ، بعض صنوف من الضرر الادبي ، اعتبارا بأنها تمثل أهم ما ينتاب الناس في واقع حياتهم . وقد حرصت على أن تذكر بين ما اورده من أمثلة ، ما يستشعره الشخص من الحزن والاسى واللوعة وما يفتقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه ، حتى تدفع شكها قد ثار حولها في القضاء الكويتي ، خلال فترة من الزمن ، نتيجة بعض من غموض اعترى نص المادة ٢٣ من قانون العمل غير المشروع . وهو شك سرعان ما تهدد ليستقر القضاء الكويتي على التعويض عن الضرر الادبي في شتى مظاهره .

واذا كان المشروع قد أجاز التعويض عن الضرر الادبي في شتى مظاهره ، الا انه أكثر ان يقصر التعويض عن الضرر الادبي الناشئ عن الوفاة في نطاق الزواج والاقارب الى الدرجة الثانية ، توخيا للدة والاضباط .

وتعرض المادة ٢٣٣ لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الادبي من صاحبه الى غيره ، سواء حال الحياة ، او بعد الممات عن طريق الميراث او الوصية . وتقرر عدم جواز هذا الانتقال ، الا اذا كان مقدار التعويض محددًا بمقتضى القانون ، كما هو الشأن في التعويض عن ذات اصابة النفس حيث تستحق الدية ، أو كان قد تحدد بمقتضى الاتفاق ، او كان المضرور قد طالب به امام القضاء .

يحدث الاذى بغيره ، وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه او غيره ، لا يسأل مدنيا ، كما انه لا يسأل جنائيا .

على أن المسؤولية لا ترتفع الا اذا اقتصر الشخص على ما هو ضرورى لدفع الاذى ، من غير شطط أو اسراف ، أو تجاوز الى التنفى والانتقام ، فان تجاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى ، كان مخاطبا بقدر هذا التجاوز وحقت المسؤولية عليه .
وإذا كان الشخص الذى يتجاوز حدود الدفاع الشرعى يعتبر مخطئا ، وتشغل بالتالى مسؤوليته ، الا أنه معذور بعض الشيء عن خطئه . وقد ادخل المشروع ذلك في تقديره . فلم يلزم من يتجاوز حدود الدفاع الشرعى بالتعويض على نحو ما تقره القواعد القانونية العامة . وخول للقاضى أن يحكم عليه بتعويض تراعى فيه ظروف الحال ومقتضيات العدالة .

وقد أخذ المشروع بحكم المادة ٢٣٥ عن القانون الكويتى (المادة ٢٦ قانون العمل غير المشروع) والتوازين العريضة التى سبقت الى تقنينه ، مع صياغة الحكم صياغة أدنى الى الدقة والوضوح .

وتعرض المادة ٢٣٦ لحالة الضرورة ، وهي الحالة التى يوجد فيها الشخص امام خطر جسيم حال يهدده أو يهدد غيره سواء في النفس أو في العرض أو في المال، فيرى نفسه مضطرا، فيسبل درته، ومن غير أن يكون له طريق آخر أهون ، الى اتيان فعل يؤذى شخصا ما ، دون أن يكون لهذا الشخص يد في وقوع الخطر .

وقد رأى المشروع أن يجرى بعض التعديلات في احكام المسؤولية المدنية عن الضرر الذى يأتية الشخص وهو في حالة الضرورة على نحو ما يقره قانون العمل غير المشروع الكويتى الحالى بالمادة ٢٧ . وتتركز هذه التعديلات في أمرين أساسيين :

(الاول) قصر المشروع حالة الضرورة ، باعتبارها سببا للإعفاء أو للتخفيف من المسؤولية على حسب الاحوال ، على حالة الضرر الذى يلحق المأل ، دون ذلك الذى يلحق النفس .
وقد راعى المشروع في ذلك ان أقص الناس مصنوعة ، ولا يكفى للشخص منا ان يمس نفس غيره بالاذى ، حتى لو كان ذلك انقاء لاذى يلحق نفسه هو او نفس شخص اخر عزيز عليه ، والا كان ذلك منه اناية بغضه يفتتها المجتمع ويعاديا . ثم ان اذى النفس قد يستوجب الدية ، كلية كانت أم جزئية . والدية عندما تستحق ، لا يعتبرها نقصان . وففسلا عن كل ذلك . فالحكم الذى أخذ به المشروع ينشئ مع الاتجاه الغالب في التشريعات المعاصرة ، كالتقانون البرتغالى (المادة ٢٣٩٦) والتقانون الالمانى (المادة ٢٢٨) ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٥٢/٢) . وهو اكثر مسايرة للسائد في الفقه الاسلامى حيث يقتصر أثر الضرورة ، او الاضطرار الى زجر النقصان او المسؤولية الجنائية بوجه عام ، دون ان يصل الى ان يرفع الدية او الضمان عن الاتلاف . وهذا ما أدى

بالمجلة الى ان تنص في المادة ٢٣٣ منها على ان « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

(الثانى) علق المشروع مسؤولية محدث الضرر على شرط تعذر استنباف الضرور ما يعبر له ضرره عن طريق دعوى الاتراء دون سبب على حساب الغير . ولهذا الحكم ما يبرره . اذ أنه يتعذر حقيقة أن ينسب الخطأ الى من يحدث بغيره الضرر ، وهو في حالة الضرورة بشروطها المتشدة . فان أريد تحصيله بالمسؤولية، فما ذلك الامراعاة للمضرور الذى يتمثل ضحية برئة . فمسؤولية محدث الضرر لا تتفق مع القواعد العامة في المسؤولية عن العمل غير المشروع . ففى اقرب الى أن تكون مسؤولية عدالة . واذا كان ذلك كذلك ، وجب الا تقوم هذه المسؤولية الا عندما يتعذر على المضرور أن يصل الى جبر انضر بسلك الطريق الذى يتفق أكثر مع قواعد القانون ، وهو ذلك المتشغل في دعوى الاتراء دون سبب على حساب الغير .

ومسؤولية من يحدث الضرر ، تحت وطاة الضرورة ، اذا قدر لها ان تقوم ، باعتبار انها مسؤولية عدالة ، هي مسؤولية مخففة . فثبتت للقاضى ازاءها سلطة رحبة الحدود ، حيث يترخص في تقدير التعويض الذى يراه مناسبا وفقا لظروف الحال ومقتضيات العدالة .

والاصل أن من يرتكب خطأ يتحمل مسؤوليته ، حتى لو كان ، في اتيانه ، قد ائتمر بأمر من له عليه واجب الطاعة . ولكن المشروع ، شأنه في ذلك شأن القانون الكويتى القائم (المادة ٢٨ من قانون العمل غير المشروع) وغيره من قوانين بلاد عربية أخرى كثيرة ، يملئ استثناء هاما خاصا بالموظف العام الذى ينفذ أمر القانون أو أمر رئيسه ، متقرا بالمادة ٢٣٧ انه لا يسأل عن فعله ، ولو كان في ذاته خاطئا ، طالما جاء اماعة لأمر رئيسه حالة كونه واجبة عليه ، أو أثبت أنه كانت لديه اسباب معقولة جعلته يعتقد انها واجبة عليه ، وانه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر . وحسب المضرور هنا أن يطلب ما يستحقه من تعويض من الرئيس الأمر ، اذا كان من شأن القانون أن يشغل به مسؤوليته . والذى يحق له ان يعصم وراء أمر رئيسه هو الموظف العام وحده ، وحكمة ائفراد الموظف العام بالحكم هو الرغبة في عدم تعطيل الوظيفة العامة ، عن طريق تغطية مسؤولية المرعوسين ، حتى لا يحجموا عن تنفيذ اوامر رؤسائهم متى كانت في ظاهرها على الأقل صحيحة سليمة .

٢ - المسؤولية عن عمل الغير :

عمد القانون المعاصر ، وتبعه في ذلك قانون العمل غير المشروع الكويتى الصالى ، بتأثير من القانون المسمى الى تقرير مسؤولية الشخص في بعض الحالات ، عن الضرر الناتج عن عمل غيره . وهو في ذلك يستهدف الوصول الى نوع من العدل الاجتماعى .

كذلك ، ثبتت الرقابة على الزوجة القاصر لمن تكون له الرقابة على الزوج نفسه .

ومسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته تقوم في أساسها على اقتراض وقوع خطأ من الاول في تربية الساني وتوجيهه ورقابته والاشراف عليه ، وهي من بعد قرينة بسيطة . اذ يجوز للمكلف بالرقابة أن يدحضها بأبواب انه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي . فان أفلح في اقامة الدليل على ذلك ازاح المسئولية عن كاهله ، لانفناء الخطأ عنه . ثم ان المكلف بالرقابة يستطيع كذلك أن يبرح عن نفسه المسئولية باقامته الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعا ، حتى لو أنه قام بواجب الرقابة على نحو ما ينبغي ، اذ أنه بذلك يصل الى هدم رابطة السببية بين خطئه في الرقابة وبين الضرر .

وقد استوحى المشروع نص المادة ٢٣٨ من قانون العمل غير المشروع الكويتي (المادة ١٣) ، ومن القانون المصري (المادة ١٧٣) ، وان كان قد أجرى بعد تعديلات في الصياغة ، اقتبسها الملامة .

وتستحدث المادة ٢٣٩ حكما جديدا في القانون الكويتي ، حيث تقضى بطول مسئولية الدولة أو اصحاب المدارس أو المعاهد غير التابعة لها ، على حسب الاحوال ، محل مسئولية المعلم المقررة بمقتضى المادة ٢٣٨ ، والمقاومة على اقتراض وقوع خطأ منه في رقابة التلميذ وتوجيهه والاشراف عليه ، وان كان هذا الحكم قد سبق وتقرر من قبل ، بالنسبة الى معلمى الدولة في فرنسا . حيث صدر في ٥ ابريل سنة ١٩٣٧ ، قانون يقرر حلول مسئولية الدولة محل مسئولية المعلم الحكومي ، في الحالة التي ثبت فيها عليه الخطأ في رقابة تلاميذه ، وحرمت على المضرورة مقاضاة المعلم . وقد حذا المشرع اللبناني (المادة ٢٦) والمشرع المغربي (الفصل ٨٥) حذو صنوهما الفرنسي .

وقد ارتأى المشرع أن يأخذ بمبدأ حلول الدولة وغيرها من اصحاب المدارس والمعاهد غير التابعة لها ، محل مسئولية المعلم . وقد راعى في ذلك عدم ايهاب المعلمين بمسئولية ثقيلة لا يتحملها غيرهم من باقي الموظفين . بل ان مسئولية المعلم تتحمل ، في واقع الأمر ، أشد ثقلا من مسئولية غيرهم من المكلفين بالرقابة ، حتى الآباء انفسهم . ذلك أن أمام المعلم من التلاميذ عشرات وعشرات يجتمعون معا ، وهم من بعد في سن شديد الصعوبة .

على أن المشروع لم يساير القانون الفرنسي وغيره من القوانين التي سارت على نهج في مبدأ الحلول محل مسئولية المعلم على اطلاقه . فقد وسع فيه من وجه . وضيق فيه من وجه آخر .

ولا شك أن مسئولية الشخص عن عمل غيره هي مسئولية تتسم ببعض المخالفة للقواعد القانونية العامة . ومن ثم فهي لا تكون الا في الحالات التي يحددها القانون . وهي حالات تعتبر واردة فيه على سبيل الحصر ، اعتبارا بأنها استثنائية . ولا يصح التوسع في تلك الحالات ولا القياس عليها .

وقد أورد المشروع ، شأنه في ذلك شأن القانون الكويتي القائم ، وشأن القانون المصري ، حالتين اساسيتين لمسئولية الشخص عن عمل الغير ، وهما مسئولية من تجب عليه الرقابة ، أو المكلف بالرقابة ، عن عمل الخاضع لرقابته ، ومسئولية المتبوع عن فعل التابع . وأضاف اليهما مسئولية الشخص عما يلقى أو يسقط من مكان يشغله ، اعتبارا بأنها قد تشمل في بعض الاحيان مسئولية عن فعل من يتواجدون في المكان .

والمشروع ، اذ يقرر المسئولية عن فعل الغير في هذه الحالات الثلاث ، تستهدف اتاحة الفرصة للمضروور في أن يستوفى التعويض الذي يجبر له ضرره ، في حالات يعاب أن يكون المسئول الاصلى غير مقتدر على اداة . وهو اذ يستهدف تحقيق هذا الغرض النبيل لا يبتعد كثيرا عن المبدأ الذي يقول به الفقه الاسلامي . فهو ان جعل المكلف بالرقابة أو المتبوع مسئوليا عن التعويض في مواجهة المضروور ، الا انه يجعل الخاضع للرقابة أو التابع هو المسئول الاصلى عنه ، حتى اذا ما قام أحد الاولين باداة ، كان له أن يرجع به كاملا على خاضعه أو متبوعه . ويسرى نفس الحكم في حالة المسئولية عن القاء أو سقوط الاشياء من المسكن أو نوحه ، اذا أمكن معرفة من القاها أو اسقطها . وهكذا فالمسئولية عن فعل الغير لا تمدد ان تكون مسئولية ضمان ، لا أكثر .

وتعرض المادة ٢٣٨ لمسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته . وترسى فقرتها الاولى الاصل العام ، مقررة أن كل من يجب عليه قانونا أو بمقتضى الاتفاق رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجنسية ، يكون ملزما ، في مواجهة المضروور ، بتعويض الضرر الذي يحدته ذلك الشخص بعمله غير المشروع .

وتقرر الفقرة الثانية أن القاصر يعتبر في حاجة للرقابة ، طالما أنه لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره ، أو بلغها وكان يعيش في كنف القائم على تربيته ، حيث يستمر في حاجة الى الرقابة الى أن يبلغ رشده .

وتقرر الفقرة الثالثة أن الرقابة على القاصر تنتقل الى المعلم في المدرسة أو المشرف في الحرفة .

وتعرض الفقرة الرابعة للزوجة القاصر ، وتقرر أنها تكون خاضعة لرقابة زوجها الذي يسأل بالتالي عن الضرر الناجم عن فعلها ، وذلك ان كان الزوج رشيدا عاقلا . فان لم يكن

ومسئولية المتبوع ترجع ، في أساسها ، الى قيام المسئولية على التابع . فكلما انشغلت مسئولية التابع ، باعتباره كذلك ، نتيجة عمله غير المشروع ، الذى وقع منه في أداء وظيفته أو بسببها قامت الى جانب مسئوليته هذه مسئولية المتبوع .

ومسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته ومسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، اذا ما قامتا وقتا لهما تقضى به المادتان ٢٣٨ و ٢٤٠ من المشروع ، لا تجبان مسئولية الخاضع للرقابة أو مسئولية التابع . فمسئولية الشخص عن عمل غيره تأتي لتضاف الى مسئولية هذا الغير نفسه ، دون أن تجبها أو تستغرقها أو تتشغل بدلتها عنها . وهكذا يرى المشرع نفسه وقد افتتح له الخيار في أن يرجع بالتعويض كاملا على المسئول عن عمل غيره (المكلف بالرقابة أو المتبوع) ، واما على هذا الغير نفسه (الخاضع للرقابة أو التابع) ، بشرط ألا يأخذ التعويض عن ذات الضرر الا مرة واحدة بطبيعة الحال .

وقد جاءت المادة ٢٤١ لتقرر أنه اذا دفع المكلف بالرقابة أو المتبوع التعويض للمضرور ، حق له أن يرجع به كاملا على الخاضع للرقابة أو التابع . وغنى عن البيان أنه اذا كان الخاضع للرقابة أو التابع هو الذى أدى التعويض للمضرور ، فإنه لا يرجع بشئ . ما على المكلف بالرقابة أو المتبوع اعتبارا بأن مسئولية هذا الاخير لا تمدو أن تكون مسئولية ضمان وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤١ من قانون العمل غير المشروع (المادة ١٥) ومصادره من القوانين العربية مع تعديل أحكم في الصياغة .

ويعرض المشروع ، في المادة ٢٤٢ ، للمسئولية عن نوع من الاضرار ينجم عن القاء أو سقوط الأشياء من المساكن أو غيرها من الأماكن المشغولة لأغراض أخرى من تجارة أو صناعة أو مباشرة مهنة أو حرفة أو نحو ذلك . وهو يحتمل بهذه المسئولية من يشغل المكان .

وليس يقصد بمن يشغل المكان من يتواجد فيه ، ولكن يقصد به من يسكنه باعتباره سيده . فرب الأسرة ، مثلا ، هو الذى يسأل ، في مواجهة المضرور ، عما يحدث من ضرر نتيجة سقوط أو القاء الأشياء من المسكن . أما غيره ممن يقيمون معه في المنزل من زوجة أو ولد أو خدم أو غيرهم ، أو ممن يتواجدون فيه من زوار أو عمال أو نوحهم ، فلا يسألون الا وفقا للقواعد العامة في المسئولية التى تقتضى قيام المضرور بابائت وقوع الخطأ منهم .

والمسئولية التى تقررها المادة ٢٤٢ من المشروع تسميز بأنها قد تكون مسئولية عن فعل الشخص نفسه أو عن فعل غيره ممن يتواجدون في المكان . فهى مسئولية اما عن عمل

فقد وسع فيه من ناحية أنه جملة شاملا المعلم الحكومى وغير الحكومى . اذ انه لا يوجد مبرر للتفريق بينهما .

أما التضييق ، فيتمثل في قصر الحلول محل مسئولية المعلم على تلك المسئولية القائمة على افتراض وقوع خطأ منه ، باعتباره مكلفا بالرقابة على نحو ما تقرره المادة ٢٣٨ . أما المسئولية القائمة على خطأ ثابت وفق ما تقتضيه القواعد العامة ، فتبقى مسئولية المعلم قائمة ، وان تواجدت الى جانبها مسئولية الدولة أو غيرها من أصحاب المدارس والمعاهد غير التابعة لها ، باعتبارها متنوعة تتصل عن تابعها .

ويعرض المشروع ، في المادة ٢٤٠ ، لمسئولية المتبوع عن الضرر الناتج عن فعل التابع ، ويقرر قيام هذه المسئولية لمصلحة المضرور ، اذا كان فعل التابع يشغل منه عملا غير مشروع ، من شأنه أن يشغل مسئوليته هو ، وبشرط أن يكون قد وقع منه في أداء وظيفته ، أو بسبب هذه الوظيفة .

وقد استوحى المشروع نص المادة ٢٤٠ بفقرتيها من المادة ١٤ من قانون العمل غير المشروع الكويتى الحالى ، الذى استمد بدوره حريا من المادة ١٧٤ مصرى ولكنه أدخل تعديلات هامة في الصياغة توخيا للدقة والاتساق .

فقد حرص المشروع ، في الفقرة الاولى ، على أن يصرح بأن مسئولية المتبوع تقوم في مواجهة المضرور ، دفعا لمظنة المشاركة في الغرم النهائية للمسئولية بين المتبوع والتابع .

وحرص المشروع كذلك على أن يتطلب ، لقيام مسئولية المتبوع أن يكون العمل غير المشروع قد وقع من التابع « في أداء وظيفته أو بسببها » ، بدلا من عبارة النص الحالى القائلة بوقوع ذلك العمل « حال تادية الوظيفة أو بسببها » ، فالعبرة ليست بزم أداء الوظيفة في ذاته ، وانما هي في وجود علاقة ارتباط أو سببية بين وظيفة التابع وبين عمله غير المشروع ، بحيث يكون العمل متصلا بالوظيفة غير أجنبي عنها . ثم أن عبارة « حال تادية الوظيفة » جاءت نتيجة ترجمة غير دقيقة للعبارة التى تقابلها في القانون الفرنسى ، وانتقلت منه الى قوانين البلاد العربية الاخرى التى استوحته ومن بينها قانون العمل غير المشروع الكويتى الحالى .

وقد حرص المشروع ، في النهاية ، على أن يذكر ، في الفقرة الثانية أن رابطة التبعية تقوم « متى كان من شأن المهمة المكلف بها التابع أن تثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقاوته وتوجيهه » . فليس من اللازم أن يكون للمتبوع سلطة فعلية يباشرها على تابعه في حاصل الامر وواقع الحال متى كان من طبيعة التابع أو المهمة التى أقيمت به ، أن تكون للمتبوع عليه هذه السلطة ، باشرا بمد ذلك أم لم يباشرها ، بل حتى لو كان ، بسبب ظروف خاصة ، غير قادر على أن يباشرها .

الأشياء الحية والأشياء غير الحية أى الجادات ، غير ذات موضوع .

أما المسؤولية عن اهدام البناء ، فإن لم يكن الفكر القانوني في مجموعته قد وصل بها الى حد الادماع في المسؤولية عن الأشياء بوجه عام ، بسبب وجود نصوص تشريعية تخصصها بأحكام معينة ، فقد ضيق من نطاقها الى حد كبير ، ليترك المجال للمسئولية عن الأشياء لتؤدى دورها البالغ في اصفاء الحماية على المتضررين من البناء ، بسبب آخر غير اهدامه ، وعلى الأخص أولئك الذين يتألم الضرر في حوادث المصاعد ونحوها . وهو أمر بات يتشغل متجاوبا مع المنطق ، حيث أن المسؤولية عن الضرر الناتج بفعل المصاعد ، بل وعن كافة الأضرار الأخرى الناتجة عن البناء في غير ما نشأ منها عن انهياره واهدامه ، أصبحت أشد وقرا من تلك الناتجة عن اهدام البناء ذاته . وإذا كان أصل هذا التجاوب مع المنطق يرجع الى نصوص في التشريع ، وهى من بعد نصوص عتيقة تجاوزها الزمن ، فقد آن له أن يقتلع عن جذوره .

ولقد حرص المشروع على أن يساير آخر ما وصل اليه الفكر القانوني المعاصر ، مزيلا كل العقبات التشريعية التي تقف أمامه . وهذا ما دعاه الى أن يركز المسؤولية عن الضرر الناتج بفعل الأشياء كلها في نص واحد ، عقارات كانت أم منقولات ، حيوانات كانت أم جادات ، بنايات كانت أم غير بنايات ، وإن اشترط فيها جميعا أن تكون من الأشياء التي يخشى على الناس أذاها ، والتي تتطلب لذلك عناية خاصة ممن يتولى أمرها ويسيطر عليها .

فيعرض المشروع في المادة ٢٤٣ ، للمسئولية عن الضرر الناتج بفعل الأشياء الخطرة ، وهى تلك التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الأذى منها للناس في أرواحهم أو أموالهم .

وهو ، في تقريره هذه المسؤولية ، لا يفرق بين الأشياء حسب طبيعتها من الحركة أو الثبات أو من الحياة أو الموت . فحسب الشيء ، لكنى تثبت المسؤولية عن الضرر الناتج عنه ، أن يكون ، نتيجة ذات طبيعته أو وضعه ، مما يتميز بالخطورة ، من حيث أنه يعرض الناس للخطر في أرواحهم أو في أموالهم ، وسواء بعد ذلك أن يكون منقولا أم عقارا ، حيا أم جمادا ، بناء أم غير بناء . وإذا كان المشروع قد جاء ، في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٣ ، يخصص بالذكر أشياء معينة على اعتبار انها تتسم بالخطورة وتتطلب لذلك عناية خاصة لمنع وقوع الأذى منها ، فما ذلك الا على سبيل التمثيل لا الحصر ، مراعاة منه أن هذه الأشياء هى التي تحدث في واقع حياة الناس أكثر ما يلاقونه من صرف الأذى .

النفس أو عن عمل الغير . فإن ثبت أنها عن عمل هذا الغير ، فعندئذ تتشغل مسؤوليته مسئولية ضمان ، شأنها في ذلك شأن مسئولية المكلف بالرقابة عن فعل خاضعه ومسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

وغنى عن البيان أن المسؤولية التي تقرها المادة ٢٤٢ لا تقوم الا عن الضرر الناتج من الاشياء التي تلقى أو تسقط من المسكن أو نحوه . فهى لا تقوم عن الضرر الناتج عن سقوط أجزاء البناء ، كئوائفه أو احجاره أو زجاجه .

وتقوم مسؤولية رب المكان عما يلقى أو يسقط منه ما لم يثبت أن ذلك راجع لسبب اجنبى عنه لا بد له فيه من قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أو فعل المضرور أو فعل الغير .

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤٢ من المادة ٢٤٦ من مشروع تقنين القانون المدنى المصرى ، والمادة ١٨ من قانون العمل غير المشروع الكويتى العالى ، والمادة ٢٣٠ مدنى عراقى ، والمادة ١٩١٠ أسباني ، والمادة ١٥٠ من القانون البولونى ، والمادة ١٥٢٩ من القانون البرازيلى .

على أن المشروع أدخل على صياغة هذه النصوص تعديلات ثلاثة جوهرية . فمن ناحية أولى ، خالف المشروع قانون العمل غير المشروع الكويتى الحالى والقانون العراقى ، حيث يجعل سبيل خلاص رب المكان من المسؤولية هو السبب الأجنبي وحده ، اعتبارا بأن هذه المسؤولية لا ينبغي أن تقل عن تلك الناتجة عن الأشياء الخطرة المقررة بمقتضى المادة ٢٤٣ من المشروع .

ومن ناحية ثانية ، خالف المشروع القوانين السابقة كلها ، حيث لم يقصر مثلها المسؤولية على ساكن المكان ، وإنما عممها على كل من يشغله لأغراض أخرى ، وهو بذلك يتفادى عيبا لم يفت الفقه الكويتى أن يبرره .

ومن ناحية ثالثة ، صرح المشروع بإعطاء رب المكان الحق في الرجوع بما يدفعه للمضرور من تعويض على من يفلح في اثبات أن الشيء قد تلقى أو وقع بخطئه .

٣ - المسؤولية عن الضرر الناتج عن الأشياء :

يعالج قانون العمل غير المشروع المسؤولية عن الحيوان وعن الثبات وعن الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة كلا منها على حده ويخصصها بحكم على استقلال (المواد ١٦ و ١٧ و ١٨) متأثرا في ذلك بالقوانين العربية التي اتخذها مصدرها له .

بيد أن المسؤولية عن ضرر الحيوان ، في القانون المعاصر ، تكاد أن تندمج تماما ، في المسؤولية عن الضرر الناتج عن الأشياء بوجه عام ، حتى باتت التفرقة ، في هذا المجال ، بين

يسيطرون عليها لحساب أنفسهم .

فإن لم يحم مالك الشيء أو حارسه ، في وقت مناسب ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء خطر الشيء ، جاز لمن يتهدده أذاه ، أن يحصل على ترخيص من القضاء في إجرائها بنفسه على حساب مالكه أو حارسه ، على أن يتحلى بنقمتها متضامنين . ولا محل لأذن القاضى في حالة الاستعجال .

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٤٤ من القانون المصرى (المادة ١٧٧ / ٢) والقوانين العربية الأخرى التي سارت على نهجه ومن بينها قانون العمل غير المشروع الكويتى (المادة ١٧ / ٢) .

وإذا كان المشروع ، في إيراد المادة ٢٤٤ ، قد استوحى القوانين السابقة ، إلا أنه أدخل في سبيلها تعديلات جوهرية ، وذلك من حيث الصياغة والمضون . وتتركز هذه التعديلات في نواح ثلاث :

(الأولى) عمم المشروع فكرة تمكين الناس من درء الخطر الذى يتهددهم من الأشياء . فلم يقصرها على البناء ، كما هو الشأن فى القانون الكويتى الحالى وغيره من كافة القوانين الأخرى . فليس لانتفاء البناء بالحكم أى مبرر . إذ أنه يمكن لغيره من الأشياء ، أيا ما كان نوعها وأصلها ، أن تهدد بدورها الناس بالخطر ، كمنجرة مائلة تتدثر بالوقوع ، أو كلب شرس لم يحكم صاحبه طريق الوقاية من أذاه .

(الثانية) لم يقف المشروع عند حد جعل الالتزام باتخاذ التدابير اللازمة لدرء ضرر الشيء على مالكه ، وإنما جعله أيضا على حارسه ، في الاحوال التي يكون فيها الحارس غير المالك . فكون الالتزام يشتل المالك وحده لا يعدو أن يكون أثرا لفكرة قديمة تجاوزها الزمن ، مؤداها أن المسئولية عن ضرر الشيء تقع على مالكه ، في حين أنها أصبحت اليوم على حارسه . فظالما أن حارس الشيء أصبح هو الذى يتحمل بالمسئولية عما ينجم عنه من ضرر ، وجب أن يتحمل بالالتزام باتخاذ التدابير التي من شأنها أن تمنع حدوث هذا الضرر منه . ومع ذلك فقد ارتأى المشروع أن يشتل أيضا بالالتزام كاهل المالك الذي جانب الحارس ، وهو بعد ذلك وشأنه مع هذا الأخير . وقد دعاه الى ذلك ما لاحظته من أنه قد تتعدت معرفة الشخص الذى تكون له حراسة الشيء ، في وقت لا يحتمل الكثير من التأخير .

(الثالثة) أعفى المشروع الشخص الذى يتهدده الخطر ، في حالة الاستعجال ، من الحصول على إذن القاضى في ابتداء ما يلزم من التدابير اللازمة لدرءه على نفقة حارسه ومالكه ، تحقيقا للمصلحة من وجه ، وتشبيها مع القواعد العامة في التنفيذ العينية للالتزام من وجه آخر .

وقد ارتأى المشروع أن يركز المسئولية عن الاضرار الناجمة عن الأشياء الخطرة في نص واحد ، ليوحد الحكم فيها ، دون اعتبار طبيعتها أو كلفيتها وقوع الضرر منها . وهو بهذه المثابة يسوى في الأثر بين الضرر الناجم بفعل الحيوان ، وبين الضرر الناجم بفعل الآلات وغيرها من الجمادات ، وبين الضرر الواقع بسبب البناء ، من جراء سقوطه أو غير ذلك من بقة أخطاره . وقد حدا بالمشروع الى ما فعله ما لاحظته من أن التفرقة في الحكم بحسب ما إذا كان الضرر ناجما بفعل الحيوان أو البناء أو غير ذلك من كافة الأشياء الخطرة الأخرى ، لا يرجع الا لاعتبارات تاريخية فقدت اليوم المبرر والمسوغ ، الأمر الذى دعا الفكر القانونى المعاصر الى أن يعمد الى تبذره .

وقد آثر المشروع أن يساير الفكر القانونى المعاصر ، الذى سبق المشرع الكويتى أن التزمه في قانون العمل غير المشروع الحالى ، فجعل المسئولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء على حارسها . فالحراسة وايمت المكية ، هى مناط المسئولية ، وإن كان يفترض في مالك الشيء أنه حارسه ، ما لم يتم الدليل على غيره .

والمقصود بالحراسة على الشيء ، هو السيطرة الفعلية عليه التى تمكن صاحبها من الهيمنة والتسلط عليه لحساب نفسه ، بحيث يكون زمامه في يديه ، ولو لم تستند الى أساس من القانون ، وإنما قامت من حيث الأمر الواقع فحسب .

وتبقى الحراسة على الحيوان ثابتة لمن له السيطرة الفعلية عليه حتى لو ضل أو تسرب ، وذلك حتى يتسلط عليه شخص آخر غيره ، ويسيطر عليه لحساب نفسه .

وتلزم المسئولية حارس الشيء عن الضرر الناجم عن فعله ، ما لم يثبت أنه قد حدث بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه ، ولم يكن له من سبيل الى تفاديه ، من قوة قاهرة ، أو حادثة مفاجئة ، أو فعل الضرور أو فعل الغير .

ويعرض المشروع ، في المادة ٢٤٤ ، للحالة التى يكون فيها الشخص مهددا بضرر يأتى من شيء معين يملكه أو يسيطر عليه غيره . وفي مثل هذه الحالة ، يتعدى القول بقيام المسئولية عن العمل غير المشروع ، ومع ذلك فالغير يكون في درء هذا الضرر قبل وقوعه .

وفي سبيل درء الضرر الذى يتهدد الناس من شيء معين ، يقرر المشروع لكل شخص ممن يكونون تحت طائلة الخطر الحق في أن يطالب مالكه أو حارسه ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لمنع وقوع الأذى منه ، اعتبارا بأن كلا من مالك الشيء أو حارسه يتحمل بالالتزام يفرضه القانون عليه بعدم تعرض الناس للخطر في أرواحهم أو أموالهم من الأشياء التى يملكونها أو

(ثانياً) تعويض الضرر عن العمل غير المشروع :

ترسى المادة ٢٤٥ الأصل العام بالنسبة الى من يتولى تحديد التعويض في طبيعته ومداه، وتلقى هذه المهمة على القاضي، اذا لم يتفق صاحبا الشأن - وهما المضرور والمسئول على تحديده بنفسهما .

فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق المضرور والمسئول على التعويض في طبيعته ومداه . فمثل هذا الاتفاق يقع صحيحاً ، بشرط أن يجريه بعد قيام المسئولية ، لا قبله .

وتعرض المادة ٢٤٦ لطبيعة التعويض الذي يحكم به القاضي ، مقررة في الفقرة الاولى ، أنه يكون بالتقديرات على أن تقدير التعويض بالتقديرات لا يمنع القاضي من أن يستجيب لطلب المضرور في أن يكون التعويض عينياً ، كلما كان ذلك ممكناً ، فالتعويض العيني هو الأصل . وأن قام التعويض التقديري عنه بديلاً ، فما ذلك الا لانه يقع متعذراً في الغالب من الحالات . فان تيسر ، وطالب المضرور به ، جاز للقاضي أن يستجيب للمضرور ، فيحكم له بأى أداء يكون من شأنه ان يصل به اليه ، كأن يحكم له بالزام المسئول برد الشيء الى أصله ، أو أن يؤدي له عين ما غصبه منه أو شيئاً آخر يماثله أو أن ينشر في الصحف ما يكون من شأنه أن يعلم الناس بعدم صدق منسبه اليه ، ودا لاعتباره .

وتعرض المادة ٢٤٧ الى التعويض الذي يحكم به القاضي وهي تقرر ، في الفقرة الاولى ، ان القاضي يقدر التعويض في مدها بالتقدير الذي يراه جابراً للضرر ، وفق ما تحدده المادتان ٢٣٠ و ٢٣١ .

فمقدار التعويض يتحدد بتدر ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ، اذا كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ، بأن لم يكن في التدوير تضاديهما يبذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادى ، وسواء بعد ذلك ان يكون الضرر مادياً أو أدبياً .

فإذا لم يتيسر للقاضي ، عند الحكم ، أن يحدد مدى الضرر بصفة نهائية ، فانه يجوز له ، وفق ما تقضي به الفقرة الثانية ، أن يحكم للمضرور بالتعويض عما تحقق بالفعل من عناصر الضرر ، ويحتفظ له بالحق في أن يطالب مستقبلاً ، في خلال مدة يحددها ، بإعادة النظر في التقدير ، ليشمل التعويض العناصر الاخرى التي يمكن لها أن تتحقق في تاريخ لاحق .

وبعرض المشروع ، في المواد ٢٤٨ و ٢٥١ ، للتعويض عن ذات اصابة النفس ، مما تستمق عنه الدية وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية .

وتأتي المادة ٢٤٨ لتقضي بأن هذا التعويض يتحدد بتدر جزافي يقدره القاضي سلباً ، وهو ما يمثّل في الدية الشرعية

نفسها . والمشروع اذ يفعل ذلك ، يخالف الاصل العام المقرر في القانون المعاصر المتمثل في ترك تحديد مقداره التعويض لمحكمة ، لينتج معنى الثقة الاسلامي القاضي بأن يكون التعويض بقدر الدية ، كاملة كانت أم في جزء منها . وهو عين الحكم الذي يقدره قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العن غير المشروع الكويتي الحالي (المادة ٢١) . ولم ير المشروع الا أن ياتزمه ويسايره .

والتعويض عن ذات اصابة النفس يتحدد بالدية طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية . وحاصل هذا ، بادى ، ذى بدء ، أن ذلك التحديد لا يكون الا حيثما تكون اصابة النفس مما يمكن ان تقوم عنها الدية أو الارش ، فان لم تبلغ الاصابة مبلغ ما تدفع عنه الدية أو الارش ، وفق ما تقضي به احكام الشريعة الاسلامي ، وينص عليه جدول الديات الصادر ببرسوم ، فان استوفى عنها يكون وفق ما يقدره القاضي حسب ما يراه جابراً للضرر . ويتفق هذا الحكم مع ما يقول به الفقه الاسلامي من أن في قطع الاعضاء والذبح التي تصيب الانسان فتنتقص من المنفعة أو الجمال ، والتي لا يوجد فيها قصاص ، وليس لها دية أو أرش مقدر شرعاً ، تجب غرامة متروكة لتقدير القاضي ، وتسمى حكومة العدل ، مثال ذلك كسر غير السن من العظام وما كان بسيطاً من الصدوش والجراح وقد آثر المشروع أن ينحو نحو قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع القائم ، فلا يفرق في استحقاق الدية ، باعتباره تعويضاً عن ذات اصابة النفس ، لجنس أو لسن أو لدين أو لجنسية أو لاي اعتبار آخر . فانسان كلهم في ذلك سواسية : المرأة كالرجل ، والصغير كالكبير ، والعظيم كالبيسط ، والذمي كالمسلم ، والعربي كغير العربي . والمشروع اذ يخالف في ذلك بعض ما ورد في أقوال فقهاء المسلمين ، حين فرقوا في مقدار الدية بسبب الذكورة والانوثة والدين والحرية ، الا أنه قد أدخل في اعتباره ما أخرجه البيهقي عن الزهري من أن دية النصراني واليهودي كانت مثل دية المسلم في زمن النبي وأبي بكر وعثمان ، وأنها لم تنتص الى النصف الا في عهد معاوية ، حيث أخذ نصفها الاخر لبيت المال . ثم انه قد روى عن ابن عليه وأبي بكر الاصم أنهما قالا : بخلاف رأى الجمهور ، أن دية المرأة كدية الرجل مستثنين الى قول الرسول : « في النفس المؤمنة مائة من الابل » ، دون تفرقة بين الرجل والمرأة .

والدية لا تتمثل تعويضاً الا عن ذات اصابة النفس . وهي بهذه الالة لا تسحق من التعويض ، وفق ما يقدره القاضي ، من ثلاثة عناصر الضرر الاخرى : ان تواجبت كالضرر المادي ، عن التدوير عن الكسب وفقد العائل ومصروفات العلاج والالام حسية كانت أم نفسية ، وغير ذلك كله من كافة صرف الاذى

وقد أجاز المشروع ، في الفقرة الثانية من المادة ٢٥١ ، أن يصدر برسوم جدول للديبات وفق أحكام الشرع الاسلامي ، تتحدد بمقتضاها حالات استحقاق الدية كليا أو جزئيا . وقد أثار أن يسلك هذا السبيل لما لاحظته من أن الأمر يستدعي تفصيلات يضيق عنها القانون .

وتعرض المادة ٢٥٢ للصورة التي يمكن للقاضي أن يحكم بأن يؤدي المسؤول التعويض عليها . قالى جانب الصورة العادية التي يجيى عليها أداء الحكم بالتعويض ، والمتشكلة في الزام المسؤول بأدائه فوراً ومنجزاً ، فإنه يسوغ للقاضي أن يحكم بإداء التعويض على أقساط معينة يحددها . كما أن له أن يحكم بإداء التعويض على هيئة ايراد يرتب للمضروب لمدة معلومة أو لمدى الحياة .

وإذا حكم القاضي بأن يكون أداء التعويض على أقساط ، أو في صورة ايراد مرتب ، فإنه يجوز له ، إذا رأى لذلك مقتضياً ، أن يحكم بالزام المسؤول بتقديم تأمين كاف يضمن للمضروب استيفاء ما أجل من التعويض

وتواجه المادة ٢٥٣ المدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع ، وهي ترسمي ، في الفقرة الاولى ، الاصل العام المتمثل في وجوب رفع تلك الدعوى خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت علم الضرر بالحاصل له وبين يجعله القانون مسئولاً عن تعويضه ، او خلال الخمس عشرة سنة التالية لوقوع العمل الضار ، أي المدتين أقصر . فإذا لم ترفع الدعوى خلال أي من هاتين المدتين ألصّر ، وبعبارة أخرى ، أي من هاتين المدتين تنقضي أولاً ، فإنها تسقط إذا تمسك بذلك المسؤول بطبيعة الحال .

وتورد المادة ٢٥٣ ، في فقرتها الثانية ، استثناء على الاصل العام الذي تقرره في فقرتها الاولى ، في صدد دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع الذي يتمثل في نفس الوقت جريمة جنائية ، قاضية بارتباط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية في هذه الحالة ، بحيث تبقى الاولى ما بقيت الثانية قائمة ، حتى لو اقتضت المدة المحددة لها بحسب الاصل .

والحكم الذي يقره المشروع ، في المادة ٢٥٣ ، يتفق في مجموعه مع ما تقضي به المادة ٣٢ من قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الحالي ، وإن كان المشروع قد أدخل عليها بعض اتعديلات في الصياغة والمضمون اقتضتها الملاءمة . ويعرض المشروع في المادة ٢٥٤ ، لاتفاقات الاعضاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع ، مقرراً بطلانها ، سواء أكان الاعفاء كليا أم جزئياً ، كما كان الاتفاق حاصلًا قبل قيام المسؤولية ذاتها . وهو في ذلك نحو منحي القانون المصري

التي تلحق الناس في أنفسهم أو في أموالهم . وقد حرصت المادة ٢٤٨ على أن تبرر هذا الحكم دفعا لاية مظنة .

وتقرر المادة ٢٤٩ أن الدية لا تدخل في الضمان العام لدائني المستحق ، ما بقيت مستحقة له على من يلتزم بأدائها . وقد راعى المشروع في ذلك أن الدية تستحق اما عن ازهاق الروح ، واما عن اصابة تلحق الجسد . وهي بهذه المثابة تستحق عن أمور محض شخصية ، فلا ينبغي أن يسمح للدائنين أن تمد يدهم اليها ، ابتغاء استيفاء ديونهم منها ، طالما أنها لم تدفع بعد الى مستحقها . ويترتب على اخراج الدية من الضمان العام المقرر للدائنين ، طالما بقيت مستحقة لم تدفع ، أن هؤلاء لا يستطيعون الحجر عليها لدى الملتزم بها ، ولا أن يطالبوه بها باسم مدنيهم ونياية عنه بمقتضى الدىوى غير المباشرة . أما اذا دعت الدية بالفعل لمن يستحقها ، فإنها تختلط بأمواله ، وتدخل بذلك في الضمان العام لدائنيه .

وتظهر أهمية الحكم الذي تقرره المادة ٢٤٩ ، على وجه الخصوص ، في حالة استحقاق الدية عن ازهاق الروح ، حيث تتمثل تركة بتفاسها الورثة دون أن يكون لدائني المصاب أن يستوفوا منها ديونهم .

وتقضى المادة ٢٥٠ بأن الدية التي تستحق عن فقد النفس تعتبر تركة بتفاسها الورثة وفقاً لاصحابهم الشرعية ، وهو الحكم الذي يقول به الفقه الاسلامي ، اعتباراً بأن الدية المستحقة للمتوفي عن وفاته تدخل في ماله . وقد سبق لقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع أن ساير هذا الحكم (المادة الاولى) . ولم يشأ المشروع الا أن يلتزمه . ويأتي المشروع ، في المادة ٢٥١ ، ليرض لمقدار الدية ، محددًا اياه بعشرة آلاف دينار . وإذا كان الاصل في الدية أنها تتحدد ، وفق أحكام الشرع الاسلامي ، بماثة من الابل ، فليس يوجد ، في ظل هذا الشرع الاغر ، ثمة ما يمنع من أن يتحدد مقدارها بالتقود .

وقد أجاز المشروع تعديل مقدار الدية التقدي الذي حدده بغيّة اتاحة الفرصة في التمكين من جعله متمشيًا دوماً مع مستوى الاسعار . وتعديل مقدار الدية التقدي مبدأً مسلم في الفقه الاسلامي . ودليل ذلك ما روى من أن الدية كانت في عهد الرسول ، عليه أفضل صلوات الله ، ثمانمائة دينار أو ثمانية الاف درهم ، وانها بقيت كذلك حتى استخلف عمر ، فرأى ان اثمان الابل قد ارتفعت ، فزاد الدية الى الف دينار أو اثني عشر الف درهم (المهذب ج ٢ ص ٢١٠) ، وقد آثر المشروع أن يجعل تعديل مقدار الدية برسوم ، توخيا للسرعة واليسر في اجرائه .

في الفقه الاسلامي، ومؤداها أن المباشر ضامن ولو لم يتعد أو يتعد، وإن لم يطبقها.

ولم يرد المشروع أن يتفق عند الخطوة التي خطاها القانون الكويتي الحالي، على جليل خطرها وعظيم نفعها، بل أتر أن يسير في طريق ضمان الدم المسفوك خطوة أخرى لا تقل عن الخطوة التي سبقتها أهمية ولا نفعاً، وتتركز هذه الخطوة الجديدة في وجوب ضمان الدم المسفوك في الحالة التي يبقى فيها المسئول أو الضامن مجهولاً، ويتعذر بذلك على صاحبه الوصول الى جبره تعويضاً أو ضماناً. وهي حالة من المؤسف أن تكون شائعة الوقوع في دولة الكويت، شأنها في هذا شأن غيرها من بلاد الدنيا قاطبة. والاحصاءات الرسمية على ذلك خير شهيد.

والمشروع، اذ يعتمد الى ضمان الدم المسفوك، عندما يتعذر على صاحبه الوصول الى جبره تعويضاً أو ضماناً، بسبب عدم الوصول الى معرفة المسئول أو الضامن. فهولا يفعل أكثر من أن يسار التشرع الاسلامي الاغر فيما يقضى به من التزام بيت المال بدفع دية من يتعذر معرفة المسئول عن دمه قصاصاً أو دية.

وإذا كان من الممكن أن تقوم الدولة بالتعويض عما يصيب الناس من أضرار، اذا تعذر الوصول الى معرفة المسئول عنه، سواء الحققت هذه الأضرار النفس أم المال، إلا أن المشروع أتر مع ذلك أن يتفق اليوم، شأنه في ذلك شأن غيره من كثير من القوانين الحديثة في أوروبا وأمريكا وإستراتيا، بالوقوف عند الضرر الذي يلحق النفس، وهو الأخطر والأهم، حتى اذا ما استقر المبدأ واستوعبته حضارة الجيل، أمكن بعد ذلك النظر في تعميمه.

وتيسط المادة ٢٥٥ القاعدة العامة في ضمان أذى النفس، مما يستوجب الدية وفقاً لاحكام الشرع الاسلامي وما يتضمنه جدول الديات، ملقبة غرمة على من يكون قد باشره، وهي في ذلك عمدت الى أن تسار الفقه الاسلامي، مستلهمة منه قاعدته الاساسية التي تسود نظام الضمان فيه، ومؤداها أن المباشر ضامن ولو لم يتعد أو يتعد.

وإذا كانت المادة ٢٥٥ قد لجأت الى الفقه الاسلامي تعرف من معنيته القياض قاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعد أو يتعد، إلا أنها لم تعمل هذه القاعدة على اطلاقها. فقد قصرتها على أذى النفس دون تلف المال بل على ما تجب فيه الدية من أذى النفس دون غيره مما عداه من صروفه. ثم انها تطلبت لاعمالها أن يكون الضرر قد بوشر بشيء من الاشياء التي تتطلب لخطورتها عناية خاصة ممن يتولى أمرها، كسيارة ونحوها. وفضلاً عن هذا الامر وذاك، فإن المشروع، في المادة ٢٥٨ قد قيد تطبيق القاعدة الاسلامية العريقة، شأنها في ذلك شأن حالات ضمان أذى النفس الاخرى، بعدم وقوع الضرر نتيجة تعمد المصاب الحاق

(المادة ٢١٧/٣) وغيره من قوانين البلاد العربية الاخرى التي سارت على نهجها، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٨/٣).

على أن الذي يبطل هو الاتفاق الذي يعنى كليا أو جزئياً من المسئولية عن العمل غير المشروع والذي يرم قبل قيامها. فان جاء الاتفاق بعد قيام المسئولية بالفعل، فانه يقع صحيحاً. لانه، في مثل هذه الحالة، لا يعدو أن يكون نزولاً من المضرورة كليا أو جزئياً عن حقه في التعويض بعد وجوده. والنزول عن الحق بعد قيامه يقع صحيحاً، طالما توافرت فيه الشروط التي تقتضيها القواعد القانونية العامة.

الفرع الثاني - ضمان أذى النفس

(الواد ٢٥٥ - ٢٦١)

يستهدف المشروع، بالاحكام التي يوردها في باب ضمان أذى النفس، الحفاظ على الدم المسفوك من أن يضع هدراً، بحيث يضمن للمصاب دمه، في الاحوال التي تقع فيها احكام المسئولية عن العمل غير المشروع عن التعويض عنه، وذلك ما لم يكن المصاب قد عد الى اهدار دمه بنفسه او صدر منه ما يتدنى الى مرتبته، وما لم يكن الشخص قد أحدث بغيره الضرر حالة كونه يدافع شرعاً عن نفسه او ماله أو عن نفس الغير أو ماله.

والمشروع اذ يستهدف تلك الغاية، يروم أن يتجاوب مع احكام الشريعة الاسلامية الغراء، فيما تضمنته من مبدأ أساسي هام، تركز في القول المأثور عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه « لا يطل دم في الاسلام ».

وإذا تأتت القواعد التقليدية في ظل القانون المعاصر، والتي ما فتئت قوانين أكثر بلادنا العربية تتزمتها، تقف في تقرير المسئولية عن الدم المسفوك عند الحالة العادية التي تكون نتيجة خطأ يقع من شخص معلوم أو ما هو في حكم الخطأ، فان المشروع تعدى ذلك ليعرض لحالة اخرى شائعة في واقع الحياة وهي التي يسفك فيها الدم بفعل شخص معلوم، ولكن من غير أن يقع منه خطأ أو ما هو في حكمه، مقرراً الجزاء على من يكذب قد باشر سفك الدم، لمجرد انه باشره. على أن المشروع هنا، اذ يقرر تحصيل المباشر بغير الدم المسفوك فهو يقصر حكمه على من يكون قد باشر الضرر بشيء مما يتطلب لخطورته على الناس عناية خاصة كالسيارات ونحوها من المركبات بل وغير ذلك من كل شيء خطر آخره. كما يقصر الجزاء على ما يكون للضرر الناشئ عن الإصابة في النفس ذاتها. وقد أراد بذلك أن يمتي مسارا لقانون العمل غير المشروع الكويتي الحالي. وكذلك فانه يتمشى، في هذا الخصوص، مع القاعدة الاصلية التي تسود نظام الضمان

الدولة، ما لم يثبت أن المصاب أو أحدا من ورثته قد أدى بخطئه الى عدم معرفة المسئول أو الضامن على حسب الأحوال . وبهذا الحكم تمثل الدولة الملائذ النهائي لضمان الدم المسفوك . وهو من بعد حكم يتشتمل مع ما يقضى به الشرع الاسلامي من أن يبت المال يضمن، حيث لا يعرف من يتحمل بالقصاص أو الدية، اعتبارا بأنه لا يطل دم في الاسلام .

وتقرر المادة ٢٥٦، في فقرتها الثانية، سقوط دعوى الضمان التي ترفع على الدولة بمرور ثلاث سنوات من وقت وقوع الحادث .

وتضع المادة ٢٥٧ قيدا عاما على جميع حالات ضمان أذى النفس، مؤداه أن هذا الضمان لا يستحق، اذا أثبت المدعى عليه أن المضرور قد تمعد اصابة نفسه، أو أن الإصابة قد لحقته مسوغه . فالشخص الذي يتعمد أن يلحق بنفسه الاذى يعتبر أنه أهدر دمه بنفسه، فلا يتوجب الرجوع على غيره بضمانه . ويأخذ حكم المعد سوء السلوك الفاحش المقصود . وهو خطأ يتدنى الى حد يجعله غير معترف .

وتعرض المادة ٢٥٨ للجزاء المترتب على ضمان أذى النفس في جميع حالات وجوبه، قاصرة اياه على الدية كاملة كانت أم في جزء منها، على حسب الأحوال، ووفقا لاحكام الشرع الاسلامي، وما يتضمنه جدول الديات، ومع مراعاة تحديد مقدار الدية الكاملة على نحو ما تقضى به المادة ٢٥١ .

وتحفظ المادة ٢٥٩ للمضرور حقه في الرجوع بدعوى المسئولية عن العمل غير المشروع، اذا توافرت شروطها، ليستوفي التعويض عن عناصر الضرر الاخرى غير اصابة النفس التي يكون قد أخذ الدية عنها، وذلك ما لم يثبت أنه، باقتضاره على طلب الدية، قد نزل عن حقه في الرجوع بالتعويض عن غير اصابة النفس من صرف الضرر .

وتظهر فائدة الحكم الذي تتضمنه المادة ٢٥٩، على وجه الخصوص، في الحالة التي يتقن فيها المضرور مؤقتا بدعوى الضمان، بسبب تعذر معرفة من يتحمل بالتعويض الكامل اعمالا لاحكام المسئولية عن العمل غير المشروع، ثم يتوصل الى معرفته . ففي مثل هذه الحالة، يستطيع المضرور أن يرجع بدعوى المسئولية، طالبا جبر كل صرف الضرر، باستثناء اصابة النفس التي أخذ الدية عنها، حيث يعطى من أداها له محلها فيها، وفقا لحكم المادة ٢٦٠ .

وتعرض المادة ٢٦٠ للحالة التي تقوم فيها الدولة بدفع الدية للمضرور اعمالا لحكم المادة ٢٥٦، معطية اياها حق الحلول القانوني محل المضرور في استيفائها ممن يلتزم بها .

وتمنح المادة ٢٦٠، في فقرتها الثانية، حق امتياز الضمارة العامة للمبلغ الذي ترجع به الدولة على المسئول، في مقابل

الاذى بنفسه، أو نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانبه . والمشروع، اذ يجعل اعمال قاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد تحت طله، في حدود هذه القيود الثلاثة السابقة، لم يفعل الا أن يسائر قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الحالي، فيما قضت به المادة ١٩ مكرر منه .

والى جانب تلك القيود الثلاثة، صرح المشروع بقيد آخر، فتطلب لثبوت الضمان، ألا يكون مباشر الضرر قد اتاه وهو ملتزم حدود الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير . وماله . وقد حدثت به الى التصريح بهذا القيد وغيته في أن يتشتمل مع تلك القاعدة الاسلامية العريضة القاضي بأن الجواز ينافي الضمان .

وإذا كان من شأن اعمال المادة ٢٥٥ أن يقرر ضمان أذى النفس على المباشر، وكان مؤدى هذا الضمان، وفقا لما تقرره المادة ٢٥٨ من المشروع، أن يقتصر الجزاء على الدية وحدها، كاملة كانت أم في جزء منها، فإن المضرور قد يرى مصلحته في الرجوع بدعوى المسئولية عن العمل غير المشروع، اذا توافرت في شأنه مقوماتها . وبهذه المثابة تستل دعوى ضمان أذى النفس المنصوص عليها في المادة ٢٥٥ مجرد دعوى احتياطية تسعف المضرور، في نطاقها الضيق المحدود، حيث تقصر احكام المسئولية عن العمل غير المشروع عن أن تصل به الى التعويض الكامل الشامل . ولكن الاحتياط هنا من جانب المشروع . وليس يوجد ما يمنع المضرور من أن يلجأ الى دعوى الضمان عن اذى النفس على أساس المباشرة، حتى لو كان في مكنته الرجوع بدعوى المسئولية عن العمل غير المشروع، اذا ارتأى هو ذلك . فمن يملك الاكثر يملك الاقل . وهذا ما حدا بالمشروع الى أن يبعد، من صياغة نص المادة ٢٥٥، العبارة التي تضمنتها المادة ١٩ مكرر من قانون العمل غير المشروع الحالي، والتي مؤداه أن حكمها لا يطبق الا اذا لم تتوافر شروط المسئولية التقصيرية بعد أن أثار بعض اللبس في احكام القضاء الكويتي .

وأساس اعمال حكم المادة ٢٥٥ هو مباشرة الضرر . وقد حرص المشروع على ألا يعرض لتعريف المباشر، حتى يترك باب الاجتهاد في خصوصه مفتوحا على مصراعيه، من غير قيد أو توجيه . وانما ينبغي هنا أن يكون الاجتهاد في اطار الفقه الاسلامي، واعتبارا بأنه المصدر التاريخي فانه مما يمرض للزلل أن يفسر حكم استقى من الفقه الاسلامي على ضوء قواعد أو نظريات تردت الى القانون المعاصر وهو عنها غريب .

ويعرض المشروع، في المادة ٢٥٦، للحالة التي يقع فيها الضرر على النفس، مما يستوجب الدية وفقا لاحكام الشرع الاسلامي وما يتضمنه جدول الديات المنصوص عليه في المادة ٢٥١ . ويتمتع فيها على المضرور الرجوع بالمسئولية أو بالضمان، لعدم معرفة المسئول أو الضامن، ليلقي فيها غرم الضمان على

ومن قبله القانون المصري وغيره من القوانين العربية التي استوحته .

ويترب على الاثراء على حساب الغير بدون سبب مشروع نشأة الالتزام في ذمة المثري لصالح المقتتر ، بما يرفع عن هذا الاخير افتقاره ، في حدود ما عاد من نفع على غيره من وهكذا تتحدد دعوى الاثراء بمقدار ما عاد على المثري من نفع ، وما لحق المقتتر من خسارة ، أي القيمتين أقل .

وتعرض المادة ٢٦٣ لوقت رفع دعوى الاثراء ، مقصره أنها تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المقتتر بحقه في التعويض ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشأة هذا الحق ، أي المدتين أقرب . وعلم المقتتر بحقه في التعويض يتضمن بطبيعة الحال معرفته بين يسوغ له الرجوع به عليه .

(اولا) تسلم غير المستحق :

حظي نظام تسلم غير المستحق من المشروع بالكبير من اهتمامه ، شأن المشروع في ذلك شأن قوانين عديدة في البلاد المختلفة ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي الحالي . وإذا كان المشروع قد أضفى على النظام اسم « تسلم غير المستحق » فهو لم يفعل عن أنه كثيرا ما يطلق عليه في الفكر القانوني اسم « دفع غير المستحق » أو « دفع ما لا يجب » . فهو يطرح هذه التسمية الأخيرة إذ أنها تنظر الى الامور من زاوية الدافع الذي يقع ضحية الافتقار . وذلك في حين أن الذي يولد الالتزام بالرد هو تسلم القابض للشيء ، اعتبارا بأنه ينهض اثره له . ومن هنا كانت الافضلية لاصطلاح « تسلم غير المستحق » ، أو « أخذ غير المستحق » . وهو ما يتسق على وجه أدق وأوفى من ذلك الذي يصفى على النظام المبدأ : « الاثراء دون سبب » . وقد شجع المشروع على ما اتجهه ما لاحظته من بدء شيوع التسمية التي تخيرها في الفكر القانوني المعاصر .

وترسي المادة ٢٦٤ الاصل العام لنظام تسلم غير المستحق، قاضية بأن كل من تسلم شيئا لا يكون مستحقا له يلتزم برده .

والمقصود بالاستحقاق هنا ليس هو استحقاق الشيء ذاته للتسليم ، وإنما استحقاق تسلمه . فقد يكون الشيء مستحقا في ذات نفسه لمن تسلمه ، ومع ذلك يلتزم هذا برده ، إذا لم يقع تسلمه اياه على النحو القانوني السليم ، كما لو وقع الوفاء باطلا بسبب انعدام أهلية الموفى ، أو كان هذا الوفاء غير نافذ في مواجهة دائتي التسلم ، بسبب اعمسال دعوى عدم نفاذ التصرفات أو بسبب حصول الوفاء بعد الحكم بشهر الافلاس .

والعبرة بالنسبة الى عدم الاستحقاق في بالنظر اليه من

الدية التي تكون قد دفعتها للمضور ، وذلك مراعاة للمصلحة العامة .

ويضع المشروع ، في المادة ٢٦١ ، ضمان أذى النفس لاحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع التي اوردتها في المواد من ٢٥٤ الى ٢٦٧ فيما لا يتعارض مع الاحكام التي خصها هو به .

الفصل الرابع

الفصل النافع

أول الأثر: دون سبب على حساب الغير

(المواد ٢٦٢ - ٢٧٨)

أخذ قانون التجارة الكويتي عن القانون المصري بنظام الاثراء دون سبب ، كصدر عام منشىء للالتزام . وأخذ المشروع بدوره بذلك النظام أيضا باعتباره مصدرا عاما منشئا للالتزام على نفس المستوى مع المقدم والفعل الضار ، بادئا بتقريره كنظرية عامة مطلقة التطبيق ، ليتناول بعد صورتين خاصتين له ، وهما تسلم غير المستحق والفضالة .

وتعرض المادة ٢٦٢ لنظام الاثراء دون سبب ، أو نظام الاثراء غير المشروع ، كما يطلق عليه في بعض الاحيان ، فتنكر فكرته وتركز شروطه وآثره . فهي ، من ناحية أولى ، ترسي مبدأ عاما مؤداه أن كل من يثرى على حساب غيره ، بدون سبب مشروع ، يلتزم بأن يؤدي له ، في حدود ما اثرى هو به ، ما يرفع الخسارة عنه . وهي ، من ناحية ثانية ، تركز شروط اعمال نظام الاثراء دون سبب وأثره . فهي تتطلب لاعماله اثراء شخص معين ، يصبح ، بسبب هذا الاثراء ، مدينا بالالتزام الذي ينشأ ، وافتقار شخص آخر ، يصبح دائنا بالالتزام ، بما يرفع عنه هذا الافتقار ولو جزئيا ، وتوافر علاقة ارتباط أو تقابل بين الاثراء والافتقار ، على نحو يمكن معه القول أنه لولا هذا لما كان ذلك ، وانقضاء السبب المشروع الذي يبرر الاثراء والافتقار .

ولا تشترط أهلية ما فيمن يثرى أو فيمن يفتقر . فكل منهما يصير مدينا أو دائنا نتيجة مجرد واقعة قد حصلت ، هي واقعة اثراء أو واقعة افتقار . والأهلية لا تلزم في الوقائع . وإنما في التصرفات فحسب .

ولا يحول دون نشأة الالتزام ، أن يزول الاثراء بعند حصوله طالما أن زواله لا يعزى الى من افتقر . فما دام الاثراء قد حصل بالفعل ، فإن الالتزام يترتب من وقت حصوله ويتقدر مداه في حدوده ، حتى لو زال هذا الاثراء ، كله أو بعضه ، في تاريخ لاحق ويساير المشروع في ذلك قانون التجارة الكويتي

تمتتع عليه ، لا تأسيسا على أنه لم يدفع عن غلط وإنما تأسيسا على ثبوت الحق للمتسلم فيما أخذ .

وتعرض المادة ٢٦٥ للحالة التي يقوم فيها المدين بأداء دين عليه حقيقة ، ولكنه يؤديه قبل حلول أجل استحقاقه ، على جهل منه . ومؤدى نظام تسلم غير المستحق ، لو أنه أخذ على إطلاقه ، أن يلتزم الدائن بأن يرد للمدين ما استوفاه منه . ليعود بعد ذلك ويسترجعه عند حلول الأجل . ولقد أصر المشروع أن يرخس هنا للدائن بأن يبقى على ما استوفاه من الدين ، على أن يدفع للمدين قيمة ما استوفاه نتيجة قبضه الدين قبل أوانه ، وذلك في حدود ما لحق المدين من ضرر نتيجة التبكير في أدائه دينه . والحكمة التي توخاها المشروع من ذلك تتمثل في رغبت في اسلاس التعامل والبعد به عن التعقيد ، وهذا الحكم مستند في أصله من المادة ١٨٣ من قانون التجارة الكويتي ومصادره التشريعية .

وتواجه المادة ٢٦٦ صورة أخرى ، وهي حالة الدائن الذي يأخذ قيمة دينه من غير المدين ، حالة كون هذا الأخير معتقدا أنه يؤدي دينه على نفسه ، فيقوم الدائن ، مدفوعا بأنه استوفى دينه استيفاء صحيحا ، بتجريد نفسه من مند الدين ، أو مما كان ضمن الدين من تأمينات ، أو بترك دعواه قبل المدين الحقيقي المدعى لا تسمح بعد فواتها .

ومؤدى القواعد العامة ، في مثل هذه الحالة ، أن الوفاء يقع باطلا ، لعدم استناده الى سبب ، الامر الذي من شأنه أن يترخص للدافع أن يسترد من القابض ما دفعه اياه ، حتى لا يثرى هذا الأخير على حسابه بدون سبب مشروع ، اعتبارا بأن دينه على مدينه الحقيقي له ينقضى بالوفاء . ولكن المادة ٢٦٦ تمنع الدافع هنا من الرجوع على الدائن ، اعتبارا بأن حق هذا الأخير على مدينه الحقيقي بات معرضا لخطر الضياع ، فكان اثره غير مؤكد .

على أنه يشترط هنا أن يكون الدائن قد أجرى العمل الذي يهدد بالضياح حقه على مدينه وهو حسن النية ، اي معتقدا بصحة الوفاء . إذ أنه في هذه الحالة وحدها يكون للدائن عذر واضح عما فعل . والدافع بعد ذلك مشاع من من أدى عنه دينه ، حيث يكون له أن يرجع عليه بدعوى الاثراء .

والمادة ٢٦٦ متوافقة في حكمها مع المادة ١٨٤ من قانون التجارة الكويتي الحالي والمادة ١٨٤ من القانون المدني المصري ، وان تضمنت تعديلا في الصياغة اقتضته الملائمة .

ويعرض المشروع ، في المادة ٢٦٧ ، لمضمون الالتزام بالرد الذي تشتمل به مسئولية من يتسلم غير المستحق . وهو في ذلك ينحو منحى قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة

زاوية المتسلم ، لا من زاوية الدافع . فإذا كان الشيء مستحقا أخذه للمتسلم ، فانه لا يلتزم برده ، حتى لو كان أداءه غير واجب أصلا على الدافع ، كما لو قام هذا الأخير بدفع دين على غيره ، على يئته من أمره ، أي حالة كونه يعلم بأنه يدفع للقابض دينه له على الغير .

وإذا كان الشيء غير مستحق تسلمه ، فلا أهمية بعهد ذلك لما إذا كان عدم الاستحقاق هذا راجعا الى الامر الواقع نفسه ، كما إذا استوفى المتسلم دينه ليس له أصلا أو أخذ أكثر مما يستحق ، أو كان عدم الاستحقاق ناجما عن اعتبار قانوني ، كما هو الشأن عندما يتسلم الشخص شيئا على أساس عقد باطل أو يقرر ابطاله أو فسخه أو افسأه .

وتسلم غير المستحق كاف كاسل عام لتحمل المتسلم بالالتزام بالرد ، اعتبارا بأن هذا الأخير يثرى بغير وجه حق على حساب الغير بما يتسلمه . والمشروع إذ يقرر ذلك ، قاصرا المادة ٢٦٤ عليه ، لم يغفل عن الفكرة التي توجت من قديم والتي تتطلب ، لقيام الالتزام بالرد ، أن يكون الدافع قد دفع عن غلط ، معتقدا ، بخلاف الحقيقة ، بأنه يدفع دينه واجبا عليه . اعتبارا بأنه إذا كان قد دفع على يئته من الامر ، أي على علم بأنه غير ملزم بما يدفع ، فانه يسوغ تفسير هذا منه على أنه قد قصد اما التبرع بما دفع ، أو أداء التزام طبيعي عليه ، أو دفع دين على غيره . وفي هذه الحالات يتمتع الاسترداد عليه قانونا . لان المتسلم يكون له حق فيما يأخذ . وهي فكرة تأثر بها القانون المصري (المادة ٢/١٨١) ، ومن بعده القوانين العربية الأخرى التي استوحته ، ومن بينها قانون التجارة الكويتي (المادة ٢/١٨١) .

على أن اشتراط الغلط في الدافع أصبح مفضلا الان ، بعد ان اتسع نظام « تسلم غير المستحق » . واصبح يشمل الى جانب تسلم شيء غير مستحق ماديا ، أي من حيث الواقع ، تسلم شيء غير مستحق لمحض اعتبار قانوني ، كبطلان التصرف الذي وقع التسليم بمقتضاه أو ابطاله أو الفسأه أو فسأه . فتطلب غلط الدافع يقع غير ذي موضوع في هذا المجال .

بل ان اشتراط غلط الدافع ، ليست له في الحقيقة آية جدوى حتى في مجال تسلم الشيء الذي لا يكون مستحقا ماديا ، أي من حيث الواقع . لان الذي يدخل في الاعتبار ، في مجال « تسلم غير المستحق » ، ليس هو نية الدافع أو اعتقاده ، وإنما هو أحقية المتسلم فيما يأخذ أو عدها . فإذا أمكن حمل علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه على أنه أراد بذلك ، وعلى نحو قانوني سليم ، التبرع بما أدى ، أو الوفاء بالتزام طبيعي ، أو دفع دين على غيره ، فان دعوى الاسترداد

تبدأ المادة ٢٦٩ ببيان مقومات الفضالة التي لا تكون بغير توافرها . فمطلب ، في فقرتها الاولى ، قيام الفضولي بأمر عاجل ومن ثم ضروري لحساب شخص غيره ، عن قصد منه لمنفعته ، من غير أن يكون ملزماً بذلك قانوناً ، أى من غير أن يكون ملزماً بأداء ما فعل امتثالاً لامر يلزمه به نص في القانون أو شرط في العقد أو حكم من القضاء .

وإذا كانت الامور السابقة تمثل المقومات النحقة للفضالة الا أن المشروع ، محتذياً في ذلك حذو قانون التجارة الكويتي الحالي (المادة ٢/١٨٧) وحذو القانون المصري (المادة ٢/١٨٩) قد اعتبر في الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ في حكم الفضالة ، تولى الشخص شأن غيره أثناء توليه شأن نفسه ، لما بين الشأئين من ترابط لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر .

وتعرض المادة ٢٧٠ للحالة التي يقر فيها رب العمل ما قام به الفضولي ، قاضية بسران قواعد الوكالة في صدم ما قام به . وهذا الحكم لا يبدو أن يكون تطبيقاً لمبدأ أن الاقرار اللاحق كالوكالة السابقة .

على أن سريان قواعد الوكالة هنا يكون بطبيعة الحال في العلاقة بين الفضولي ورب العمل . أما بالنسبة الى الغير الذي يكون الفضولي قد تعاقد معهم بصفته الشخصية ، فيترخص لهم أن يعتبروا أن تعاملهم قد قام مع الفضولي باعتبار شخصه أو مع رب العمل باعتبار أن الفضولي كان وكيلاً عنه على حسب الاحوال .

وتفرض المادة ٢٧١ على الفضولي الالتزام بأن يرضى في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من أن يتولاه بنفسه ، ما لم يكن هو قد أنهاه قبل ذلك . كما يفرض عليه أيضاً الالتزام بأن يبادر باخطار رب العمل بتدخله في شأنه ، عندما يتيسر له اجراء هذا الاخطار .

وتفرض المادة ٢٧٢ ، على الفضولي التزاماً بأن يبذل في القيام بالعمل ، الذي شاء نفسه أن يتولاه ، عناية الشخص العادي ، حتى اذا ما قصر في بذل تلك العناية ، اعتبر مخطئاً . وحقت عليه المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن خطئه .

وإذا كان المشروع قد أخذ الفضولي بعناية الشخص العادي ، وحمله بالمسؤولية أن لم يبذلها ، إلا أنه ، نظراً لعامل العجلة في تولى الامر ، واعتباراً بخيرية الفضولي وتبيل قصده في التصدي لامر يستهدف به تفصح غيره دون الزام عليه ، فقد سوغ للقاضي في الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ أن يتقص من مقدار التعويض المترتب على خطأ الفضولي أو أن يعفيه منه . اذا رأى أن الظروف تبرر ذلك .

١٨٥) والقانون المصري الذي استوحاه (المادة ١٨٥) فيفرق تقريباً أساسياً بينهما اذا كان القابض حسن أو سيء النية .

فان كان الفرض الاول ، فان القابض لا يلتزم بأن يرد الا ما تسلمه بالفعل ، دون ما عساه أن يكون قد أخذه من ثماره . فالثمار هنا تكون للقابض تأسيساً على حيازته للشيء بحسن نية ، وهو حكم تقضى به القواعد العامة في الحيازة .

اما اذا كان القابض سيء النية ، كما اذا كان يعلم بأنه يأخذ شيئاً غير مستحق له ، فانه يلتزم بأن يرد ، الى جانب الشيء الذي قبضه الثمار التي جناها منه أو التي قصر في جنيتها ، وذلك من يوم تسلمه الشيء اذا كان يومئذ سيء النية ، أو من التاريخ الذي يصبح فيه سيء النية اذا كان ذلك أمراً طارئاً ، وهو يلتزم على أية حال برد الثمار التي جناها أو تلك التي قصر في جنيتها من يوم رفع الدعوى عليه برد الشيء ، اذا قضى له به ، اعتباراً بأنه يعتبر سيء النية من هذا التاريخ ، وفقاً للقواعد العامة .

وتعرض المادة ٢٦٨ لحالة خاصة من حالات تسلم غير المستحق ، وهي تلك التي يكون فيها المتسلم غير مكتمل الاهلية ، سواء أكان عديدها أو ناقصاً ، لتقضى أن المتسلم لا يكون ملتزماً بالرد الا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانوناً . وقد راعى المشروع في تقرير هذا الحكم أن المتسلم في الحالة المعنية ، لا يقدر اصلاً ، او لا يقدر تقديراً سلبياً ، عواقب تسلمه ما لا حق له فيه . ثم ان هذا الحكم لا يبدو أن يكون تشبيهاً مع المبدأ العام القاضي بأنه عند بطلان التصرف أو ابطاله ، لا يتحمل من لا تتوافر فيه الاهلية بالالتزام بالرد الا في حدود ما عاد عليه من نفع معتبر قانوناً ، وهو مبدأ سبق للمشروع أن قننه في المادة ١٨٨ .

اما المدة التي تسقط بعد فواتها دعوى استرداد ما دفع بغير وجه حق ، فهي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المدعي بحقته في الاسترداد أو باقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ، أي المدتين أقرب . وهو الحكم الذي سبق للمشروع أن قرره في صدد دعوى الاثراء بوجه عام (المادة ٢٦٣) .

(ثانياً) الفضالة :

ويضمن المشروع أحكام الفضالة المواد من ٢٦٩ الى ٢٧٨ . وهي أحكام لا تخرج في عمومها عن تلك التي يقضى بها قانون التجارة الكويتي الحالي (السواد من ١٨٧ الى ١٩٥) ، والقانون المصري الذي استوحاه (المواد من ١٨٨ الى ١٩٧) .

وتجسي المادة ٢٧٣ لتقرر مسؤولية الفضولي ، في مواجهة رب العمل ، عن أعمال الغير الذين يكون الفضولي قد عهد اليهم بالقيام بشأن من شؤون رب العمل ، وذلك دون اخلال بعهد رب العمل نفسه في الرجوع مباشرة على هؤلاء الغير وفق ما تنص به قواعد القانون .

وتقرر المادة ٢٧٤ على انفضولي التزاما بأن يرد لرب العمل كل ما يأخذه بسبب الفضالة ، وبأن يقدم له حسابا عما قام به من اعمال ، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل .

وتعرض المادة ٢٧٥ لحالة وفاة الفضولي ووفاته رب العمل ، فقرر ، في فقرتها الاولى ، أنه ، في حالة وفاة الفضولي ، يلتزم ورثته ازاء رب العمل ، بما يلتزم به ورقة الوكيل ازاء الموكل ، أما في حالة وفاة رب العمل فان مركز الفضولي لا يتغير . ولذلك تقرر الفقرة الثانية بقاء الفضولي ملتزما نحو ورثة رب العمل ، كما كان ملتزما به نحوه .

وتعرض المادة ٢٧٦ للصفة التي يخلعها القانون على الفضولي في قيامه بالعمل الذي يؤديه ، قاضية بثبوت صفة النيابة له عن رب العمل .

وهكذا يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، سواء أقر هذا تصرفاته أم لم يقرها . فإن أقر رب العمل ما اجراه الفضولي من تصرفات ، ثبتت للفضولي النيابة الاتفاقية اى الوكالة ، وهو الحكم الذي سبق للمادة ٢٧٥ من المشروع أن قنته . فان لم يحصل من رب العمل اقرار لتصرفات الفضولي ، كان لهذا الاخير وصف النيابة عنه ، وانما تكون نيابته هنا قانونية . على أن وصف النيابة القانونية لا يثبت بطبيعة الحال للفضولي الا في حدود ادارة الشخص العادي ، لانه اذا خرج من يتولى شأن غيره عن حدود ادارة الشخص العادي ، فسان وصف الفضولي يرتفع عنه في نطاق فيه عنها ، بل انه يعرض نفسه للمسئولية باعتباره مخطئا ، وفقا لما تنص به المادة ٢٧٢ من المشروع .

ويعرض المادة ٢٧٧ للمادة ٢٧٦ مأخوذ من نص المادة ١٩٣ من قانون التجارة الكويتي الذي هو بدوره مأخوذ من نص المادة ١٩٥ من مدني مصري وذلك مع تعديل لطيف في الصياغة اجراه المشروع اقتضته الملامه ، ومع استبعاد حق الفضولي في فوائد المصروفات التي اتفقها ، تشميا مع النهج الذي التزمه المشروع من استبعاد الفوائد في شتى مظان وجودها .

وتعرض المادة ٢٧٧ للسلطة التي يكون الفضولي فيها غير مكتمل اهلية التعاقد ، قاضية بعدم مسؤوليته قبل رب العمل الا في حدود ما أثرى به ، ما لم يكن عمله قد تدنى الى حد يصل به الى المسؤولية التصيرية .

وقد استوحى المشروع حكم المادة ٢٧٧ من المادة ١٩٤ من قانون التجارة الكويتي الحالي ، التي هي منقولة بدورها عن المادة ١٩٦ من مدني مصري . على أن المشروع استبعد الحكم الذي جاء به سلفا من أن مسؤولية رب العمل تبقى كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد ، اعتبارا منه بأن هذا الحكم أظهر من أن يقين . إذ أن التزامات رب العمل ازاء الفضولي تثبت عليه نتيجة واقعة الفضالة ذاتها . وأهلية التعاقد ان لزم في التصرفات ، فلا مجال لها في الوقائع .

وتجسي المادة ٢٧٨ تبين المدة التي ترفع خلالها الدعوى الناشئة عن الفضالة ، سواء أرفعت من الفضولي على رب العمل أو من رب العمل على الفضولي . وهي في ذلك تنص

وتجسي المادة ٢٧٣ لتقرر مسؤولية الفضولي ، في مواجهة رب العمل ، عن أعمال الغير الذين يكون الفضولي قد عهد اليهم بالقيام بشأن من شؤون رب العمل ، وذلك دون اخلال بعهد رب العمل نفسه في الرجوع مباشرة على هؤلاء الغير وفق ما تنص به قواعد القانون .

وتقرر المادة ٢٧٤ على انفضولي التزاما بأن يرد لرب العمل كل ما يأخذه بسبب الفضالة ، وبأن يقدم له حسابا عما قام به من اعمال ، وذلك على نحو ما يلتزم به الوكيل قبل الموكل .

وتعرض المادة ٢٧٥ لحالة وفاة الفضولي ووفاته رب العمل ، فقرر ، في فقرتها الاولى ، أنه ، في حالة وفاة الفضولي ، يلتزم ورثته ازاء رب العمل ، بما يلتزم به ورقة الوكيل ازاء الموكل ، أما في حالة وفاة رب العمل فان مركز الفضولي لا يتغير . ولذلك تقرر الفقرة الثانية بقاء الفضولي ملتزما نحو ورثة رب العمل ، كما كان ملتزما به نحوه .

وتعرض المادة ٢٧٦ للصفة التي يخلعها القانون على الفضولي في قيامه بالعمل الذي يؤديه ، قاضية بثبوت صفة النيابة له عن رب العمل .

وهكذا يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، سواء أقر هذا تصرفاته أم لم يقرها . فإن أقر رب العمل ما اجراه الفضولي من تصرفات ، ثبتت للفضولي النيابة الاتفاقية اى الوكالة ، وهو الحكم الذي سبق للمادة ٢٧٥ من المشروع أن قنته . فان لم يحصل من رب العمل اقرار لتصرفات الفضولي ، كان لهذا الاخير وصف النيابة عنه ، وانما تكون نيابته هنا قانونية . على أن وصف النيابة القانونية لا يثبت بطبيعة الحال للفضولي الا في حدود ادارة الشخص العادي ، لانه اذا خرج من يتولى شأن غيره عن حدود ادارة الشخص العادي ، فسان وصف الفضولي يرتفع عنه في نطاق فيه عنها ، بل انه يعرض نفسه للمسئولية باعتباره مخطئا ، وفقا لما تنص به المادة ٢٧٢ من المشروع .

ولا يرفع عن الفضولي وصف النائب ، ما بقي في حدود ادارة الشخص العادي ، أن لا تتحقق النتيجة المرجوة من عمله .

ويترتب على ثبوت صفة النيابة للفضولي انصراف آثار العقد التي أبرمها لرب العمل ، فيكون هذا الاخير هو الدائن أو المدين على حسب الاحوال دون الفضولي ، شريطة أن يكون الفضولي ، عند التصرف قد أظهر لمن تعاقد معه صفته في النيابة ، وتعاقد معه على هذا الاساس ، فان لم يتعاقد معه بهذه الصفة ، وانما بصفته الشخصية ، كان أن يتعاقد معه ، كاسل عام ، تجاهل رب العمل . وهنا يلتزم رب العمل بأن

القانون المصري (المادة ٢٠٠) والقوانين التي نقلت عنه (السوري والجزائري) ، ترك التفسير للقاضي دون أي توجيه من المشرع اللهم التقييد الخاص بعدم قيام التزام طبيعي يخالف النظام العام ، وهو قيد ربما أمكن عدم النص عليه لبدايته .

وحاول المشرع الليبي أن يخطو خطوة في سبيل إرشاد التاضي فنص على أن يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي « يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي » . وهو توجيه محدود الفائدة اما المشرع الأردني فبين معنى الالتزام الطبيعي ، أو الحق الطبيعي على نحو ما قيل فيما يسمى النظرية التقليدية ، فبعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة ٣١٣ على أن يفد الحق جبرا على المدينين به عند استحقاقه متى استوفى الشرائط القانونية ، نص في الفقرة الثانية على أنه « فإذا افتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبر في تنفيذه ويصبح حقا طبيعيا يجب في ذمة المدين » ، كما نص في المادة ٣١٤ على أنه : « إذا أوفى المدين حقا طبيعيا فقد حماية القانون ٠٠٠ » . وهذه فكرة ضيقة في تحديد حالات الالتزام الطبيعي ، ذلك أن الاتجاه الحديث هو عدم حصر هذه الحالات في الالتزامات التي حال مانع قانوني دون أن تكون التزامات مدنية يجبر المدين على تنفيذها سواء كان المانع قد حال دون نشوء الالتزام كتخلف شرط شكلي في العقد أو كان قد حال دون بقاء الالتزام كما هي الحال بالنسبة للالتزام الذي لم تسمع الدعوى به لمرور الزمان ، وإنما يمتد نطاق الالتزامات الطبيعية الى واجبات خلقية منذ نشأتها ولكن درجة الوجوب فيها أقوى من درجة الوجوب في الواجبات الخلقية العادية فيرتفع الى مستوى الوجوب الذي يرتب بعض الآثار القانونية .

وقد آثر المشروع أن يبين للقاضي الضابط الذي يقف عنده وهو ما إذا كان هناك التزام طبيعي ، فنص على أن « يقدر القاضي ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاما طبيعيا ، مراعيًا في ذلك الوعي العام الجماعية » . فالقاضي وهو على علم بأحكام الالتزام الطبيعي يقدر ما إذا كان الواجب الخلقى يرتفع في ضمير الجماعة الى مستوى هذا الالتزام الطبيعي بأحكامه التي نص عليها القانون ، أم لا . وتعرض المادة ٢٨٢ ، التي تطابق المادة ١٩٩ من قانون التجارة الحالي ، لآثار الأول من آثار الالتزام الطبيعي وهو حكم الوفاء الاختياري ، وذلك بالنص على أنه « لا يسترد المدين ما آداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاما طبيعيا ، ولا يعتبر متبرعا بها آداه » . فنظرا الى أن الالتزام الطبيعي ، برغم عدم إمكان الجبر في تنفيذه لاتفاء عنصر المسؤولية فيه ، هو التزام قائم في ذمة المدين وعليه واجب الوفاء به ، فإن وفاة

بسقوط هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعام فيه المدين بخصه أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ، أي المدينين أقرب .

الفصل الخامس

القانون

(المادة ٢٧٩)

يعرض المشروع ، في المادة ٢٧٩ ، للالتزامات التي يرتبها القانون على وقائع أخرى غير العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، مهيلا ، في شأن حكمها ، على النصوص الخاصة التي تقررهما .

الباب الثاني

آثار الالتزام

الفصل الاول

التنفيذ الجبري

(الواد ٢٨٠ - ٢٠٦)

يعرض المشروع في المادة ٢٨٠ لقاعدة العامة في أثر الالتزام الذي يتلخص في وجوب تنفيذه . والاصل أن يقوم المدين مختارا بتنفيذ التزامه ، وهذا التنفيذ الاختياري ينظمه المشروع في الباب الخاص بانقضاء الالتزام تحت عسوان الوفاء .

فإذا لم ينفذ المدين اختيارا أجبر على التنفيذ اذا كان الالتزام مدنيا ، وهو الاصل الذي تنصرف اليه كلمة التزام اذا وردت من غير وصف . واستثناء من هذا الاصل اذا كان الالتزام طبيعيا ، فلا يجبر المدين على تنفيذه .

والقاعدة التي وردت في المادة ٢٨٠ موافقة لما قرره قانون التجارة الحالي في المادة ١٩٧ ، مع اختلاف في صياغة الفقرة الاولى حيث صرح المشروع بأن الجبر في التنفيذ يكون اذا لم ينفذ المدين الالتزام باختياره ، وهو حكم مسلم ولا يحتمل الشك حتى في ظل النص الحالي الذي اكتفى بالقول « ينفذ الالتزام جبرا على المدين » وذلك تقالا عن القانون المصري . وقد أريد بتعديل الصياغة والتصريح بهذا الحكم المسلم أن يكون النص أكثر وضوحا .

ويعرض المشروع في المادة ٢٨١ لوجود الالتزام الطبيعي . وبدهي ان يرجع أولا الى نصوص التشريع ، فاذا لم يوجد نص يقرر في حالة خاصة وجود التزام طبيعي ، فالقاضي هو الذي يقدر ذلك .

وقد اكتفى نص المادة ١٩٨ تجاريا ، شأنه في هذا شأن

باختياره فهو يوفى بدين مستحق ، ويرتب المشروع على ذلك ناحيتين ، الاولى أن الموفي ليس له أن يسترد ما وفاء ، والثانية هي أن الموفى لا يعتبر متبرعا بما وفى به ، ذلك أن الدائن قد استوفى حقا له والمدين وفى بما يجب عليه . على انه يشترط لهذا

بالإضافة الى ضرورة توفر مقومات الالتزام الطبيعي أن يكون الموفي عند الوفاء عالما بأن التزامه هو التزام طبيعي أي انه غير مجبر على الوفاء ومع ذلك قصد الوفاء به مختارا . فاذا وفى وهو يعتقد أن الالتزام التزام مدني ، أو اكره على الوفاء ، كان وفاؤه غير صحيح وجاز له أن يسترد ما وفاء . ومن ناحية اخرى فاذا كان الالتزام الذى وفى به لم يصل الى درجة الالتزام الطبيعي وقصد الموفي التبرع بسا وفى طبقت أحكام التبرعات .

اما الحكم الوارد في المادة ٢٨٣ ، وهو أن الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني ، فالقصد به مواجهة الفرض الذى يتعهد فيه المدين بالتزام طبيعي بأن يفي بهذا الالتزام ، وهو يعلم أنه غير مجبر على الوفاء . فالسلم أن تعهده يعتبر صحيحا ويترتب عليه أن يصبح ملتزما بالتزام مدني يجبر على الوفاء به . وقد اختلف الرأى في أساس تحول الالتزام الطبيعي الى التزام مدني ، فقد قيل بفكرة تجديد الالتزام بتغيير الدين ، وقيل أن الالتزام الطبيعي يقوم بدوره السبب في نشوء الالتزام المدني وهو التصور الذى أخذ به نص قانون التجارة الحالي وتبناه المشروع . وهنا أيضا لا يعتبر تعهد المدين تبرعا ، ما دام أنه قد قصد بالتهمد وبقاء الالتزام الطبيعي .

(اولا) التنفيذ العيني :

وتنص المادة ٢٨٤ المبدأ العام في التنفيذ العيني الجبري ، وما يرد عليه من استثناء بما يتفق تقريبا مع نص المادة ٢٠١ من قانون التجارة الحالي مع بعض التعديل في الصياغة .

أما الفقرة الثانية من المادة فيها تعديل في الصياغة من ناحيتين : الاولى ، أن نص المشروع فضل عبارة « جاز للمحكمة أن تقصر حق الدائن على » ، على العبارة الواردة في النص الحالي وهي « جاز له أن يقتصر على دفع تعويض ... » والناحية الثانية ، وهي تعديل في الحكم ، أن المشروع لم يوجها لما يشترطه النص الحالي من أن يكون التعويض تقديرا ، فقد يرى القاضي أن يستجيب لطلب المدين بالتعويض العيني ، خاصة إذا لم يعترض على ذلك الدائن ، كما لو كان محل الالتزام تسليم اشياء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين ان الحصول عليها يرهق المدين ، ويمكن ان يسلم اشياء أخرى تؤدي للدائن نفس الفرض أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم .

وعرض المشروع لبيان كيف يكون التنفيذ في صور

والذلك اقتصر المشروع ، فيما يتعلق بالالتزام بالعمل على نقل حق عيني ، على نص المادة ٢٨٥ التي تواجه حالة الشيء المعين بنوعه . وحكم النص يوافق حكم المادة ٢٠٣ من قانون التجارة الحالي مع شيء من التعديل في الصياغة .

وعرض المشروع بعد ذلك الى الالتزام بعمل ، والمقصود هو العمل الإيجابي . وتعميدا للنصوص الخاصة بتنفيذ هذا الالتزام في صورته المختلفة ، نص المشروع في المادة ٢٨٦ ، وهي مطابقة للمادة ٢٠٤ من قانون التجارة الحالي ، على قاعدة تتعلق بوجود صورتين من صور الالتزام بعمل ، هما الالتزام بالتسليم ، والالتزام بالمحافظة على الشيء ، إذ يوجد كل منهما متفرعا عن الالتزام بنقل حق عيني .

وتقابل المادة ٢٨٧ من المشروع ، نص المادة ٢٠٥ من قانون التجارة الحالي مع شيء من التعديل ، وبخاصة ان المشروع لم ينقل العبارة الواردة في صدر النص الحالي وهي : « إذا التزم المدين ان ينقل حقا عينيا أو ان يقوم بعمل ، وتضمن التزامه ان يسلم شيئا ... » إذ توحى هذه العبارة ان حكم النص يقتصر على بعض صور الالتزام بالتسليم في حين أنه يشمل كل صور هذا الالتزام ، وهو ما صرح به المذكرة الايضاحية لمشروع النص المصري وهو أصل النص الكويتي .

وعن الالتزام بعمل فانه اما ان يكون تنفيذه مما لا يقتضي تدخل المدين شخصيا ، واما ان يكون التنفيذ يقتضي تدخل المدين بشخصه والحالة الاولى هي الاصل وتعتبر الثانية استثناء . ولهذا بدأ المشروع بالحالة الاولى ، في المادة ٢٨٨ ، وذلك على خلاف قانون التجارة الحالي الذي قدم الحالة الثانية (المادة ٢٠٦) على الحالة الاولى (المادة ٢٠٧) .

الشخص العادي ، كما في التزام المستعير بحفظ الشيء المعار والالتزام الوديع غير المأجور بحفظ الشيء المودع . كما قد يتفق على درجة خاصة من العناية تختلف عن عناية الشخص العادي . فإذا قام المدين بالعناية المطلوبة منه فلا يكون مسؤولاً ولو لم يتحقق الغاية التي قصد إليها الدائن لأن المدين لم يلتزم بتنفيذ هذه الغاية . على انه اذا كان خطأ المدين يعتبر غشاً او خطأ جسيماً ، فانه يكون مسؤولاً في جميع الاحوال أي حتى ولو اتفق على اعفائه من المسؤولية .

ونص المادة ٢٩٠ موافق لنص المادة ٢١١ من قانون التجارة الحالي والنصوص العربية المختلفة ، مع قليل من التعديل في الصياغة .

وتعرض المادة ٢٩١ لتنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل ، أو كما يقال أحياناً ، العمل السلبي ، وهو الالتزام بالامتناع عن عمل كان من حق المدين ان يقوم به لولا وجود الالتزام ، كالاتزام بعدم فتح محل تجاري من نوع معين في مكان معين ، أو الالتزام بعدم التمثيل على مسارح معينة . فإذا أدخل المدين بالترامه بأن قام بالعمل الذي وجب عليه ان يمتنع عنه ، وكانت الاعمال التي قام بها المدين مما يمكن ازالته ، مثل غلق المحل التجاري ، أو هدم البناء الذي أقيم على خلاف الالتزام ، كان للدائن ان يطلب من المحكمة الحكم بالازالة ، وله ان يطلب ترخيصاً من القضاء في أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين مع عدم الاخلال بحقه في التعويض . والاعمال التي للدائن ان يطلب ازلتها وفقاً لهذا النص هي ، كما يتضح من الامثلة المذكورة الاعمال المادية .

وذلك النص مطابق لنص المادة ٢١٠ من قانون التجارة الحالي .

وتعرض المادة ٢٩٢ لما يسمى الغرامة التهديدية او التهديد المالي ، وهي وسيلة غير مباشرة لحصل المدين على التنفيذ العيني ، يلجأ إليها اذا كان التنفيذ العيني يقتضى ان يقوم به المدين شخصياً اما لانه غير ممكن او لانه يكون غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وقد يكون الدائن في ذات الوقت حرصاً على التنفيذ العيني .

والغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي ليست تعويضاً عن الضرر ، وانما هي وسيلة تهديد المدين لحمله على التنفيذ ، ولذلك لا يراعى القاضي في تقدير ما يحكم به بالتناسب مع الضرر بل يراعى ما يراه كافياً لتهديد المدين ، ولذلك اذا رأى أن ما حكم به لم يشن المدين عن اصراره على عدم التنفيذ فانه يسكنه اعادة النظر والزيادة في مقدار الغرامة . ومما دامت الغرامة هي مجرد تهديد للمدين فالحكم بها يكون حكماً وقتياً

ونص المادة ٢٨٨ مطابق لنص المادة ٢٠٧ من قانون التجارة ، واكثر القوانين العربية الاخرى (المصري ، والسوري ، العراقي ، الليبي) . ولم يرد المشروع وجهاً لما ذهب اليه القانون الجزائري اذ استبعد حكم الفقرة الثانية الخاصة بحق الدائن في التنفيذ على نفقة المدين دون اذن القاضي في حالة الاستعجال . كما لم يرد المشروع الاخذ بمسلك القانون السوداني الذي استبعد اذن القاضي مكتفياً باخطار المدين ، وعدم اخطاره في حالة الاستعجال . كما ان حكم القانون الاردني لا يختلف عن نص المشروع الا في أنه يذكر الضرورة بدلاً من الاستعجال ، وقد أثر المشروع ان ينص على الاستعجال لانه يتضمن معنى الضرورة .

ويلاحظ في النهاية انه اذا كان النص خاصاً بالالتزام بعمل اندي لا يقتضي تنفيذه تدخل المدين شخصياً ، فالنص لم يذكر هذا لان تقدير ما اذا كان التنفيذ ممكناً دون تدخل المدين موكول للدائن فهو الذي يقرر ما اذا كان يكفي بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . ولهذا فقد كان المشروع التهديدي للنص المصري ، وهو الاصل التاريخي للنص ، يقول « في الالتزام بعمل اذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ٠٠٠ » ثم رؤى حذف عبارة « ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه » لان الدائن هو صاحب المصلحة فيجب ان يترك له التقدير فيما اذا كان المدين يجب ان ينفذ الالتزام بنفسه أم لا .

وتعرض المادة ٢٨٩ لتنفيذ العيني عندما تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، كما لو كنا بصدد البيع . نتج عن تنفيذ التزام بالتصديق على امضائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد ، وكذلك اذا امتنع الواعد بالتعاقد ، بعد ان أظهر الموعد له رغبته في التوقيع على العقد الموعود به .

ويختلف نص المشروع عن نص قانون التجارة الحالي (المادة ٢٠٨) في انه لم يخص الحكم بعبارة « في الالتزام بعمل » .

وفي النصوص السابقة التي عرض فيها المشروع للالتزام بعمل ، كان المقصود هو الالتزام بتحقيق غاية ، سواء في ذلك الالتزام بتسليم شيء أو الالتزام بانجاز عمل آخر مثل اقامة مبنى . أما نص المادة ٢٩٠ فيعرض للالتزام بعمل اذا كان واجب المدين يقتصر على بذل عناية ، سواء كانت هذه العناية تتمثل في حفظ شيء أو في ادارته ، أو كانت في القيام بعمل آخر مثل التزام الطبيب بالعلاج أو المحامي بالدفاع عن موكله . وفي هذا النوع من الالتزامات بعمل يكون المدين قد وفى بالتزامه اذا بذل العناية المطلوبة منه ، والاصل في العناية التي تتطلب من المدين ، وهي التي قررها النص ، هي عناية الشخص العادي ، ولكن قد ينص القانون على درجة من العناية اكبر أو أقل من عناية

والحي يرضع الحكم بالنسبة للتعويض عن عدم التنفيذ ثم يقول بعد ذلك « ولذلك يكون الحكم اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » .

وتواجه المادة ٢٩٤ ما يسمى الخطأ المشترك ، وهي تقابل نص المادة ٢١٨ من قانون التجارة الكويتي ، بعد تعديلها بما يجعل النص مقصوراً على حكم حالة « الخطأ المشترك » بالمعنى الفني لهذا المصطلح . ذلك ان اشتراك خطأ الدائن مع خطأ المدين في احداث الضرر اذا فهم بالمعنى اللغوي يحتل ثلاثة فروع : ان يستغرق خطأ المدين خطأ الدائن وفي هذا الفرض تبقى مسؤولية المدين كاملة فيلتزم بتعويض الضرر كله ، والفرص الثاني ان يستغرق خطأ الدائن خطأ المدين ، وفي هذا الفرض تكون بصدد حالة من حالات السبب الاجنبي الذي يجعل المدين غير مسئول أصلاً والفرص الثالث هو الا يستغرق أحد الخطأين الآخر ، وهذا هو الخطأ المشترك بالمعنى الفني الذي يراد مواجهته بنص خاص حيث يحكم على المدين ، بعد انقاص التعويض بالتدرج الذي يقابل خطأ الدائن .

ونص قانون التجارة الحالي يفيد ان المشرع واجه فرضين من الفروض الثلاثة المشار اليها ، وهما الفرض الخاص بعدم استغراق أحد الخطأين للآخر وحيث يحكم بانقاص التعويض ، والفرص الخاص باستغراق خطأ الدائن لخطأ المدين وحيث لا تحكم المحكمة بأي تعويض ، والفرص الاخرى لا يحتاج الى نص خاص وتحكمه المادة ٢٩٥ .

وتقابل المادتان ٢٩٥ و ٢٩٦ أحكام الفترتين الاولى والثانية من نص المادة ٢١٩ من قانون التجارة الكويتي ، وتتفق مع الاحكام الواردة فيها . ولكن رؤى افراد الحكم الوارد في المادة ٢٩٥ بنص خاص لانه يتعلق بصحة الاتفاق على صورة من صور تشديد المسؤولية على المدين ، في حين ان المادة ٢٩٦ ، والتي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٢١٩ تجاري تواجه الاتفاقات على الاعفاء من المسؤولية .

اما الحكم الوارد في الفقرة الثالثة من المادة ٢١٩ تجاري ، والخاص ببطان كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ، فقد رؤى ان مكانه المناسب هو مع النصوص الخاصة بتلك المسؤولية .

وتعرض المادة ٢٩٧ لضرورة الاعذار حتى يستحق التعويض وهي تقابل المادة ٢١٤ من قانون التجارة ، وتختلف عنها : أولاً في عبارتها الاخيرة حيث تقول : « ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك » فقد رؤى اعتبار حالة الاتفاق على عدم الاعذار من الحالات التي لا يلزم فيها الاعذار ، بدلا من الحكم الحالي الوارد في المادة ٢١٥ من قانون التجارة وهو اعتبار الاتفاق السابق اعذاراً اذا يقول النص بصدد بيان كيف يكون

وليس واجب التنفيذ ، وتتبنى علة وجوده اذا اتخذ المدين موقفاً نهائياً اما بالتنفيذ او بالامتناع على عدم التنفيذ فيعيد القاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع ، فان كان المدين قد نفذ فالقاضي لا يحكم عليه الا بالتعويض عن التأخير في التنفيذ واذا اصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعى القاضي في الحالين ما لحق الدائن من ضرر . كما يراعى ما يكون قد بدا من المدين من عنت .

ونص المادة ٢٩٢ موافق لنص المادتين ٢١١ و ٢١٢ كويتي، ولا يختلف عنهما الا في الصياغة ، فقد استبدل المشروع عبارة « جاز للدائن ان يطلب الحكم بالزام المدين ... » بعبارة « جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين ... » كما استبدل لفظ المحكمة بلفظ القاضي ، وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة لا يختلف عن نص المادة ٢١٢ كويتي الا في بعض الالفاظ ، فقد استبدل عبارة « عدم التنفيذ » بعبارة « رفض التنفيذ » واستبدل لفظ المحكمة بلفظ القاضي .

(ثانياً) التنفيذ بطريق التعويض :

تعرض المادة ٢٩٣ للقاعدة العامة في التنفيذ بطريق التعويض أي للمسئولية عن عدم التنفيذ او التأخر فيه ، وهي تقابل المادة ١٦٢ من قانون التجارة الحالي ، مسح بعض التعديلات على النحو الآتي :

(أولاً) نص قانون التجارة الحالي ورد تحت عنوان المسؤولية العقدية في الباب الخاص بأثار العقد . وقد أثر المشروع وضع النص مع النصوص الخاصة بتنفيذ الالتزام لان حكمه لا يقتصر على الالتزام الناشئ من العقد وانما ينصرف الى الاخلال بأي التزام ولو لم ينشأ عن عقد ، فاذا اخلل الفضولي مثلاً بالتزامه بحفظ المال الذي في يده بسبب الفضالة وادارته ، سرى عليه حكم النص .

(ثانياً) نص قانون التجارة الحالي لم يصرح بركني الضرر والسببية بين الضرر والخطأ ، فأثر المشروع التصريح بهما وذلك في عبارة « ... بتعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ... » والتصريح برابطة السببية بين الخطأ والضرر على هذا الوجه يستبعد احتمال ان تفهم العبارة الاخيرة من النص وهي « ... ما لم يثبت المدين ان عدم التنفيذ او التأخير كان لسبب اجنبي لا يد له فيه » على ان المقصود بها هو نفي السببية بين ركني الخطأ والضرر ، في حين انه يقصد بها ان المدين له ، ورغم عدم التنفيذ - ان يثبت انه ليس مسووباً اليه ، وبالتالي فهو غير مقصر .

(ثالثاً) رؤى الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير فيه ، في صيغة واحدة ، في حين ان النص

ثالثاً، عدل المشروع تعديلاً لفظياً في الحالتين (د)، (هـ) المقابلتين للحالتين الوارديتين في نص قانون التجارة برقمي ٣ و ٤ . وتعرض المادة ٣٠٠ لأصل النام في تقدير التعويض ، أو التعويض القضائي ، حيث تقدره المحكمة وفقاً لضوابط التي وضعها المشروع . وحكمها يقابل المادة ١٦٣ من قانون التجارة ، الذي وضعه المشرع تحت عنوان المسؤولية العقدية مع آثار العقد ، وكان من نتيجة هذا أن قصر النص الضوابط التي وضعها لتقدير التعويض على حالة الالتزام الناشء عن العقد ، ولم ير المشروع أن يسار بهذا الاتجاه لأن هذه الضوابط هي الواجبة الاتباع أياً كان مصدر الالتزام ولهذا وضع النص مع النصوص الخاصة بالتنفيذ بطريق التعويض كما فعل المشرع المصري والقوانين الأخرى التي حذت حذوه .

هذا والضرر الذي يلحق الشخص بسبب عدم تنفيذ الالتزام ، قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً . والتعويض عن الضرر المادى ، وهو ما يصيب الضرور في مصلحة مالية ، لا يحتاج الى نص . أما التعويض عن الضرر الأدبي ، وهو ما يصيب الشخص في مصلحة غير مالية ، فقد كان محل شك ، وأخذت المادة ٣٠١ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي اطراداً مع قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٧) . ثم أحالت الى المادتين ٢٣١ و ٢٣٢ الوارديتين مع أحكام المسؤولية التصريية وتعرضان لمن يجوز الحكم له بالتعويض عن الضرر المتمثل فى الاسم بسبب الموت ، والاحوال التي يجوز فيها أن ينتقل التعويض من يستحقه ابتداء الى غيره .

وتضع المادة ٣٠٢ مبدأ جواز الاتفااق مقدماً على تقدير التعويض الذى يستحق عند اخلال المدين بالتزامه ، وهو المعروف بالشرط الجزائى أو التعويض الاتفااقى ، وخلافاً لقانون التجارة (المادة ١٦٤ / ١) ، حرص المشروع على أن ينص في صدر النص الذى وضعه على المجال الذى يصح فيه الاتفااق مقدماً على مقدار التعويض ، وهو حالة ما اذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود . ذلك أنه اذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود ، فيكون الاتفااق على التعويض عند اخلال المدين بالتزامه هو اتفااق على فائدة اما اذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فالاتفااق على تقدير تعويض يلتزم به المدين عند اخلاله بالتزامه يعتبر صحيحاً عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل الا عند الشافعية .

وتناول المشروع في المادتين ٣٠٣ و ٣٠٤ ما يترتب على وجود الاتفااق على تقدير التعويض من نتائج .

ويتضح من حكم المادة ٣٠٣ أن الاتفااق يبقى على ركن الضرر فلا يحكم بالتعويض اذا لم يترتب على اخلال المدين بالتزامه أي ضرر بالذات ، ولكن يظهر اثر الاتفااق على تقدير

اعداد المدين « ٠٠٠ كما يجوز ان يكون مترتباً على اتفااق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اذار » . وثانياً لم ينص المشروع على العبارة الواردة فى النص الحالي وهو « ٠٠٠ ولو كان سبق تحديده مقدماً باتفااق بين المتعاقدين ٠٠٠ » لان التعويض فى هذه الحالة ، والمقصود هو الشرط الجزائى ، هو تعويض يصدق عليه النص دون حاجة الى تصريح بذلك ، كما ان القاعدة الخاصة بضرورة الاعذار تسري على التعويض الاتفااقى .

وتعرض المادة ٢٩٨ لكيفية الاعذار ، والوسيلة الاولى التى يتحقق بها هى الاذار وهو ورقة رسمية توجه من الدائن الى المدين ، عن طريق مندوب الاعلان ، يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه . ويقوم مقام الاذار أي ورقة رسمية تبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بشرط أن تعلن الى المدين ، مثل صحيفة الدعوى أي التكليف بالحضور أمام المحكمة وكذلك اعلان المسند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ .

وكما يكون الاعذار بالانذار أو ما يقوم مقامه فانه قد يتفق فى العقد على أن يكون الاعذار بوسيلة أخرى كخطاب مسجل أو برقية فاذا كان من الجائز أن يتفق على عدم ضرورة الاعذار فمن باب أولى يجوز الاتفااق على طريقة معينة للاعذار لان القاعدة التى تستوجب الاعذار ليست من النظام العام .

وتقابل المادة ٢٩٨ الحكم الذى تنص عليه المادة ٢١٥ من قانون التجارة مع تعديل أدق فى صياغتها وحكمها .

وتقابل المادة ٢٩٩ نص المادة ٢١٦ من قانون التجارة الحالي وتختلف عنه من النواحي الآتية :

أولاً ، أضاف نص المشروع الحالة (أ) التى تعتبر الاتفااق مقدماً على أن يكون المدين مغلاً بالتزامه بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الاجل اتفااقاً على عدم ضرورة الاعذار . وذلك بعد أن استبعد المشروع هذه الحالة من نص المادة ٢٩٨ التى تبين كيفية الاعذار ، على خلاف نص المادة ٢١٥ من القانون الحالي . فالواقع أن مثل هذا الاتفااق يضى عن الاعذار وليس طريقة من طرق الاعذار .

ثانياً ، أقر المشروع فى الحالة (ب) الا يذكر العبارة الواردة فى نص المادة ٢١٦ من قانون التجارة التى تبدأ بالقول « وعلى الاخص .. » وذلك اكتفاء بالقاعدة العامة التى تسبقها . كما أضاف نص المشروع عبارة « أو غير مجد » بعد عبارة « غير ممكن » وفى هذا يتفق المشروع مع نص القانون المصرى والقوانين التى تقلت عنه .

بطلان الاتفاق على الفائدة ، ظاهرة كانت أو مستترة .

وإذا كان النص على بطلان الاتفاق الذي يلزم بفائدة لا يثير مشاكل في معاملات الناس تستحق التوقف عندها ، فتبقى مسألة قد يؤدي السكوت عنها إلى تأثير سيء في النشاط الاقتصادي فيحجم الكثيرون عن ائتمان غيرهم ، وهذه المسألة هي : ما الحكم إذا تأخر المدين بمبلغ من النقود عن الوفاء ، وبخاصة إذا كان قادرا ؟ .

وهذه المسألة هي التي عرض لها نص المادة ٣٠٦ الذي أريد به تحقيق شيء من الحماية للدائن الذي أدخل المدين بثبته فيه ، وبمقتضى هذا النص يجوز للمحكمة أن تحكم على المدين المتأخر بالتعويض ، وذلك بمراعة ما يلي :

أولاً - لا يعتبر المدين متأخرا على النحو الذي يمكن معه الحكم بالتعويض إلا بعد اعتذاره . وقد يبدو أن المشروع يشدد على المدين بأكثر مما هو متبع في نظام الفوائد حيث لا تستحق الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية بها . ولكن حكم المشروع قد روعي فيه أولاً أن الحكم بالتعويض لا يكون إلا بحيث يكون المدين قادرا على الوفاء ، وثانياً لأن المشروع يهدف إلى حمل المدين على الوفاء دون أن يلجأ الدائن إلى اللجوء إلى القضاء خاصة والخطر الذي يراد حماية الدائنين منه ، والفرص أن المدين مقتدر ، هو حرمان الدائن من النقود في الفترة ما بين وقت استحقاق الدين والوقت الذي يتسكن فيه من استيفائه حقه بالتنفيذ على أموال المدين .

ثانياً - يجب أن يثبت الدائن قدرة المدين على الوفاء ، وتراعى المحكمة في ذلك طبيعة الاموال التي يملكها المدين والوقت اللازم لتدبير المبلغ المطلوب منه .

ثالثاً - لا يكون للدائن الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب تأخر المدين في الوفاء إلا إذا كان هذا الضرر ، بل لا بد كما يقول النص أن يكون الضرر غير مألوف ، وهو ما يعني أن يكون ضررا غير عادي له صفة الاستثناء ، فلا يكفي مجرد حرمان الدائن من مبلغ من المال كان يستثمره كما يستثمر الناس عادة أموالهم . ويمكن التمثيل للضرر غير المألوف بجملة ما إذا كان الدائن قد اعتمد على أنه سيستوفي حقه في موعد استحقاقه وارتبط بناء على ذلك بصفة يلتزم فيها بمبلغ يستحق في موعد استحقاق الدين الذي له أو بعده بقبيل ، وبسبب عدم وفاء مدينه وبالتالي عدم وفائه بما عليه فسخ العقد الذي تمت به الصفقة وحكم عليه بالتعويض ، وكذلك حاله ما إذا كان الدائن قد اعتمد على المبلغ الذي لم يف به المدين ليبنى دينا عليه ، ولما تأخر المدين تأخر الدائن في الوفاء بما عليه وانتهى الامر بالحجز على منزله ويحجم جبرا .

التعويض ، فيما يتعلق بركن الضرر في مجال الاثبات ، إذ يرتب عليه افتراض حصول ضرر مساو لما قدره المتعاقدان ، فلا يكلف الدائن بإثبات وجود ضرر ، كما أن من يدعى من الطرفين أن الضرر الواقع فعلا يقل أو يزيد عما هو متفق عليه ، فعليه عبء اثبات ذلك .

فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، فيكون أحد أركان المسؤولية قد تخلف وبالتالي لا تحكم المحكمة بأي تعويض . أما إذا لم يثبت المدين ذلك ، ولكنه أثبت أن الضرر الحادث أقل من التعويض المتفق عليه ، فيجوز للمحكمة أن تخفف التعويض في حالتين : الحالة الأولى ، إذا أثبت المدين أن التقدير الاتفاقي للتعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فلا يكفي أن يثبت أن الضرر الواقع فعلا أقل من المتفق عليه والحالة الثانية أن يثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه ، ذلك أن المفروض أن التقدير الاتفاقي كان لعدم التنفيذ الكلي . وكلا الحكمين المقررين في النص ، وهما عدم الحكم بأي تعويض إذا ثبت عدم حصول ضرر ، والحكم بتخفيض التعويض ، يتعلق بالنظام العام وبالتالي فكل اتفاق على خلافه باطل لا أثر له .

وقد استمد المشروع حكم تلك المادة من قانون التجارة الكويتي (٢/١٦٤) ومن مصادره التشريعية من القوانين العربية مع تعديل الصياغة على وجه أكثر دقة وضبطاً .

وتعرض المادة ٣٠٤ للحالة التي تبين فيها أن الضرر قد جاوز قيمة التعويض المتفق عليه ، ولما كان المفروض أن الضرر مساو لما قدره المتعاقدان ، فإنه إذا ادعى الدائن أنه قد لحقه ضرر يزيد عن المتفق عليه كان عليه إثبات ذلك . وفي هذه الحالة لا تحكم المحكمة بزيادة التعويض لمواجهة الزيادة في الضرر إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً . ويرجع هذا الحكم إلى أن الاتفاق على تقسدير التعويض مقدما يتضمن اتفاقاً على الإغفاء من المسؤولية عما يجاوز التعويض المتفق عليه من ضرر ، والاصل أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً ويصلح به إلا في حالة غش المدين أو خطئه الجسيم .

ويتفق حكم تلك المادة مع الحكم المنصوص عليه بالمادة ٢/١٦٤ من قانون التجارة الكويتي .

وقد سار المشروع على استبعاد نظام الفوائد ، سواء كانت اتفاقية أو قانونية ، في مقابل اتفاق المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخر في الوفاء بالنقود ، في كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغاً من النقود . وحتى لا يحصل السكوت عن النص على الفوائد محمل تركها للاجتهاد أو في الاقل حتى لا يثور الشك حول مدى صحة الاتفاق على فائدة ، رؤي وضع نص المادة ٣٠٥ التي تقرر

الدائن لحقوق مدينه مقبولا ٠٠٠» اذ توحى هذه العبارة بان ما ورد بعدها شرط تقبول الدعوى ، في حين انه مشروط لجواز استعمال الحق ، فعدم استعمال المدين حقوقه اذا كان من شأنه أن يؤدي الى اعسار المدين أو زيادة اعساره من الشروط الموضوعية . ولهذا أثر المشروع في الفقرة الاولى من أن يجعل شرط عدم استعمال المدين حقوقه وكذلك شرط أن عدم الاستعمال يؤدي الى الاعسار أو زيادة الاعسار باعتبارهما شرطين موضوعيين .

ثانياً - أقر المشروع الفقرة الثانية للنص على عدم الحاجة الى اعذار المدين ، وهو حكم عام يشمل كل صور استعمال الدائن حقوق مدينه ، سواء كان ذلك برفع دعوى أو دون رفع دعوى . وللنص أيضا على وجوب ادخال المدين اذا كان استعمال الحق برفع دعوى ، وهذا الواجب بالذات هو الذي يترتب على الاخلال به عدم قبول الدعوى . كما روعي في الصياغة التي جاء بها المشروع تفادي صياغة النص الحالي بوجوب ادخال المدين في الدعوى بصيغة توحى أن استعمال الدائن لحقوق مدينه يكون دائما برفع دعوى ، وهو غير صحيح ، لذلك بدأ المشروع العبارة الخاصة بهذا الحكم بالقول « ولكن اذا رفعت دعوى ٠٠٠٠ » .

وتطالع المادة ٣٠٩ آثار استعمال الدائن حق مدينه وقد اكتفى المشروع بالنص على الفكرة التي تنبئ عليها تلك الآثار وهي أن القانون يعتبر الدائن تابعا عن مدينه . والنتيجة المنطقية لهذا هي أن يبقى الحق كما هو للمدين الذي يكون له حرية التصرف فيه ، كما أن من يستعمل الدائن الحق ضده يستطيع أن يدفع بكافة الدفع التي له قبل المدين . وكل ما يترتب على استعمال الحق فانه يكون للمدين فاذا حكم في دعوى مثلا بدين لمصلحة المدين دخل في ذمته هو وبالتالي لا يستأثر به الدائن الذي رفع الدعوى ، وقد روعي عدم مجازاة قانون التجارة الحالي فيما ضمنه بالمادة ٢٢٢ من أن « كل فائدة تنتج عن استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين ، وتكون ضمانا لجميع دائنيه » ، فهذه نتيجة لازمة لما نص عليه من أن الدائن يعتبر في استعماله حقوق مدينه تابعا عنه ، وهو ليس النتيجة الوحيدة كما ذكر من قبل . هذا بالإضافة الى أن تلك العبارة ، تنقصها الدقة ، فهي وان كانت تواجه القرض الغالب في العمل وحيث يترتب على استعمال الدائن حقا لمدينه أن يدخل شيء ما في أموال المدين ، فثمة فرض يقتصر استعمال الدائن فيها لحقوق مدينه على دفع خطر كان يهدد ذمة المدين فضلا يترتب عليه ادخال شيء في أموال هذا المدين ، كما لو قطع الدائن التقادم الساري ضد مصلحة المدين أو جدد قيد رهن يضمن دينا للمدين ضد الغير .

رابعا - عندما تحكم المحكمة بالتعويض ، لا تلزم فسي ذلك بالقواعد العامة في تقدير التعويض ، أي ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بل تراعى ، كما يقول النص ، مقتضيات العدالة الامر الذي يفتح الباب أمام القاضي ليدخل في اعتباره كافة الظروف الخاصة بطرفي النزاع .

الفصل الثاني

الضمان العام للدائنين ووسائل المحافظة عليه

(المواد ٣٠٧ - ٢٢٢)

يعرض نص المادة ٣٠٧ للضمان العام للدائنين ، ويقصد به أن لكل دائن أن يستوفي حقه جبرا عن المدين بالتنفيذ على أمواله . وعمومية الضمان تظهر من ناحيتين : ناحية أموال المدين فللدائن أن ينفذ على أي مال يوجد في ذمة المدين وقت التنفيذ ، سواء أكان موجودا وقت نشوء الحق الذي يراد استيفاؤه جبرا أو وجد في ذمة المدين بعد نشوء الحق . ولا يستثنى من أموال المدين الا الاموال التي لا يجوز الحجز عليها ، كما تظهر العمومية من ناحية أن الضمان مقرر لكل الدائنين . ويتساوى الدائنون في هذا الضمان بمعنى أنه اذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال للمدين ولم يكف المتحصل من بيعه للوفاء بكل ديونهم فيقسم بينهم قسمة الغرماء . ولكن هذه المساواة لا تكون الا بالنسبة للدائنين العاديين ، أما بالنسبة للدائنين الذين لهم حقوق تخولهم التقدم ، كالرهن أو الامتياز ، فيستوفون حقوقهم كل بحسب مرتبته ، فان بقي شيء اقتسمه الدائنون العاديين .

ونص المشروع مطابق لنص قانون التجارة الحالي

(المادة ٢٢٠) .

(اولا) استعمال الدائن حقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة) :

تعرض المادة ٣٠٨ ، وكذلك المادة ٣٠٩ ، لحق الدائنين في استعمال حقوق مدينه باسم هذا المدين ، وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح السائد ، وان كان غير دقيق ، الدعوى غير المباشرة . فان كان الغالب أن يكون استعمال حق المدين برفع دعوى باسمه فانه يكون أيضا باتخاذ اجراء آخر ، مثل تسجيل عقد اشترى به المدين عقارا ، أو قيد رهن يضمن حقا لمدينه قبل الغير ، أو تجديد قيدالرهن ، أو اعلان حكم صدر لمصلحة المدين ، أو الظن في حكم صدر ضده ، أو قطفص التقادم الساري ضد المدين .

ونص المادة ٣٠٨ موافق للاحكام الواردة في المادة ٢٢١ من قانون التجارة الحالي مع شيء من التعديل فسي الصياغة روعي فيه على وجه الخصوص :

أولا - تجب نص المشروع عبارة « ولا يكون استعمال

(ثانياً) دعوى عدم نفاذ التصرفات :

وتعرض المواد من ٣١٠ الى ٣١٣ للشروط التي يجب أن تتوفر حتى يستطيع الدائن أن يطلب عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه ، وهذه الشروط هي :

أولاً - فيما يتعلق بحق الدائن الذي يطعن في تصرف مدينه فانه يشترط أن يكون الحق مستحق الاداء . وهو ما صرحته به المادة ٣١٠ .

ثانياً - فيما يتعلق بتصرف المدين الذي يطعن فيه الدائن فانه يشترط أن يكون ضاراً بالدائن ، وهو ما صرحته به المادة ٣١٠ أيضاً ويترتب على هذا الشرط أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في تصرف المدين اذا كان هذا التصرف سابقاً على وجود حق الدائن ، كما يترتب عليه أن الدائن لا يستطيع أن يطعن في تصرف المدين فيما لا يجوز الحجز عليه . ويعتبر تطبيقاً لهذا الشرط ما صرح به النص من اشتراط أن يكون التصرف قد ترتب عليه اضرار المدين أو زيادة اضراره ، وانه وإن كان هذا يعني عما اضافته النص أيضاً من أن التصرف المطعون فيه قد أفض من حقوق المدين أو زاد في التزاماته ، وهو ما يعبر عنه بأن يكون التصرف مفقراً ، إلا أن النص حرص على تلك الاضافة للإفصاح صراحة عن أن التصرف المفقر لا يقتصر على التصرف الذي ينقص من حقوق المدين بل يشمل كذلك التصرف الذي يزيد في التزاماته .

ثالثاً - وفيما يتعلق بالمدين المتصرف والمتصرف اليه ، فانه يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش ، ان كان التصرف معاوضة . وقد وضع المشروع قرينة على غش المدين فيكفي أن يثبت الدائن أن المدين كان يعلم وقت التصرف أنه معسر حتى يفترض فيه الغش أي نية الاضرار بالدائن ، ولكنها قرينة بسيطة يستطيع المدين أن يثبت عكسها . كما وضع قرينة بسيطة أخرى فيما يتعلق باثبات علم المتصرف اليه بغش المدين فيكفي أن يثبت الدائن أن المتصرف له كان يعلم أن المدين معسر أو أنه كان ينبغي عليه أن يعلم بذلك حتى يفترض أنه يعلم بالغش (المادة ٣١١) .

وإذا تصرف خلف المدين الي خلف آخر ، فان كان التصرف الاول معاوضة والثاني معاوضة فيشترط لعدم نفاذ التصرف ان يكون الخلف الثاني يعلم غش المدين كما يعلم أن الخلف الاول كان يعلم بهذا الغش . وان كان التصرف الاول تبرعا والثاني معاوضة فلا يشترط الا علم الخلف الثاني بعسر المدين وقت تصرفه للخلف الاول (المادة ٣١٢) .

وثمة صورتان من صور توالي التصرفات ، لم يصرح النص بحكهما اذ يمكن استخلاص هذا الحكم من نص الفقرة الثانية

من المادة ٣١١ ، وهي صورة ما اذا كان التصرف الاول تبرعا والثاني تبرعا ، وكذلك اذا كان التصرف الاول معاوضة والثاني تبرعا ، فيكتفي اعمال الفقرة الثانية لنصل الى أنه لا يشترط لعدم نفاذ التصرف أي شرط يتعلق بالغش أو العلم به في الصورة الاولى ، وعدم اشتراط شرط جديد في الصورة الثانية .

تبقى مسألة اثبات احد شروط عدم نفاذ التصرف وهو شرط اضرار المدين ، فإذا كان الاصل ان الدائن هو الذي يقع عليه الالبات ، الا انه يكفي أن يثبت ما في ذمة المدين من ديون . وعلى المدين اذا أراد ان يثبت أنه موسر أن يثبت أن لديه من المال ما يساوي ما عليه من ديون أو يزيد عليها وهو ما نصت عليه المادة ٣١٣ .

وقد استند المشروع أحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات بالمواد السابقة من قانون التجارة الكويتي (٢٢٣ - ٢٢٥) ومصادره التشريعية في القوانين العربية المادة ٢٣٨ مصرى وما بعدها والمادة ٢٣٩ سورى وما بعدها والمادة ٢٤١ لبيي وما بعدها . مع تعديل في الصياغة وترتيب الاحكام اقتضت الالامه .

وتعرض المادة ٣١٤ لمن يستفيد من الحكم بعدم نفاذ التصرف ، ومنه يتضح أن عدم النفاذ لا يكون بالنسبة للدائن الذي رفع الدعوى وحده ولكن يمتد الى الدائنين الاخرين الذين صدر التصرف اضراراً بهم ، أي من كانوا يستطيعون التمسك بعدم نفاذ التصرف في حقه واولم يشتركوا في الدعوى ، وهم السابقة ديونهم على التصرف .

ويتفق هذا الحكم مع ما تنص عليه المادة ٢٢٦ من قانون التجارة الكويتي والمواد المقابلة بمصادرها في التشريعات العربية ، وأجرى المشروع تعديلاً طفيفاً في الصياغة .

وتعرض المادة ٣١٥ لحق المتصرف اليه في التخلص من الدعوى وحكها يقابل حكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٧ من قانون التجارة الكويتي . ولم ير المشروع ما يدعو الى النص على الاحكام التي أوردتها هذه المادة في الفقرتين الاولى والثانية لانها محض تطبيق للقواعد العامة ولا تحتاج الى نص بشأنها .

هذا ويختلف النص الذي جاء به المشروع عن النص الوارد في القانون الكويتي (المادة ٢٢٧/٣) والنصوص العربية الاخرى المقابلة اذ لوحظ على تلك النصوص أنها تقتصر على مواجهة الفرض الذي يكون فيه المتصرف اليه مشترياً ، ولم يدفع الثمن ، وتقرر أن له ان يتخلص من الدعوى بإيداع الثمن . والواقع ان التخلص من الدعوى لا يحتاج الى أكثر من ايداع قيمة المال المتصرف فيه بغض النظر عن كون المتصرف اليه مشترياً أم لم يكن كذلك ، فقد يكون متبرعا اليه ويرغب في الاحتفاظ بالمال لسبب ما فيودع ما يساويه من قيمة . وكذلك فان كان

(ثالثا) الحق في الحبس :

وتعرض المادة ٣١٨ للحق في الحبس وبينان شروطه وحكمها يقابل نصوص المواد ٢٣٠ و ٢٣١ و ٢٣٢ من قانون التجارة الحالي .

وقد آثر المشروع الاكتفاء بوضع القاعدة العامة ، دون سرد لبعض تطبيقاتها ، وذلك على خلاف مسلك قانون التجارة الحالي الذي حذو القانون العراقي . اذ بدأ بالنص في المادة ٢٣٠ على حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن وحق العامل في حبس الشيء الذي يعمل فيه الى أن يستوفي أجره ، ثم بعد ذلك عمم الحكم على كل المعاضات المالية حيث يكون لكل من المتعاقدين أن يحبس المتعاقد عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق ، ثم عرض في المادة ٢٣١ لحق من أنفق على ملك غيره مصروفات وهو في يده في حبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له . وبعد ذلك عاد فوضع القاعدة العامة في المادة ٢٣٢ بصيغة تتسع لما سبق أن قرره في المادتين ٢٣٠ و ٢٣١ . ونظرا الى أن تلك التطبيقات تحكم قاعدة عامة واحدة . فان المشروع لم يفدها باحكام خاصة . وقد أورد المشروع تلك القاعدة بالمادة ٣١٨ بقترتها الاولى على وجه يتفق مع ما تقرره المادة ٢٣٢ من القانون الحالي والمادة ٢/٢٤٦ مصرى والنصوص التي نقلت عنه ، وذلك بعد اجراء التعديلين التاليين :

فأولا ، صرح المشروع بأن يكون حق الدائن الذي يحق للمدين أن يحبس حتى يستوفيه مستحق الاداء وهو حكم مسلم حتى في ظل النصوص التي لم تصرح به ومع ذلك آثر المشروع أن يصرح به .

وثانيا ، في بيان صلة التزام المدين بالتزام الدائن اكتفى المشروع بالنص على الارتباط بينهما ، في حين أن النصوص العربية وكلها متأثرة في ذلك بالنص المصري تتطلب وجود رابطة سببية بين الالتزامين ، وهو حكم غير صحيح ، ولعله وجد في نص القانون المصري ، ومن بعده في التشريعات العربية الاخرى ، نتيجة خطأ في ترجمة عبارة النص الاصلي ، الذي كتب بالفرنسية للمشروع التمهيدى للقانون المصري ، فقد ترجمت عبارة a L'occasion أي بمناسبة بكلمة « بسبب » في النص العربي . فاذا كانت السببية هذه تتحقق عندما ينشأ الالتزام من عقد ملزم للجانبين ، فان نطاق الحق في الحبس لا يقتصر على دائرة هذه العقود ، فقد يتكون خارج نطاق الروابط العقدية .

أما الفقرة الثانية من مادة المشروع ، والتي تقابل الفقرة الثانية من النص المصري ، والمادة ٢٣١ تجارة كويتي ، فقد صيغت بطريقة مختلفة ذلك أن النص المصري ، ومن بعده

مشتريا فلا معنى لاشتراط عدم دفعه الثمن للبائع ، فايداع قيمة المال هو الذي ينتهي معه شرط الضرر أي كانت ظروف المتصرف اليسه .

وجاءت المادة ٣١٦ بنص مماثل في عمومها المادة ٢٢٨ من قانون التجارة ويعرض لحالات خاصة من تطبيقات دعوى عدم نفاذ التصرفات وهي :

أولا ... الحالة الاولى هي حالة ما اذا كان التصرف هو تفضيل دائن على اخر دون حق ، بأن يعطيه تأمينا خاصا . وقد حرص المشروع على النص على هذه الحالة بالذات لان اعمال القواعد العامة في دعوى عدم نفاذ التصرفات يثير الشك في انطباقها عليها اذ قد يقال ان انشاء الرهن لا يتضمن انقاصا من حقوق المدين ولا الزيادة في التزاماته ، فورد النص قطعاً لهذا الشك وترتب على ذلك وجوب التمييز بين فرضين ، فاذا كان التصرف معاوضة كما لو قدم المدين رهنا لاحد دائنيه في مقابل مد الاصل او حظ جزء من الدين . فيشترط غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش وفقا للقواعد العامة ، أما اذا كان التصرف تبرعا بأن أعطى المدين الرهن دون أي مقابل ، فلا يشترط الغش ولا علم المتصرف اليه باعسار المدين : كما هو الشأن في التبرعات . وهذا وقد عدل المشروع في صياغة الفقرة الاولى من المادة ٢٢٨ من القانون القائم التي تواجه هذه الحالة وذلك حتى يتسع النص لكل تصرف بتفضيل دائن على غيره اذ أن النص الحالي لا يوجه الا الفرض الذي يكون فيه المدين غاشا ، ومن ناحية أخرى فان النص الحالي يقول في بيان أثر الطعن في التصرف ، أنه لا يترتب عليه الاحرامان الدائن مس هذه الميزة ، وهذا لا يعني أكثر من عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين .

ثانيا ... اذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل حلول الاجل أو بعد حواره . وهنا أيضا حرص المشروع تمثيلا مع القانون الحالي على بيان حكم الوفاء وجواز الطعن فيه ، لأن ترك الامر للقواعد العامة يثير الشك اذ أن الوفاء لاحد الدائنين قبل غيره ليس فيه انقاص لحقوق المدين أو الزيادة في التزاماته ، على أنه يجب التفرقة بين الوفاء قبل انقضاء الاجل ، والوفاء بعد انقضائه .

فاذا وفي المدين أحد دائنيه قبل انقضاء الاجل ، كان لكل من الدائنين الاخرين أن يطعنوا بعدم نفاذ التصرف وفقا لاحكام التبرعات ، أي دون حاجة الى اشتراط غش المدين الموفى وعلم الدائن المستوفي باعسار المدين . أما اذا كان الوفاء بعد حلول الاجل فلا يجوز الطعن بعدم نفاذه الا في حالة التواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه ، وهو شرط أشد منا تقتضيه القاعدة العامة .

يحه ، وينتقل الحق في الجبس من الشيء الى ثمنه . وهو ما قرره المشروع في المادة ٣١٩ فرؤى تميم حكم هذا الحلول العيني ، على الحالات الاخرى التي يهلك فيها الشيء المحبوس أو يثقل ويترتب على ذلك استحقاق مقابل أو تعويض يلتزم به من أهلك الشيء أو أتلفه وفقاً لأحكام المسؤولية التصريية ، أو مبلغ التأمين الذي تلتزم به الشركة المؤمنة أو ما تدفقه الدولة نظير استهلاك المال المحبوس ، فليس ثمة مبرر لقصر الحلول العيني على حالة بيع الشيء الذي يخشى عليه الهلاك أو التلف دون غيرها من الحالات .

ونص المشروع لا يختلف عن نص القانون السوداني الا في انه استبدل عبارة « الى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض » بعبارة « الى ما يجل محله » الواردة في النص السوداني ، لان الطول في المعنى الفني للمصطلح هو الاثر الذي يربته القانون على الاستبدال الذي يعني وجود مال في الذمة بدلا من مال آخر خرج منها ، وبالتالي فالطول في الفرض المنصوص عليه هو انتقال الحق في الجبس الى مال البدل .

بقي أن انتقال الحق في الجبس من الشيء الى ما يستبدل به ، يثير مسألة كيف يبارس صاحب الحق في الجبس حقه على المال الذي حل محله ، خاصة والغالب أن يكون مبلغا من النقود ، وقد رؤى تنظيم هذه المسألة بالنسبة للرهن المياري ، عندما ينتقل حق الدائن المرتهن الى ما يستبدل بالشيء المرهون على أثر الهلاك أو التلف ، والاكتفاء هنا بالحالة الى أحكام الرهن المياري .

وتعرض المادة ٣٢٢ لحالة خاصة من الحالات التي ينقضي فيها الحق في الجبس بعد وجوده وهي حالة خروج الشيء من يد الحابس . فالحق في الجبس ينقضي في حالات اخرى لا تحتاج الى نص بشأنها ، منها أن يقوم الدائن بالوفاء بالتزامه نحو الحابس ، أو يقدم تأمينا كافيا للوفاء بهذا الالتزام . كما ينقضي الحق في الجبس بالزول عنه صراحة أو ضمنا كما لو طلب الحابس بيع الشيء جبرا على مالكة ليستوفي حقه من ثمنه فلا يكون له عندئذ أن يمنع عن تسليم الشيء الى الراسي عليه المراد تمسكا بحقه في الجبس .

والاصل كما قرره المادة ٣٢٢ أن الجبس ينقضي بخروج الشيء من يد الحابس ، وقد أثر المشروع الا ينقل العبارة المقابلة بقانون التجارة الحالي التي تتكلم عن زوال الحيابة ، إذ أن الجبس لا يقتضي بالضرورة أن يكون الحابس حائزا بالمعنى الذي لمصطلح الحيابة ، ولهذا تكلم النص المصري عن الحيابة أو الاجراز .

على أنه اذا خرج الشيء من يد الحابس دون علمه أو رغم معارضته فله ، وفقا لنص الفقرة الثانية أن يطلب استرداده

النصوص العربية الاخرى ، قد اوردت الحكم الخاص بحق حائز الشيء أو محرزة في جيب الشيء حتى يسترد المصروفات باعتباره تطبيقا اوردته المشروع على وجه الخصوص ، وفي نهاية النص يقرر عدم جواز الجبس اذا كان الالتزام باردا ناشئا عن عمل غير مشروع ، والواقع أنه يكفي النص على هذا الحكم الاخير فيكون مؤدى ذلك أنه استثناء من القاعدة العامة في الجبس أو بتعبير آخر تكون بصدد شرط هو أن يكون وجود الشيء في يد حازره أو محرزه بسبب مشروع . ولهذا صيغت الفقرة الثانية على نحو لا يبرز أن المشروع يضع تطبيقا خاصا ، ولكن لتألفح بأن الجبس في هذا الفرض غير جائز ما دام الالتزام باردا نشئا عن عمل غير مشروع .

وتعرض المادة ٣١٩ لما يترتب على الحابس من التزامات بسبب حيبه الشيء ، فعليه أن يقوم بالمحافظة عليه ، وإن يقدم حسابا عن غلته ، وتقريبا على الالتزام بالحفظ ، اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو التعيب أن يطلب من المحكمة الاذن له في يمه كما يكون له في حالة الاستئصال أن يبيعه دون اذن . وينتقل الحق في الجبس في الحالبين من الشيء الى ثمنه . ونص المشروع لا يختلف عن أحكام الفترين الثانية والثالثة من المادة ٣٣٣ من قانون التجارة الا في أنه أضاف جواز البيع دون استئذان في حالة الاستئصال ، وهو حكم لم تنص عليه التشريعات العربية المقارنة برغم أنه قد يحدث في العمل الايش الوقت للحصول على اذن المحكمة كما لو أن أمين النقل كان يجيب نوعا من الفاكهة أو الخضروات التي لا تحتفل التأخير الى حين الحصول على اذن القضاء والا تلفت .

وقد أفرد المشروع الحكم الخاص بأن حق الجبس في ذاته لا يعطى الحابس حق امتياز على الشيء المحبوس بمساده مستقلة ، هي المادة ٣٢٠ على خلاف قانون التجارة الحالي ، الذي يجمع بينه وبين التزامات الجبس في المادة ٣٣٣ السابقة . وقد هذا المشروع في تقرير الحكم الذي أخذ به هذا القانون الحالي وقوانين البلاد العربية الاخرى ما عدا القانون الاردني الذي ينص على أن الحابس أحق من باقي الغرما في استيفاء حقه .

وتعرض المادة ٣٢١ لحلول ما قد يستحق عند هلاك الشيء المحبوس أو تلفه من مقابل أو تعويض ، حلولا عينيا ، وهو نص لا مقابل له في القانون الكويتي ولا في قوانين البلاد العربية الاخرى فيما عدا القانون السوداني (المادة ٢٣٢) .

هذا مع ملاحظة أن قانون التجارة الكويتي ، والقوانين العربية الاخرى قد طبقت فكرة الطول العيني في حالة خاصة وهي عندما يكون الشيء المحبوس مما يخشى عليه الهلاك أو التلف ، ويثبت يكون للحابس أن يحصل على اذن المحكمة في

بارادة أحد الطرفين وبعامل أو عوامل خارجية لا تخضع لارادته التحكيمية وقد جاء المشروع بحكم المادة ٣٢٥ قلا عن المادة ٢٦٧ مصرى والقوانين العربية التي نقلت عنها .

وأوردت المادة ٣٢٦ ذات الحكم العام الذى تنص عليه المادة ٣٣٨ من قانون التجارة الحالى ، واذ كان مؤدى النص الحالى على عدم قيام الالتزام الا بتحقق الشرط الواقعه هو عدم صلاحية الالتزام قبل تحقق هذا الشرط لمباشرة أى اجراء من اجراءات التنفيذ ، الا أن فترة بقاء الالتزام معلقا على خطر الوجود قانونا دون أن يكون مجرد أمل من الأمال يجعله أساسا صالحا لاتخاذ الاجراءات التحفظية وهو ما رؤى اضافته الى حكم القانون الحالى وعلى نحو ما جرت عليه أكثر التشريعات العربية المقارنة (المادة ٢٦٨ من القانون المصرى وما يقابلها في التشريعات العربية التي نقلت عنه) .

وتقابل المادتان ٣٣٧ و ٣٣٨ من المشروع ما تقرره المادتان ٢٣٩ و ٢٤٠ من قانون التجارة الحالى مع تعديل في أولاهما أدنى الى الدقة في الصياغة وتعام التنسيق بين حكمها والحكم المنصوص عليه بالمادة ٢٤٠ فقد نصت المادة ٣٣٧ من المشروع على أن زوال الالتزام بتحقق الشرط الفاسخ لا يربط الضمان على الدائن اذا استحال عليه الرد بسبب لا يعزى اليه ، وبذلك يتسق حكمها مع ما تقضى به المادة ٣٣٨ من المشروع (المقابلة للمادة ٢٤٠ تجارى) من تجريد الشرط فكان او فاسخا من اثره الرجعى اذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحילה لسبب لا بد للمدين فيه ، وهو ما روعى في التشريع المصرى ، بالمادتين ٢٦٩ و ٢٧٠ مدنى والتشريعات العربية التي سارت على منواله (المادة ٢٧٠ سورى والمادة ٢٥٧ لىبى والمادة ٢٩٠ عراقى) . وقد أخذ المشروع بنظرية القانون القائم وتلك التشريعات بشأن فكرة الاثر الرجعى اعتبارا بأنها تمثل عادة النية المحتملة للمتعاقدين ، ذلك أن مفهوم تعليق الالتزام على الشرط ، أن المتعاقدين لا يعلمان وقت التعاقد ان كان الشرط يتحقق أولا يتحقق ولو انها كانا على معرفة مسبقة بمآل الشرط لما علقا عليه الالتزام وجعلاه التزاما منتجزا من اللحظة التي اعتمد فيها العقد ، ومن أجل ذلك لا يكون الاثر الرجعى للشرط متعلقا بالنظام العام فيجوز للمتعاقدين أن يتشقا على خلاف مقتضاه ، كما يمتنع الاثر الرجعى للشرط اذا تعارض وجوده مع طبيعة العقد .

(ثانيا) الاجل :

تتفق المواد ٣٢٩ و ٣٣٠ و ٣٣١ من المشروع على التوالى مع الاحكام المقررة بالمواد ٢٤١ و ٢٤٢ و ٢٤٣ من قانون التجارة الحالى ، مع تعديل في صياغة أولاهها التي تنص على معنى الاجل بنوعيه تحقيقا للتجانس مع الصياغة التي آثرها

خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشيء من يده وقبل اقفاء سنة من وقت خروجه وهذا الحكم متفق مع نص القانون الكويتي والقوانين العربية الأخرى .

الباب الثالث

الاصناف المعدلة لآثار الالتزام

الفصل الاول

الشرط والاجل

(مواد ٢٢٢ - ٢٢٥)

(اولا) الشرط :

تعرض المادة ٣٣٣ من المشروع لحكم الشرط فتتطلب أن يكون الالتزام الشرطى معلقا في قيامه أو في زوال وجوده على أمر مستحيل وغير محقق الوقوع ، أما اذا علق على أمر تسم وقوعه في الماضي كان الالتزام منجزا ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك . وإن علق على أمر محقق الوقوع كان الالتزام مضافا الى أجل ، ويتفق المشروع في ذلك مع ما تقرره المادة ٢٣٦ من قانون التجارة الحالى مع تعديل في الصياغة يجعل المعنى المراد سهل التناول . وهو ما جرت به نصوص المواد ٢٦٥ مصرى ، ٢٥٢ لىبى ، ٢٦٥ سورى .

وقد أخذت المادة ٣٣٤ من المشروع بما تقرره المادة ٢٣٧ من قانون التجارة الحالى عن الشرط غير الممكن أو المستحيل مع تعديل في الصياغة أدنى الى دقة العبارة وأوفي في الاحاطة بالحكم المقصود وقد حذا المشروع في ذلك حذو القانون المصرى والقانون السورى والقانون الليبى بالمواد ٢٦٦ و ٢٦٥ و ٢٥٢ على التوالي ويكون الشرط غير ممكن اذا كان أمرا مستحيل الوقوع وعلى أن تكون الاستحالة مطلقة فان كانت استحالة نسبية فانها لا تعيب الالتزام وتعتبر الاستحالة نسبية اذا غلب على الفكر المكان وقوعها .

وتقرر المادة ٣٣٥ حكما يقضى بعدم قيام الالتزام المقترن بشرط واقف يتعلق بمحض ارادة الملتزم اعتبارا بأنه من شأن الشرط في هذه الصورة أن يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية . فاذا جاء الشرط على أساس أن المدين يلتزم اذا شاء أو أن وجد ذلك مناسباً له كان شرطا باطلا لا يولد معه الالتزام ، انما اذا كان الشرط فاسخا فانه يكون صحيحا ولو تعلق بمحض ارادة المدين ، لان الالتزام قد وجد صحيحا وتامسا وتنتقل ارادة المدين بشأن الإبقاء عليه أو فسخه ، ويراعى أيضا أن الشرط يصح اذا كان رهينا بارادة الدائن وحده فيكون الالتزام المشروط معلقا على ارادة هذا الدائن فله أن يتنصى الدين من المدين وله أن يخله منه ، وغنى عن البيان أن البطلان لا ينطبق على الشرط المختلط وهو ما يكون مرتبطا

لتغطية طفيفة في الصياغة ومؤدى حكم أولاهما أنه إذا تبين من الظروف ان المدين قصد اضافة التزامه الى أجل هو مسيرته أو قدرته على الوفاء فانه يكون للدائن أن يطلب من المحكمة تعيين الموعد المناسب لذلك الوفاء ، وتلتزم المحكمة من الظروف والملايسات الموعد الذى تقدر أن يكون المدين عند حلوله موسراً أو مقتدراً على الوفاء بالالتزام مراعية في التقدير موارد المدين عند نظر الدعوى وما يتوقع أن يرد اليه من اموال وموارد في المستقبل وواضحة في اعتبارها أن المدين سينتهج فيما يجره ذات درجة العناية التي يبذلها الشخص الحرص على الوفاء بالتزامه ، وتنص المادة ٣٣٥ المقابلة للمادة ٢٤٧ على حكم تفرضه الطبيعة القانونية للاجل الفاسخ ، فالحق المترن بأجل من هذا القبيل يكون زواله محققاً منذ البداية وتبعاً لذلك يستنع التأويل بأن نية الطرفين انصرفت في الاثر الرجعى اذا لا محل لهذا التأويل اذ امر محقق الوقوع .

الفصل الثانى

تعدد محل الالتزام

(الواد ٢٢٦ - ٢٤٠)

(اولا) الالتزام التخييري :

جاء المشروع بالمادتين ٣٣٦ و ٣٣٧ متققاً مع ما تقضى به المادتان ٢٤٨ و ٢٤٩ من قانون التجارة الحالى . ويعتبر الالتزام تخييراً في حكم المادة الاولى اذا كان هناك تمسك في محل الالتزام على نحو يضيق مكنة الاختيار بين ما تعدد اليه المحل . فاذا لم يصح الالتزام بأكثر من امر واحد بسبب عدم توفر الشروط القانونية فيما عداه لعدم مشروعيته أو لعدم امكانه مثلاً فان الالتزام يكون مجرداً من وصف التخيير وليس له الا محل واحد وهو ذلك الذى صح الالتزام به ، ويلزم الا يتداخل في منطقة الالتزام التخييري نظم قانونية اخرى تشته به وأخصها الشرط الجزائي الذى لا يعدو أن يكون تقديراً اتفاقياً للتجويض عن اخلال المدين بالتزامه فهو بمثابة كل تعويض آخر لا يقوم محلاً ثانياً الى جانب المحل الاصلي الذى انضب الالتزام عليه فيمتنع على المدين أن يختار التعويض بالشرط الجزائي دون التنفيذ العيني اذا كان هذا التنفيذ ممكناً ومطالب به الدائن ، كما يستنع على الدائن أن يختار الشرط الجزائي اذا كان التنفيذ العيني ممكناً وعرضه المدين . واستكمالاً لما تقرره المادة ٢٤٩ من قانون التجارة أضاف المشروع الى المادة ٣٣٧ المقابلة لها حكيمين جديدين يقضى أولهما بأنه اذا لم تعين مدة الخيار تولت المحكمة تعيين المدة المناسبة تبعاً للظروف ، ويمالج الاخر حالة تعدد من يكون لهم الخيار كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن وقد استلزم النص اتفاق أولئك

المشروع ببادته ٣٣٣ في بيان نوعى الشرط . والحق المترن بأجل موقوف حق له وجود كامل فينتقل من صاحبه الى الغير بكافة الاسباب التي تنتقل بها الحقوق الاخرى ولذلك تقرر المادة ٣٣٠ أن لصاحبه أن يجرى فيه الاعمال اللازمة للمحافظة عليه وصيائته ، ولا يجوز للمدين أو غيره أن يحول بينه وبين ما يتخذ من هذه الاعمال ، كما ان له أن يقسوم بالاعمال والاجراءات التحفظية كوضع الالتزام وقيد رهون الرسمية والتدخل في القسمة وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشي اعسار المدين أو افلاسه واستند في ذلك الى سبب معقول يبرره وفي هذه الحالة اذا لم يقدم المدين التأمين سقط الاجل وصار الالتزام منجزاً ، وترتبط على ما للحق المؤجل من ماهية الوجود الكامل فانه اذا هلك الشيء ، الذى يكون محلاً له بسبب اجنبى قبل حلول الاجل وقع هلاكه على الدائن لا على المدين . وتنص المادة ٣٣١ على حكم تمليه القواعد العامة وهو حلول الاجل بالزول عنه من له مصلحة فيه ، فلصاحب المصلحة وحده أن يتنازل عما تقرر من أجل لمصلحته هو ، وينب أن يكون الاجل لمصلحة المدين وانما يمكن أن يتحضر لمصلحة الدائن كما هي الحال في الوديعة فلا يملك التنازل عن الاجل في الحالة الاولى الا المدين ولا يملكه في الحالة الثانية الا الدائن فاذا كان الاجل لمصلحتهما معا لم يجز لاحدهما أن يتفرّد بالتنازل بل يصح تراضيها شرطاً للتنازل في هذه الصورة .

وقد أخذ المشروع في المادة ٣٣٣ بأسباب سقوط الاجل كما اوردها المادة ٢٤٤ من قانون التجارة الحالى وانما رؤى أنه من الملائم في خصوص السبب الثاني من تلك الاسباب انه اذا كان اضعاف التأمين قد وقع بعلة لا بد للمدين فيها ، فان المدين يكون له الخيار بين قبول سقوط الاجل أو تقديم تأمين كاف لتغطية الدين ، فلا مبرر في هذه الصورة لما يجرى به النص الحالى من جعل الخيار الثاني هو تكملة التأمين الى القدر الذى كان عليه قبل اضعافه اذ يمكن أن تربو قيمته الاصلية كثيراً على قدر الدين ، وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٢٣٣ مصرى والتشريعات العربية التي حدثت حدوه .

كذلك أخذ المشروع في المادة ٣٣٣ بما تقضى به المادة ٢٤٥ من قانون التجارة الحالى من أن موت المدين يترتب عليه حلول الدين المؤجل وهو حكم يرجع في أصله الى بعض الآراء في الفقه الاسلامي ، ويستثنى من ذلك الحكم الدين المضمون بتأمين خاص ، ورأى المشروع اضافة استثناء آخر استمده من مذهب الحنابلة بمنع سقوط الاجل اذا قدم الورثة ضماناً كافياً تقديراً بنا في هذه الصورة من التصون لحق الدائن . وتتفق المادتان ٣٣٤ و ٣٣٥ في حكمهما مع ما تنص عليه المادتان ٢٤٦ و ٢٤٧ من قانون التجارة الحالى مع تعديلات

وإذا كان التكليف الاصلى هو وحده محل الالتزام البدلى على وجه الافراد فانه من ثم يكون هو المناط في تعيين طبيعته ذلك الالتزام ، فتتحدد ماهية الالتزام البدلى على اساسه باعتباره عقاريا أو متقولا كما يقدر الالتزام بقدره فيما يتعلق بالقيمة والاختصاص ، وإذا هلك التكليف الاصلى بغطا المدين فلا يكون للدائن الا أن يطالب بالتعويض عنه وليس له أن يطالب البدل فليس البدل محلا للالتزام وإنما يجوز للمدين اذا شاء أن يوفي بالبدل فيتبرق دفع التعويض .

ويقابل تلك المادة في التشريعات العربية ويتفق معها في الحكم المواد ٢٨٧ مصرى ، ٢٧٨ سورى ، ٢٦٥ ليبيى ، ٣٠٢ عراقسى ، ٦٨ و ٦٩ لبنانى .

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

(الواد ٢٤١ - ٢٦٢)

١- (اولا) التضامن :

جاء المشروع بالمادتين ٣٤١ و ٣٤٢ مقابلا للمواد ٢٥٣ و ٢٥٤ و ٢٥٨ من قانون التجارة الحالى وهى تتفق مع الاحكام المقابلة في التشريعات العربية المصرى ٢٧٩ و ٢٨٠ والسورى ٢٧٩ و ٢٨٠ واليبيى ٢٦٦ و ٢٦٧ ، والراقي ٣١٥ و ٣١٦ . وتعين المادة ٣٤١ مصدر التضامن سواء بين الدائنين أو بين المدينين اذ تنص على أن التضامن في التالين لا يفترض فلا يكون التضامن بنوعه الا بناء على نص في القانون أو بناء على اتفاق بين الطرفين وليس المقصود باتفاق الطرفين أن يكون التضامن مشروطا بصريح العبارة اذ يكفي أن تتصرف اليه الارادة ضمنا بدلالة لا خفاء فيها ، فاذا لابس الشك هذه الادلة وجب تأويلها لنفى التضامن لا لاثباته وذلك كله مع مراعاة قواعد التجارة .

١ - التضامن بين الدائنين :

وقد زيد على المادة ٣٤٢ من المشروع المقابلة للمادة ٢٥٤ من القانون الحالى حكم جديد يوجه الحالة التي تنسم بها رابطة بعض الدائنين بوصف يختلف عن رابطة الآخر كأن يكون دين أحدهم معلقا على شرط أو مضافا الى أجل خلافا للباقيين ويقضي هذا الحكم بالاعتداد بالوصف اذاجامت المطالبات من الدائنين ذى الرابطة الموصوفة . وعدم الاحتجاج بذلك الوصف عندما تكون المطالبة من الدائنين الآخرين .

وقد استمد المشروع المواد ٣٤٣ و ٣٤٤ و ٣٤٥ من المواد ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٧ على التوالي من قانون التجارة الحالى وبما يوافق احكامها ويتيح نص اولها للمدين أن يوفى الدين يتسامه أن يختاره من الدائنين للتضامن ولا يكون لهذا الدائن أن يرفض استيفاء ما يزيد على نصيبه من الدين بل عليه أن يقبضه كله

أو هؤلاء جميعا على الخيار في المدة المحددة له والا توكله المحكمة في الصورة الاولى وانتقل الخيار الى المدين في الصورة الثانية ، وقد استمد هذا الحكم الاخير من القانون المصرى (مادة ٢٧٩) والتشريعات العربية التي نقلت عنه المادة ٢٧٩ سورى والمادة ٢٦٣ ليبيى وتقابلا في القانون العراقي المادة ٢٩٩) والالتزام التخيبرى يقابله في الفقه الاسلامى خيار التعيين ، ولا يجوز عندهم أن يقع على أكثر من ثلاثة اشياء ويلزم فيه ذكر المدة على خلاف في رأى . ويتفق حكم المادة ٣٣٨ مع ما تنص عليه المادة ٢٥١ من قانون التجارة مع تعديلات لفظية فيه لضبط الصياغة ويقابله في التشريعات العربية ويغير مخالفة في الاحكام المادة ٢٧٧ مصرى ، ٢٦٧ سورى ، ٢٦٤ ليبيى ، ٣٠١ عراقسى و ٦٦ وما بعدها لبنانى .

ومؤدى ذلك النص الذى اوردته المشروع انه اذا هلك احد الشئين موضع الخيار لسبب اجنبى فان الالتزام ينحصر محله في الشيء الباقي ولا يكون للمدين الا أن يختاره وهذا هو ما تقتضيه أيضا تطبيق القواعد العامة ، فاذا شمل الخيار أكثر من شئين وهلك احدها كان للمدين أن يعين محل الالتزام في شيء من الخيارات الباقية ، وان هلكت الخيارات جميعا انقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ ، أما ان كان الهلاك بغطا المدين وتناول شيئا واحدا فان محل الالتزام يتركز في الشيء الاخر أو يبقى للمدين خياره في الاشياء الباقية اذا تعددت وان ترب على خطأ المدين هلاك الشئين أو الاشياء جميعا فان التزام المدين ينحصر في اخرى هلك منها وبذلك يلزم بدفع قيمة هذا الشيء الذى هلك اخرى . وتقابل المادة ٣٣٩ ما تنص عليه المادة ٢٥٠ من قانون التجارة وتتفق معها في الحكم بأن المدين اذا مات قبل أن يعمل الخيار المقرر له انتقل حقه في هذا الشأن الى ورثته ، ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة في القانون وقد ورد عليه نص صريح بالمادة ٣٠٠ من القانون العراقي والمادة ٥٩ من القانون اللبناني وكذلك يرى الفقهاء المسلمون أن خيار التعيين ينتقل الى الورثة بعد موت المدين .

ويترتب على تعدد ورثة المدين وامتناع احدهم فقط أو بعضهم عن اختيار أحد محال الالتزام ما يترتب على مثل هذا الوضع في حالة تعدد المدينين في الاصل اذ يعتبر الورثة جميعهم في حكم المتعينين عن افعال حق الخيار ويتولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام بناء على طلب الدائن .

(ثانيا) الالتزام البدلى :

أخذ المشروع في المادة ٣٤٠ بما يقرره قانون التجارة بالمادة ٢٥٢ في شأن الالتزام البدلى ويكون الالتزام بدليا كما هو واضح في النص اذا انحصر المحل في أمر واحد يعين ابتداء مع تخويل المدين الحق في الوفاء بمحل بدلى عنه ، ومثاله أن يتفق المقرض مع المقرض على أنه يجوز عند حلول الاجل بدلا من الوفاء بمبلغ المقرض تقديم عروض معينة أخرى وينبى على تقديمها براءة ذمة المقرض .

الروابط أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة و متميزة عن الروابط التي تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإذا تيممت الرابطة الخاصة بواحد من المدينين المتضامين بقيت روابط سائر المدينين سليمة . وقد أضيف الى الفقرة الاولى حكم جديد يقضى بأن رجوع الدائن على مدينيه المتضامين أو بعضهم يكون في حدود ما قد يلايس وروابطهم المتعددة من أوصاف يطالغ بعضها بعضاً ، فقد يكون أحدهم مديناً تحت شرط ويكون دين غيره منجزاً أو مضافاً الى أجل ، فلا يكون للدائن أن يطالب المدين تحت شرط الا عند تحقق الشرط أو أن يطالب المدين المؤجل دونه الا عند حلول الاجل .

على أن المشروع لم ينقل الى الفقرة الثانية ما تنص عليه المادة ٢٥٩/٢ من قانون التجارة من أنه « ولا يجوز للمدين الذي يطالغ الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر الا بقدر نصيب هذا المدين اذا كان قد اقتضى بوجه من الوجوه ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً » وانما أثر فيما أورده بالفقرة الجديدة نصاً أكثر سدداً فيضع اولاً القاعدة العامة فيما يتعلق بالدفع التي يتسلك بها كل من المدينين المتضامين في مواجهة الدائن . ومؤدى هذه القاعدة أنه اذا كانت رابطة أحد المدينين المتضامين خاضعة لدفع خاص به كان يكون رضاه مشوباً بغلط أو تدليس أو اكراه أو نقص في الاهلية فانه يتسلك بهذا الدفع في مواجهة دائته ولا يقبل من غيره من المدينين أن يحتج به ، واما أوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامين كما اذا كان العقد المنشئ للالتزام التضامني باطلاً في الاصل لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو كان العقد قابلاً للفسخ لتخلف الدائن عن الوفاء بالتزامه التبادل للمدينين المتضامين فانه يكون لكل من هؤلاء أن يتسلك بالفسخ في وجه الدائن .

أما في احوال افضاء الالتزام فانه اذا كان الاقتضاء بسبب الوفاء عيناً أو بمقابل من جانب أحد المدينين المتضامين فان هذا السبب يعتبر مشتركاً بين جميع المدينين ويكون لكل منهم أن يحاج الدائن به ، واذا كان افضاء الالتزام قد وقع بالنسبة لأحد المدينين المتضامين ولسبب غير الوفاء فان المدينين الآخرين لا يكون لهم الاحتجاج به الا في حدود نصيب المدين الذي اقتضى الالتزام لصالحه وبما يتفق مع طبيعة كل سبب من تلك الاسباب وذلك على التفصيل المبين فيما يلي .

فقد جاء المشروع بالمادة ٣٤٧ لتقرر حكم الوفاء من أحد المدينين وهو يتفق مع ما تنص عليه المادة ٢٦٠ من قانون التجارة الحالي وانما أعيدت صياغتها لاجلها حكمها المقصود ، واقتضى ذلك وضعها في فقرتين تنص الاولى على أنه اذا قضى أحد المدينين المتضامين الدين بوفائه عيناً أو بمقابل فانه يبرأ

فان امتنع جاز للمدين أن يعرضه عليه عرضاً حقيقياً ويترتب عليه براءة ذمته قبل ذلك الدائن وسائر الدائنين ، ولكن لا يستطيع المدين أن يفرض على أحد الدائنين وفاء بقدر حصته من الدين اذ يعتبر ذلك وفاء جزئياً يحق للدائن أن يرفضه ، ولكل من الدائنين المتضامين أن يعترض على وفاء المدين لاحدهم بكل الدين فقد يصدوه في ذلك الاعتراض التوقي من خطر اعسار الدائن الذي اختاره المدين للوفاء اليه ويتعين على المدين في هذه الصورة أن يوفي الى المترض قدر نصيبه في الدين وقد اشترط المشروع أن يكون الاعتراض بانذار رسمى يعلن الى المدين لينتجسب الاثبات على حصول الاعتراض وهو النهج الذي يتبعه قانون التجارة الحالي والقانون العراقي في المادة ٣١٧ خلافاً لما تجرى به القوانين العربية الأخرى من الاكتفاء بالنص على أن المدين ينتجسب عن الوفاء لمن اختاره من الدائنين المتضامين اذا اعترض أحد هؤلاء على الوفاء (٢٨٠ مصرى ، ٢٨٠ سورى ، ٢٦٧ ليبى) . واذا مات أحد الدائنين المتضامين أقسم الدين على ورثته فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين فلا يستطيع المدين أن يني لاحد الورثة الا بقدر حصته في الميراث ولا يجوز لوارات أن يطالغ الا بنسبة هذه الحصص في الدين .

وتضع المادة ٣٤٤ القاعدة العامة في حالة براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامين بسبب غير الوفاء وتقضى بأن المدين لا تبرأ ذمته بالنسبة الى باقي الدائنين الا بقدر حصص الدائن الاول في الدين اعتباراً بأن اسباب افضاء الالتزام بغير الوفاء هي اسباب خاصة بمن اقتضى التزامه بسبب منها . فلا يضار بها بقية الدائنين اذ تستمر ذمة المدين مشغولة ببقاى الدين بالنسبة لهؤلاء الدائنين . كما لا يجوز أن ينفذ قبلهم أى عمل يقع من أحدهم اذا كان من شأنه الاضرار بهم .

وترسى المادة ٣٤٥ القاعدة في العلاقة بين الدائنين المتضامين واذا كانت صلة الدائنين بالمدين تؤسس على اعتبار الدين وحدة ولا تتجزأ فان الصلة بين الدائنين المتضامين بعضهم وبعض تؤسس على تقسيم الدين ومن ثم فان ما يستوفيه أحدهم يعتبر من حق جميعهم ويوزع بينهم بنسبة حصص كل منهم ما لم يوجد اتفاق أو نص في القانون يقضى بغير ذلك .

٢ - التضامن بين المدينين :

وعالج المشروع بعد ذلك التضامن بين المدينين وجاء أولاً بالمادة ٣٤٦ مقابلاً للمادة ٢٥٩ من قانون التجارة وتنص بالفقرة الاولى على حق الدائن في مطالبة مدينيه المتضامين معاً أو مطالبة أحدهم على سبيل الافراد أو مطالبة بعضهم دون البعض اعتباراً بأن هذا التضامن شأنه كالتضامن الايجابى منوط بفكرتين الاولى وحدة المحل والاخرى تعدد الروابط والمقصود بوحدة المحل في مقام التضامن السلسلي أن كلا من المدينين المتضامين ملزم في مواجهة الدائن بالدين كاملاً غير منقسم ، والمقصود بتعدد

التشريعات العربية (٢٨٧ مصرى و ٢٨٧ سورى و ٢٧٤ لىبى و ٣٢٤ عراقى) .

ويواجه نص المادة ٣٥٠ من المشروع حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحد مدينه المتضامين ، ويتحقق ذلك اما عن طريق خلافة الثانى للاول ، واما عن طريق خلافة الاول للثانى ، وفي كلتا الحالتين لا ينقضى الدين الا بقدر حصة هذا المدين فيه وحكم هذه المادة مأخوذة عن المادة ٢٦٣ من قانون التجارة الحالى وهو مطابق لما تنص عليه المادة ٢٨٨ من القانون المصرى وما يقابلها فى القوانين العربية الاخرى .

وتعرض المادة ٣٥١ للحكم فى حالة ابراء أحد المدينين المتضامين على وجه يوافق نص المادة ٢٦٤ من قانون التجارة الحالى مع تعديل فى صياغتها أقرب الى الدقة والوضوح ، ومع إضافة حكم جديد يها روى أن من الملائم النص عليه صراحة وان كان من يتفق مع القواعد العامة وذلك حسنا لاي خلاف محتمل فى رأى بشأنه ، ذلك أن القانون القائم يقضى بأن الدائن اذا ابرأ أحد المدينين المتضامين مع المدين كان له أن يرجع على المدينين المتضامين الآخرين بالدين منقوصا منه حصة من ابرىء ، وقد أخذ المشروع بذلك الحكم وزاد عليه أن الدائن اذا كان عند ابرائه لمن ابراه من المدينين قد احتفظ بحقه فى الرجوع على بقية المدينين بكل الدين فانه يحل له فى هذه الصورة مطالبة هؤلاء المدينين أو من يشاء مطالبة منهم بالدين بتمامه ، ويكون لمن يوفى الدين أن يرجع بدوره على المدين الذى ابراه الدائن ويقتدر حصته فى ذلك الدين . واستمد المشروع هذا الحكم الذى أضافه من القانون المصرى بالمادة ٢٨٩ والقوانين العربية التى نقلت عنه (٢٨٩ سورى و ٢٧٦ لىبى) .

وفى المادتين ٣٥٢ و ٣٥٣ استكمل المشروع بقية أحكام ابراء أحد المدينين المتضامين سواء من الدين أو من التضامن فيه فقط بما يتفق مع أحكام المادتين ٢٦٥ و ٢٦٦ من قانون التجارة القائم مع إعادة صياغة بعض عباراتها صياغة أكثر دقة وضبطا استمدعا المشروع من بعض التشريعات العربية فى المواد المقابلة (٢٩٠ الى ٢٩٢ مصرى ، ٢٩٠ الى ٢٩٢ سورى ، ٢٧٧ الى ٢٧٩ لىبى) . وقد استبدل المشروع بما تجرى به المادة ٢٦٧ من نص على تقادم الدعوى العبارة التى أوردها بالمادة ٣٥٤ وهى امتناع سماع الدعوى بمرور الزمان أخذًا بالمصطلح عليه فى الفقه الاسلامي وعلى نحو ما يأخذ به نص المادة ٣٢٩ من القانون العراقى .

وجاء المشروع فى المادة ٣٥٥ بحكم يطابق ما تنص عليه المادة ٢٦٨ من قانون التجارة الحالى ويشكل هذا الحكم تطبيقا دقيقا لقاعدة مستقرة بأن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين

من ذلك الدين ويبرأ معه بقية المدينين ، فاذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من أي مدين متضامن كان لهذا المدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن يعرض الدين عليه عرضا حقيقيا وفقا للاجراءات المقررة وبذلك تبرأ ذمته كما يبرأ باقى المدينين المتضامين . وتقتضى الفقرة الثانية بأنه اذا تمت حوالة الدين من أحد المدينين المتضامين الى شخص آخر برىء هذا المدين ويرى أيضا المدينون الآخرون ما لم يرضوا بالحوالة وذلك على اعتبار أن أولئك المدينين أجانب عن الحوالة فلا يجوز أن تسرى فى حقهم بغير رضاه من جانبهم ، وبذلك يتحقق التنسيق واضحا بين حكم هذه الفقرة وبين ما تنص عليه المادة ٣٨١ من المشروع والمقابلة للمادة ٢٩٨ من قانون التجارة الحالى من أنه اذا تمت حوالة الدين فان الكفيل عينيا كان أو شخصيا لا يبقى ملتزما قبل الدائن الا اذا رضى بالحوالة . وتقابل هذه المادة فى القوانين العربية المواد ٣٢٢ عراقى و ٢٨٤ مصرى و ٢٨٤ سورى و ٣٧١ لىبى .

وفى شأن تجديد الدين بين الدائن وأحد مدينيه المتضامين أخذ المشروع فى المادة ٣٤٨ بما يقرره قانون التجارة القائم فى المادة ٢٦١ وهى مطابقة فى الحكم والصياغة مع نصوص القوانين العربية بالمادة ٢٨٦ مصرى و ٢٨٦ سورى و ٢٧٣ لىبى ، ٣٣٣ عراقى كما تتفق مع حكم المادة ٣١ لىباني ، وتقوم فى أساسها على خصيصة يتسبب بها التجديد اذ ينقضى به الالتزام الاصلى بتوابعه وتأميناته وينشأ فى مكانه التزام جديد يختلف عن الالتزام القديم الذى انقضى بما كان له من صفات وتوابع وتأمينات ، ويعتبر من تأمينات الدين القديم التضامن بين المدينين فيقتضى باقتضاء هذا الدين ، وعلى ذلك اذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامين على تجديد الدين استتبع ذلك قضاء الدين القديم وبرائة ذممة جميع المدينين المتضامين . أما اذا أراد الدائن أن يجدد الدين مع أحد المدينين دون أن يفقد التزام المدينين المتضامين الآخرين بالمدين القديم فيكون لزاما عليه وقت اجراء التجديد أن يفسح عن يديه بأنه لا يقصد من التجديد ابراء ذممة باقى المدينين المتضامين كما أنه يمكنه من باب أولى أن يتفق مع هؤلاء المدينين على بقاء التزامهم التضامنى القديم .

وتنص المادة ٣٤٩ على الحكم فى حالة وقوع المقاصة بين الدائن وأحد المدينين المتضامين ، واذا كان من شأن المقاصة قضاء الدين الذى انصب عليه القصاص ، ومن ثم يتمتع على الدائن أن يرجع على المدين الذى اقتضى دونه بالمقاصة ولا يبقى له الا الرجوع على بقية المدينين المتضامين فيحق له مطالبة كل منهم بجملة الدين بعد استئزال حصة المدين الذى وقم القصاص معه . وقد نقل المشروع هذا الحكم عن المادة ٣٦٢ من قانون التجارة القائم وهى مطابقة للمواد المقابلة فى

الحكم هو توجيه البين الى واحد فقط من المدينين المتضامين، أما اذا وجه الدائن البين الى جميع المدينين فلهذا بعضهم وتكفل بعض آخر فان تطبيق القواعد العامة يؤدي الى أن من تكفل يضار بتكوله ولا يستفيد من حلف الآخرين . وتقابل هذه الاحكام في التشريعات العربية أحكام المواد ٢٩٥ و ٢٩٦ مصرى و ٢٩٥ و ٢٩٦ و ٢٩٢ و ٢٨٣ لىبي و ٣٣٢ و ٣٣٣ عراقى .

وتناول المشروع فى المادة ٣٥٩ بفقراتها الثلاث علاقة المدينين المتضامين فيما بينهم وتقابل النفقة الاولى الماديين عبارتها يقتضيه الايضاح وتنسيق أحكامها مع القواعد العامة وتقتضى تلك الفقرة بأنه اذا وقى أحد المدينين المتضامين الدين كله أو ما يزيد على حصته فيه أو قام بهذا أو ذلك بطريق من الطرق الاخرى المعادلة للوفاء ، فسانه يرجع على بقية المدينين كل بقدر حصته فى الدين أو فى تلك الزيادة، أى أن حقه فى الرجوع يكون حيث يقضى الدين بوفاء عيناً أو بما يعادله سواء كان وفاء بمقابل أو تجديداً أو مقاصة أو اتحاد ذمة ، أما اذا اقتصى الدين بالنسبة الى أحد المدينين المتضامين بسبب لا يعتبر معادلاً للوفاء كالأبراء والتقدم فلا رجوع له على غيره من المدينين لأنه لم يدفع الدين أو مقابل له .

وأنى المشروع فى الفقرة الثانية بحكم جديد يرسى القاعدة الاصلية فى تقسيم الدين فى العلاقة بين المدينين المتضامين وهو يقضى بأن الدين ينقسم بين المدينين حصصاً متساوية فاذا وجد اتفاق بينهم على خلاف ذلك انقسم الدين بالنسب المتفق عليها وان كان هناك نص خاص فى القانون بطريقة التقسيم حددت الحصص طبقاً لذلك النص . واستند المشروع هذا الحكم من القانون المصرى بالمادة ٢/٢٩٧ والقوانين العربية التى نقلته عنه ٢/٢٩٧ و ٢/٢٨٤ لىبي . ويتفق مع أحكامها المادة ٣٩ لبنانى .

وأخذ المشروع الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٩ قلا عن المادة ٢/٢٧٢ من قانون التجارة الحالى الذى استمدها بدوره من نصوص القوانين العربية السابقة ، ويؤدى حكمها الى أن العبرة فى قيام الاعسار بين أعسر من المتضامين والذى يتنجح لمن أوفى الدين منهم الرجوع على سائرهم بنصيب الممسر ، تكون بالوقت الذى يحصل فيه الرجوع الا أن ثبت أن المدين الموفى قد تراخى فى الرجوع حتى أعسر الممسر فيكون قد أغلظ من جانبه ولا يحق له أن يحصل المدينين المتضامين الآخرين

تكون فيما بينهم وليس فيما يضرهم ، فكل خطأ يقع فى تنفيذ الالتزام لا يكون مسئولاً عن التعويض عنه غير فاعله أو فاعليه من المدينين المتضامين ومقدراً بقدر خطئه جسيماً كان أو يسيراً ولا تتعدى المسئولية عن الى المدينين الآخرين بل أن مسئولية هؤلاء تبقى فى حدود تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً وكذلك فان اعذار أحد المدينين المتضامين او رفع الدعوى عليه لا ينتج أثره الا بالنسبة اليه فلا يغير بحال من المراكز القانونية لباقي المدينين ، أما اذا وجه أحد المدينين المتضامين اعذاراً الى الدائن فان المدينين الآخرين يفيدون منه ويكون شأهم فى ذلك شأن المدين الذى صدر الاعذار عنه . ويتفق حكم هذه المادة مع ما تنص عليه المادة ٢٩٣ من القانون المصرى والقوانين العربية التى أخذته عن ذلك القانون (٢٩٣ سورى ، ٢٨٠ لىبي ، ٣٣٠ عراقى) .

وأخذ المشروع المادة ٣٥٦ قلا عن نص عليه المادة ٢٦٩ من قانون التجارة القائم ومؤدها أن الصلح بين الدائن وأحد المدينين اذا انطوى على ابراء من الدين او من جزء منه كان لباقي المدينين أن يفيدوا منه وكذلك يكون الحكم اذا تضمن الصلح أية صورة من الصور تخفيفاً من أعباء الدين اعتباراً بما بين المدينين من نيابة تبادلية فيما ينفع ، وغنى عن البيان أنه بالنظر الى أن الصلح لا يقبل التجزئة فلا يجوز للمدينين المتضامين الآخرين أن يتمسكوا بالجزء الذى يفيدهم فى الصلح وأن يطرحوا ما يضرهم بل انهم اذا ما احتجوا بالصلح لانه فى مجموعهم يفيدهم يجب أن يتحملوا به كله .

وعرض المشروع فى المادتين ٣٥٧ و ٣٥٨ لتطبيقات أخرى للقاعدة العامة فى اعمال فكرة نيابة التبادلية بصدد الاقرار واليبين وحجية الشيء المقضى به أخذاً فى ذلك مأخذ قانون التجارة فى المادتين ٢٧٠ و ٢٧١ ولكن أدخل المشروع بعض التعديلات فى الصياغة التى جاء بها كما أثر النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٧ على أن حلف أحد المدينين المتضامين لليبين يفيد منه الباقر واستيعد منه ما يفيقه الحكم المقابل فى المادة ٢٧٠ من القانون الحالى من أن هؤلاء المدينين الآخرين يستفيدون اذا نصبت البين على المديونية لا على التضامن . اعتباراً بأن هذه الاضافة فضلة زائدة إذ لا تصور استفادة المدينين من يمين يهلفها أحدهم ينكر بها وجود التضامن . وما يجدر التنويه به أن المجال انذى يتناونه

الأب الرابع

انتقال الالتزام

الفصل الاول

(المواد ٣٦٤ - ٢٧٦)

ترسى المادة ٣٦٤ الاصل العام في حوالة الحق على نحوما يقره قانون التجارة العالي بالمادة ٢٧٧ منه - نقلا عن المادة ٣٠٣ مصرى والتشريعات العربية التي أخذت عنه (٣٠٣ سورى ٢٩٠ لیبى ، ٣٦٢ عراقى) - وحاصل ذلك أن الحوالة تردبصفة عامة على كافة الحقوق الشخصية ، واما محل الحوالة فانه يكون في الغالب الاعم التزاما يبلغ من النقود ، ويسكن أن يكون محلها التزاما بعمل كاستيفاء منفعة العين المؤجرة بمقتضى حق المستأجر في مواجهة المؤجر ، على أن مبدأ حوالة الحقوق الشخصية لا يجرى على اطلاقه اذا أن للطرفين الاتفاق على عدم جواز الحوالة كما يحول دونها أن يكون الحق ناقبا بطبيعته لمكنة الانتقال الى دائن اخر كما هو الشأن في العقود التي ينظر فيها الى شخصية المتعاقد الذاتيه ، وكذلك قديص القانون صراحة على عدم جواز الحوالة لاعتبارات معينة ، وتورد المادة ٣٦٥ واحدا من التطبيقات لهذه الحالة الاخيرة تقتضى بأنه لا تجوز الحوالة في الحق الا في القدر القابل منه للحجز وهو حكم نقله المشروع عن المادة ٢٧٩ من قانون التجارة الذي أخذه بدوره من المادة ٣٠٤ مصرى والتشريعات العربية التي نقلت عنه ، وما لم يوجد أحد تلك الموانع التي تحول من حوالة الحق فانه يكفى لاتخاذ الحوالة التراضى بين المحيل والمحال له ودون حاجة الى رضاء المدين الذى يصبح محالا عليه بمجرد انعقاد الحوالة بين طرفيها . ومع ذلك فان الحوالة اذا انعقدت صحيحة فانها لا تنفذ ولا تعتبر حجة على المدين أو الغير الا بتوقيته اجراءات معينة تكفلت بيانها المادة ٣٦٦ من المشروع - بما يطابق المادة ٢٧٩ من قانون التجارة والمأخوذة في أصلها من المادة ٣٠٥ مصرى والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي سارت على نهجها - ومؤداها أن الحوالة لا تعتبر حجة على المدين الا بقبوله لها ويكون هذا القبول حجة على الغير اذا كان ثابت التاريخ ، فاذا لم يصدر من المدين قبول للحوالة فانها لا تنفذ في حقه أو في حق الغير الا اذا اعلنت الى المدين وفقا للاوضاع المقررة في قانون المرافعات .

وتعطي المادة ٣٦٧ للمحال له الحق في اتخاذ الاجراءات التحفظية حتى قبل أن تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للمدين والغير . ويتفق ذلك مع الحكم المقرر بالمادة ٢٨٠ من قانون التجارة الحالي مع تعديل طفيف في الصياغة ، ولا يعدو هذا الحكم أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة في تحويل الدائن اتخاذ الاجراءات التحفظية ولو كان حقه معلقا على شرط واقف اى معدوما على خطر الوجود . فثبت ذلك من باب اولي للمحال له ولو لم يكن

تبعه خطه ، على أنه اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فانه وان كانت علاقة الدائن بالمدينين المتضامين في هذه الصورة تظل محكمة بقواعد التضامن ، الا أنه في علاقة اولئك المدينين بعضهم ببعض فان قواعد الكفالة هي التي تسمى عليها ، ومن ثم فان المدين الذى تفرد بالمصلحة في الدين يتحمل به كله في صلته بالمدينين المتضامين الاخرين ، فان قام هو بالوفاء لم يكن له الرجوع على غيره بشئ مما وفاه ، وان قام مدين متضامن آخر دونه بالوفاء رجع عليه وحده بالدين بتسامه ، وقد أورد المشروع القاعدة التي تتكّم هذا الموضوع بالمادة ٣٦٠ نقلا عما ينص عليه قانون التجارة بالمادة ٢٧٣/٢ مع تعديل في الصياغة اقتضته الملاءمة .

نانيا : عدم قابلية للانقسام :

ويعرض المشروع لعدم قابلية الالتزام للانقسام في المواد ٣٦١ و ٣٦٢ و ٣٦٣ وهي تتفق مع نصوص المواد ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون التجارة العالي وما يقابلها في التشريعات انعرية (المواد ٣٠٠ - ٣٠٢ مصرى ، ٣٠٠ - ٣٠٢ سورى ، ٢٨٧ - ٢٨٩ لیبى ، ٣٣٦ - ٣٣٨ عراقى ، ٧٠ وما بعدها لبنانى) ، وتتناول المادة ٣٦١ الاحوال التي يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام فتتص على أن الالتزام يتسم بذلك الوصف اذا ورد على محل متمتع فيه بتجزئة بأصل طبع كالالتزام بتسليم جواد مثلا ، أو اذا اتجهت النية المشتركة للمتعاقدين الى عدم اجازة تجزئة الوفاء بالالتزام وبالاخص اذا تبين ذلك من الغرض الذى قصدا اليه ومثاله أن المتعقد البيع على قطعة أرض لاقامة مدرسة أو مستشفى عليها أو أي بناء آخر تقتضى اقامته في مفهوم الطرفين مساحة الارض المبيعة كلها فيكون التزام البائع غير قابل للانقسام بسبب الغرض المقصود من البيع .

وتتناول المادة ٣٦٢ حكم الالتزام غير القابل للانقسام في حالة تعدد المدينين تقتضى بالانقسام كل منهم بوفاء الدين بتسامه الى الدائن ولن اوفى الرجوع على بقية المدينين كل يقسدر حصته في الدين ، وابتعاد ان الالتزام غير القابل للانقسام فانه لا ينقسم بين ورثة المدين ويكون كل من الورثة مسئولاً عن الالتزام كاملا ولذلك يجرى على كثير من المتعاملين على اشتراط التزام المدين (ولو كان متضامنا مع آخرين) التزام غير قابل للانقسام كيلا يتجزأ الدين بين الورثة .

وتعالج المادة ٣٦٣ حالة تعدد الدائنين في الالتزام غير القابل للانقسام وهي تتيح لكل دائن أو لاي وارث من ورثته أن يقتضى الدين بتسامه من المدين ، واذا هو استوفاه فانه يحق لسائر الدائنين الرجوع عليه كل بقدر حصته .

حقه نافذا . وقد أخذ القانون القائم بهذا الحكم من المادة ٣٠٦ من القانون المصرى والمواد المقابلة في التشريعات العربية المقارنة .
وتعين المادة ٣١٨ مدنى الحق الذى تنتقله الحوالة الى المحال له فتقرر أن الحق ينتقل الى المحال له بما يلازمه من صفات وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات وهى تقابل المادة ٢٨١ من قانون التجارة ولا تختلف عن حكمها الا في استبعاد الخوائد مما تشمله الحوالة التزاما بقاعدة الاساسية التنسي انتهجها المشروع بحظر الفوائد عملا بأحكام الشريعة الاسلامية ولم ينقل النص ما يجرى به القانون الحالى من أن الحوالة تشمل الاقساط اعتبارا بأن القواعد العامة تقتضيه دون حاجة الى نص خاص عليه .

وتتطابق المادتان ٣٦٩ و ٣٧٠ من المشروع مع المادتين ٢٨٣ و ٢٨٢ على التوالي من قانون التجارةمق مع المضافة في الترتيب مراعاة لمنطق الامور والحكم الذى تنص عليه المادة ٣٦٩ بتبليه طبيعة الحوالة وحكمها في انتقال الحق من المحيل الى المحال له فان ذلك يضع على عاتق المحيل الالتزام بتسكين المحال له من الحق الذى انتقل اليه فيكون عليه ان يمدد بكافة ما يلزم من الوسائل لانبات ذلك الحق . والحكم الذى يقرره المادة ٣٧٠ نتيجة منطقية لانتقال الحقوق الى المحال له ، فيمكن للمحال عليه - تبعا لذلك - أن يتسكك قبل المحال له بالدفع وواجه الدفع التى كان يمكنه أن يتسكك بها قبل المحيل ، وذلك برعاية أن الوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة في حق المدين - سواء بقبوله لها أو بإعلانها اليه - يعين الحد الفاصل بين الدفع وأوجه الدفع التى يكون للمدين أن يتسكك بها وبين ما عداها مما ينتج عليه الاحتجاج به ، وقد استمد القانون الحالى حكمه ذلك من المادة ٣١٢ من القانون المصرى والقوانين العربية التى سارت على منواله .

وتعرض المواد ٣٧١ و ٣٧٢ و ٣٧٣ من المشروع لضمان المحيل للحق المحال به والاحوال التى يتحقق فيها هذا الضمان مع بيان لمداه في كل حالة ويتفق المشروع في ذلك مع ما يجرى به قانون التجارة في المواد ٢٨٤ و ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٧ و ٢٨٨ من المشروع تعديلات لفظية لتحقيقا لصياغة افضل في المواد التى جاء بها ، هذا وقد جعل المشروع في المادة ٣٧٣ رجوع المحال له بالضمان على المحيل وقتا للمادتين ٣٧١ و ٣٧٢ محدودا كأصل عام فيما سبق أن دفعه من المصروفات مستعبدا الفوائد التى يضمنها القانون الحالى مما ما يوجب رده ، والى ذلك وضع المشروع استثناء ملائما من ذلك الاصل الذى أخذ به فاستحدث بالفترة الثانية من المادة ٣٧٣ حكما يقضى بأن المحال له حسن النية يكون من حقه الرجوع ايضا بالتعويض عما يلحقه من الضرر اذا كان المحيل يعلم وقت الحوالة بعدم وجود الحق المحال بذمة المدين الاصلى .

وجاء حكم المادة ٣٧٤ من المشروع متفقا مع ما تنص عليه المادة ٢٨٧ من قانون التجارة الحالى مع تعديل لفظي لا يمس جوهر القاعدة المقررة به وهى ضمان المحيل لافعاله استحصية سواء كانت الحوالة معاوضة أو تبرعية ، واعتبار كل شرط بعدم الضمان باطلا ولا اثر له . وهذا وينص القانون الحالى في المادة ٢٨٨ التالية على أنه « تبرأ ذمة المدين اذا لم يبطل الحوالة ووفى المدين للمحيل قبل أن يعلم بها ، ومع ذلك لا تبرأ ذمته بهذا الوفاء اذا اثبت المحال له أنه كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » . وقد رأى المشروع الا ينقل هذا النص لانه يتضمن حكما تفصيليا يبنى عنه تطبيق القواعد العامة بشأنه وهو نفس النهج الذى اتخذه التشريع المصرى إذ أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان قد وضع هذا النص ضمن أحكامه بمادته ٤٢٢ ، ورؤى حذفه في المراحل النهائية لاعاد المشروع لما رؤى من عدم وجود حاجة اليها .

وتواجه المادتان ٣٧٥ و ٣٧٦ أحكام التزام على الحق المنقضى في صورتين الاولى هى التزام بين محال له ومحال له آخر وتعالجه المادة ٣٧٥ ، والصوره الثانية هى التزام بين محال له ودائن حاجز أو دائن حاجزين وتعالجه المادة ٣٧٦ ، ولم يات المشروع بجديدي في الامرين عما ينص عليه قانون التجارة الحالى في المادتين ٢٨٩ و ٢٩٠ والقانون المصرى الذى نقل عنه ، وانما ادخل المشروع تعديلات لفظية فى الصياغة التى وضعها تجعل المعنى المقصود اذر وسموحا ، وحكم الصورة الاولى بين لا يس فيه وليس يمدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة في تصرف المسلف في منقول معين الى خلف ومن بعده الى خلف آخر إذ تكون الافضلية للسبق منهما في الاستخلاف وبرعاية أن السبق لا يتحدد هنسا بتاريخ صدور كل من الحوالتين وانما يثبت السبق للحوالة التى أصبحت نافذة في حق الغير قبل الحوالة الاخرى ، وغنى عن البيان أن التزام في تلك الصورة لا يوجد الا اذا اتحد المحل في الحوالتين فاذا تلقى المحال له جزءا من الحق وتلقى المحال له الاخر الجزء الباقى فان كلا منهما يرجع بما أحيل به بغير التزام .

وتعرض المادة ٣٧٦ للتراحم بين الحوالة والحجز فى فرضين : الاول أن يكون الحجز اسبق فى تاريخه من الوقت الذى أصبحت فيه الحوالة نافذة ، بأن يقسح الحجز تحت يد المدين (المحال عليه) وفى تاريخ لاحق لذلك يصير اعلان الحوالة الى المحال عليه أو يقبلها قبولا ذى تاريخ ثابت ، وعندئذ يكون الحجز قد توقع على الحق المحال وهو ما زال على ملك المحيل ومن ثم فإن الحوالة التى تبجى بعد ذلك لا تضره وانما تعتبر بمثابة حيز ثان وبزمام صاحبها الحاجز الاول ويقسم المال بينهما قسمة غرما ، أما الفرض الثانى الذى

أن الدين لا ينتقل وحده انما تنتقل معه المطالبة أيضا . وهو ما يحدد مصدر المشروع في هذا الخصوص بعد ان اختلفت بشأنه الآراء في الفقه الاسلامي ، فقد تمتشى المشروع مع القانون الحالي في اعتماد رأى الامام أبى حنيفة وأبى يوسف فيما قالا به من أن حوالة الدين تنتقل الدين والمطالب معا ، وذلك على خلاف آراء أخرى لدى الاحناف حيث يقول محمد ان تلك الحوالة تنقل المطالبة دون الدين ويقول زفر انها لا تنتقل الدين ولا المطالبة وانما تضم ذمة الى ذمة في سداد الدين ، وعلى خلاف الآراء في بقية المذاهب التي تتجه في مجموعها الى اقرار نوع واحد من الحوالة هو الحوالة المتينة اذ يشترط لصحة الحوالة عندهم ان يكون المحال عليه مدينا للمحيل .

وقد أبانت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ المعنى المقصود بكل من نوعي الحوالة المطلقة والمتينة ، وتجنبت في صياغتها ما يشوب النص المقابل في القانون الحالي من تفصيل واسهاب لا محل لهما .

وتتفق المادة ٣٧٨ من المشروع مع المادة ٢٩٢ من قانون التجارة في الحكم وان خالفتها خلافا طفيفا في الصياغة .

أما المادة ٣٧٩ فانها تقابل المادة ٢٩٣ من قانون التجارة وجاءت بتعديل في حكمها اذ تنص مادة قانون التجارة على أنه « يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه ، ويلزم المحال عليه بالاداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلى الا اذا أقر المدين الحوالة » وهو نص منقول عن المادة ٣٤١ من القانون المدني العراقي . والبادي أن صياغتها التزمت بما يراه جمهور الحنفية من أن الحوالة اذا تمت دون أمر من المحيل بأن كانت قد انعقدت بين الدائن والمحال عليه مباشرة ولم يقرها المحيل ، فلا يكون للمحال عليه أن يرجع على المحيل بشيء ما ، لقولهم انه في هذه الصورة تمنع الحوالة صحيحة ويعتبر المحال عليه متبرعا (المادة ٧٧٨ من مرشد الحيران والمادة ٦٨١ من المجلة ، والزبيعي جزء ٤ ص ١٧٣ وابن عابدين جزء ٤ ص ٣٥٥ ، ص ٣٠٧ وابن نعيم جزء ٦ ص ٣٥١) ، وتوفيقا بين تلك القاعدة وبين الاصل المقرر في القوانين الوضعية والمعتمد بهذا المشروع من أنه يجوز للغير الوفاء بدين المدين ولو يغير علمه أو رضاه فقد رؤى النص بالمادة التي جاء بها المشروع على أن المحال عليه لا يكون له الرجوع على المدين الاصلى طبقا لاحكام الحوالة في حالة عدم اقرار هذا المدين للحوالة ، ليكون باقيا للمحال عليه في هذه الصورة حقه في الرجوع على المدين المذكور طبقا لتقواعد الاثراء بلا سبب ان لم يصرح بأنه كان متبرعا . وهو ما يقول به بعض الفقهاء المسلمين (الدسوقي على الفرح الكبير للدريزي جزء ٣ ص ٢٩٦) .

تواجه المادة فانه يمرض كالفرض السابق أن الحيز وقع أولا ومن بعده جاءت الحوالة النافذة وانما أعقب ذلك توقيع حيز ثان على ذات الحق في تاريخ لاحق للتاريخ السندي أصبحت فيه الحوالة نافذة ، واذا كان هذا الحيز المتأخر يفت على قدم المساواة مع الحيز الاول - وفقا للقواعد العامة - فيكون له أن يراحمه ، ولكن الحيز المتأخر يجب الا يكون يذى أثر على الحوالة التي صارت نافذة في تاريخ سابق على توقيعها اذ أن الحوالة من شأنها نقل الحق من المحيل الى المحال له من تاريخ فذاها فتجب كل حيز لاحق لذلك التاريخ ، وعلى هذين الاساسين ، يصير تقسيم الدين قسمة نجرما بين الحازج المتقدم والمحال له والحازج المتأخر ثم يؤخذ بعد ذلك من نصيب الحازج المتأخر ما يستكمل قيمة الحوالة .

الفصل الثاني

حوالة الدين

(المواد ٣٧٧ - ٢٩٠)

يجدر التنويه بادى ذي بدء الى أن قانون تجارة الحالي قد استمد أحكامه في حوالة الدين بصفة عامة من الفقه الاسلامي معتذرا في ذلك بخصوص حدو القانون العراقي ومقتنيا أسلوب هذا القانون في التنسيق بين الاحكام وقسي صياغة النصوص وقد رأى المشروع الاخذ في تقنين هذا الفصل بماخذ قانون التجارة والقانون العراقي وفي حدود ما التزمه من أحكام الفقه الاسلامي وانما براءة ما توجبه الاصول التشريعية من التوفيق بين المصطلحات الفنية في هذا الفصل وبين كافة ما يقابلها من المصطلحات السارية في أبواب المشروع وفصوله الاخرى والمنقولة بذاتها من قانون التجارة الحالي ، ومع ما استلزمه ذلك من تعديل في صياغة بعض المواد صياغة جديدة تجعلها أدنى الى الوضوح والدقة ودون اخلال بجوهر حكمها المقصود منها ، ولم ينقل المشروع من مواد القانون الحالي ما يعنى عنه تطبيق القواعد العامة دون لبس أو تردد ، كما وجد من الملائم تقيق بعض المواد الاخرى من أحكام فرعية بها لا يوجبها المقام .

وعلى تلك الاسس السابقة فقد صيغت المادة ٣٧٧ من المشروع المتالبة للسادة ٢٩١ تجارة والمادة ٣٣٩ عراقي صياغة جديدة تتلزم بالمعنى المقصود ولكن دون نقل لعبارة هاتين المادتين أو لما بهما من مصطلحات رأى المشروع التجاوز عن استعمالها في أبوابه الاخرى واستعاض عنها بمصطلحات متباعدة استقرت في القوانين الحالية والاعراف القضائية ، وتقرر المادة ٣٧٧ ، بفقرتها الاولى القاعدة الاساسية في حوالة الدين وهي أنها تؤدي الى نقل الدين من ذمة المدين الاصلى الى ذلة شخص آخر هو المحال عليه ، ولازم ذلك ومؤداه

ولم يجد المشروع وجها لنقل ما تنص عليه المادتان ٢٩٤ و ٢٩٥ من القانون القائم من انه يشترط لصحة الحوالة ان يكون المحيل مدينا للمحال له والا كان العمل وكالة ، ومن أنسه يشترط في المحال به أن يكون معلوما وتصح به الكفالة ، وذلك أن تلك الاحكام هي تطبيقات واضحة للقواعد العامة .

وتعرض المادة ٣٨٠ من المشروع لما تعرض له المادة ٢٩٦ من قانون التجارة مع التعديل فيها لاحكام الصياغة ، وذلك أن النص الحالي يجرى به « اذا قبل المحال له الحوالة ورضى المحال عليه بها ، يرى المحيل من الدين ومن المطالبة معا ، ويكون للمحال له حق مطالبة المحال عليه » وذلك في حين أن المفروض لاصل أن حوالة الدين لا تقوم ولا تنفذ الا اذا كان المحال عليه طرفا فيها ، ومن ثم فان الحوالة اذا ما تم عقدها والمحال عليه طرف فيها بحكم الزوم ، فان تطلب رضاء المحال عليه بعد ذلك لسرايتها في حقه يكون تزييدا لا يقتضيه المقام ، وهو ما تلافاه المشروع في النص الذي جاء به مع التعديل في الصياغة على مقتضى الحال .

وأورد المشروع المادة ٣٨١ مقابلا ما تنص عليه المادتان ٢٩٦ و ٢٩٨ من قانون التجارة الحالي (المنقولتان عن المادتين ٣٤٧ و ٣٤٨ عراقي) على أن المشروع لم ير محلا لمحاكاة المادة ٢٩٧ فيما أورده من تشثيل وشرح لما يصح أن يكون وصفا في الدين فمن الملائم الا يرد التشريع بين ايجابه وفصوله شرحا وتوضيحات عن أصول عامة وأساسية وان التزم بوضعها مع ما لها من أحكام وآثار في مكانها المناسب بين النصوص ، كما أن المشروع وقد أرسى في النص الذي وفق اليه القاعدة الاساسية بأن الدين المحال ، يلزمه في تحوله من المدين الاصلى الى « المحال عليه » كافة التأمينات الخاصة التي كانت تضمنه ، لم يجد وجها بعد ذلك لمجاراة المادة ٢٩٨ من القانون الحالي فيما استطرده اليه بقوله : « فاذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر أو أحال المشتري البائع بالثمن على آخر لم يسقط حق المرتهن في الرهن ولا حق البائع في حبس المبيع أما اذا أحال المرتهن غريبا له على الراهن فان حقه في الرهن يسقط ولا يكون رهنا للمحال له ، وكذا اذا أحال البائع غريبا له على المشتري بالثمن سقط حقه في حبس العين المبيعة » ذلك أن الشطر الاول من هذه الفقرة هو تطبيق بين القاعدة أما شطرها الاخير فانه استطراد لا يقتضيه المقام للتدليل على استبعاد القاعدة فيما لا تنتمد فيه العلاقة على أساس من حوالة دين مضمون بتأمين خاص ، بأن كان المدين الاصلى الذي حول دينه الى المحال عليه هو بذات الوقت دائن للمحال عليه بدين مضمون بتأمين خاص كرهن أو حق في الحبس ، فان ذلك المدين الاصلى اذ يحول الدين الذي عليه قبل دائنه فانه ينقل هذا الدين كما هو الى المحال عليه أي بغير تأمين خاص

يضمنه ، لان الضمان الخاص القائم في العلاقات بين الاطراف لم يكن ضمانا للدين المحال به ، وانها هو ضمان لدين آخر ذلك الدين الذي كان للمدين الاصلى (المحيل) بدمه المحال عليه وانقضى بينهما قصاصا ، بسبب الحوالة .

وجاء المشروع في المادة ٣٨٢ بحكم يتفق مع حكم المادة ٢٩٩ من قانون التجارة الحالي مع ضبط الصيغة على وجه أدق ، فينص الشطر الاول من المادة ٣٨٢ على حق المحال عليه في التسكك بما كان للمحيل من دفع متعلقة بذات الدين وهو ما يعنى عما يضيفه نص القانون الحالي من عدم احقية المحال عليه في التسكك بالدفع الخاصة بشخص المحيل ، وكذلك ينص الشطر الثاني من المادة على حق المحال عليه في التسكك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة وهي بذاتها الدفع التي يعبر عنها نص القانون الحالي بأنها الدفع الخاصة بشخصه (هو شخص المحال عليه) .

ولم ير المشروع موجبا لنقل الحكم الذي تنص عليه المادة ٣٠٠ من القانون الحالي ذلك أنها ترد احقضاء الدين الذي انتقل الى المحال عليه لاسباب العامة في احقضاء الديون كافة .

وتعرض المادة ٣٨٣ لحكم يتفق مع الحكم الذي تقرره المادة ٣٠٢ من قانون التجارة الحالي مع صياغتها صياغة جديدة أقرب الى ما يجرى به الاسلوب التشريعي ولكن دون مساس بجوهر القاعدة كما استند النص الحالي من الفقه الاسلامي وتقضى الفقرة الاولى من المادة التي أتى بها المشروع بأن الحوالة المقيدة تبقى قائمة ومنتجة لآثارها اذا ما برىء المحال عليه من الدين الذي عليه للمحيل بسبب عارض بعد انعقاد الحوالة ، ومن ثم فاذا أحال البائع دائنه على المشتري مقيدا بضمن البضاعة المبيعة ، ثم احترقت هذه البضاعة أو تلفت قبل تسليمها الى المشتري أو ردت بسبب أو خيار ما ولو بعد التسليم فان الثمن يسقط عن المشتري ولكن الحوالة لا تبطل لان الدين الذي قيده به كان قائما عند عقدها (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٩٢ الفتاوى الهندية ٣/٣٠٦ - والبحر الرائق ٦/٢٧٥) وتقضى الفقرة الثانية بأن الحوالة المقيدة تبطل اذا سقط الدين الذي قيده به عن المحال عليه بسبب سابق على انعقادها ولا دخل للمحال عليه فيه ، وعلى ذلك فانه اذا أحال البائع دائنه على المشتري بضمن المبيع ثم استحق المبيع للمير فان الحوالة تكون بائلة وذلك انه قد تبين أن الحوالة علققت بعدمود حكمها اذا قيده بدين لم يكن له وجود قبل ويعود الدين على المدين الاصلى وهو المحيل (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٨١ - البحر الرائق ٥/٢٧٥ وابن عابدين على الدر ٤/٢٩٣) .

وتقابل المادة ٣٨٤ من المشروع ما تقرره المادة ٣٠٣ من قانون التجارة ولا تختلف عنها في الحكم وإنما أدخل المشروع تعديلا في الصياغة يجعلها ادنى الى الدقة والملاءمة .

وتعرض المادة ٣٨٥ من المشروع لحكم الحوالة المقيدة يعين مودعة اذا ما هلكت الوديعة بغير خطأ من المودع أو استحققت للغير ، ويرجع ذلك الحكم في أصله الى الفقه الاسلامي ، ويؤسسه الفقهاء المسلمون على أن فوات الأمانة بغير تعد من هي عنده كالوديعة اذا احترقت أو سرت من شأنه انهاء الحوالة فقبرا دمة المحال عليه ويعود الدين على المحيل ، وانه اذا استحققت العين المقيدة بها الحوالة في يسد الوديع فان الحوالة تبطل ما تبين من أن العين التي قيدت بها غير مملوكة للمحيل فتفقد الحوالة أساسها (المادة ٧٨٧/٢ ، ٧٨٨/٢ مرشد الحيران ، ٦٩٤ من المجلة) .

وقد أورد قانون التجارة ذلك الحكم بالمادة ٣٠٤ بالنص التالي : « اذا أحال المدين غريمه على الوديع حوالة مقيدة بالعين المودعة عنده فهلك الوديع قبل اداها بلا تعد من الوديع بطلت الحوالة واستحقاق الوديعة للغير يبطل للحوالة كهلها » وهو بذلك ينص على بطلان الحوالة سواء كانت العين المقيدة بها هلكت بلا تعد من الوديع أو كانت قد استحققت للغير ، ولعله جاء متأثرا فيما أوردته بالمشهور فسى الفقه الاسلامي من أن « استحقاق الوديعة يبطل للحوالة كهلها » ، (الموسوعة الفقهية ٤ ص ١٨٧ - وابن عابدين على الدر ٢٩٣/٢) . واذ كان هلاك العين المقيدة بها الحوالة مؤداه في المصلحات القانونية افساخ الحوالة أو انحلالها خلافا لحالة استحقاق تلك العين للغير ، لذلك فقد أقر المشروع أن يعتمد في صياغته للمادة المقترحة وفي خصوص حالة هلاك العين تمعيرا أكثر دقة وملاءمة وهو « ترتب على ذلك افساخ الحوالة » .

وجاءت المادة ٣٨٦ من المشروع مطابقة لما تنص عليه المادة ٣٠٥ من قانون التجارة الحالي . مع تعديل مناسب في الصياغة ، ويرجع ذلك الحكم في أصله الى المادتين ٧٨٧ ، ٧٨٨ من مرشد الحيران والمادة ٦٩٥ من المجلة ، وموسوعة الفقه الاسلامي على أن العين المضمومة التي قيدت بها الحوالة اذا لحقها الهلاك لسبب طارئ كما لو ضاعت أو سرت فان الحوالة تبقى كما هي ومطالبة المحال عليه متوجهة كما كانت من قبل التلف لان الحوالة قيدت بشيء موجود فعلا ، فلا يشير ارتفاعه الطارئ لان الشيء المضمون اذا هلك وجب مثله على ضامنه والمضمون مضمون على الغاصب (الزليعي جزء ٤ ص ١٧٣ وابن عابدين جزء ٤ ص ٣٠٧) أما اذا استحققت العين المقيدة بها الحوالة وهي في يد الغاصب فان حكمها لا

يختلف عن الحكم في حالة استحقاقها وهي في يد الوديع ، اذ يرتب عليه بطلان الحوالة .

وفي خصوص مسألة رجوع المحال له على المحيل ، اختلفت المذاهب بل وتعددت الآراء في المذهب الواحد ، فالراجح عند الحنفية أن للحال له الرجوع على المحيل اذا توى الدين على المحال عليه أي تعذر الوصول اليه عنده بسبب افلاسه أو موته مفلسا أو جحده الحوالة دون أن تكون هناك بينة عليه ، ويرى جمهور الشافعية رفض التوى أي عدم جواز الرجوع اطلاقا استنادا الى أن شرط الرجوع عند التوى منافي لمقتضى العقد فيبطل والاصح عندهم أنه يبطل الحوالة أيضا ، أما المالكية فيقولون بجواز الرجوع اذا شرط في العقد وهو مقتضى ما يقرره الامامية في الشروط عامة من أن كل شرط ليس بمحظور شرعا ولا يؤدي الى الجهالة بالمشروط يعتبر شرطا صحيحا نافذا ، ورأى المالكية هوالسائد لدى فقهاء العصر كما يتفق مع الاصل في التشريعات الحديثة بأن العقد شرعية المتعاقدين ، وقد أخذ به قانون التجارة الحالي بالمادة ٣٠٦/١ ، وحذا المشروع حذوه فقتل حكم تلك الفقرة التي المادة ٣٨٧ مع تعديل اثر ضبطا ودقة في الصياغة ، على أن المشروع لم يورد ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٠٦ بقولها « اما مجرد تعذر استيفاء الدين من المحال عليه ولو بأمر المحكمة فلا يجب بطلان الحوالة وعود الدين على المحيل » اذ أن هذا الحكم ليس الا ترديدا زائدا للحكم الوارد في الفقرة الاولى من المادة (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٨٩ وما بعدها - المعنى لابن قدامة ٥٨/٢ والفروع ٤٨٤/٢) .

كذلك لم يجد المشروع وجها لايراد نص على غرار نص المادة ٣٠٧ من قانون التجارة الذي يقضي بأن الحوالة المشروطة بعدم براءة المحيل تعتبر نكاحا عادية يثبت بها حق المحال له في الرجوع على أي من المحال عليه والمحيل ، ذلك أن هذا الحكم تطبق بين للقواعد العامة في القانون .

وجاء المشروع بالمادتين ٣٨٨ ، ٣٨٩ مقابلا للمادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ من قانون التجارة الحالي المأخوذتين أصلا من المادتين ٣٥٩ و ٣٦٠ مدني عراقي ومصدرهما ما سنته المجلة في المادتين ٦٩١ و ٦٩٨ من أحكام الفقه الاسلامي في الخصوص الذي وردتا فيه . وتنص المادة ٦٩١ من المجلة على أنه « اذا أحال المحيل بصورة مطلقة ولم يكن له دين عند المحال عليه ، رجع المحال عليه بعد الاداء على المحيل ، وان كان له دين يتقاس بدنيه بعد الاداء » ويقول صاحب درر الحكام (جزء ٢ ص ٣٤) تعليقا على المادة ٦٩٨ من المجلة أنه « اذا لم يكن للمحيل مطلوب عند المحال عليه وعلى تقدير ان الحوالة اجريت بأمر

المحيل فطبقاً للمادة ٦٩٨ يرجع المحال عليه به على المحيل بعد الإداء ، وإذا كان له مطلوب بذمة المحال عليه يتقاضى بعد الإداء» .

وعلى هدى ما تقدم وضع المشروع المادتين التين اقترحهما وهما تصيبان على الحوالة المطلقة التي تكون بالاتفاق مع المدين الأصلي أو باقراره وهو ما حدا بالمشروع الى تعديل صياغة المادة ٣٨٨ (المقابلة للمادة ٣٠٨ تجارى) على وجه يقطع في ذلك المعنى كيلا تختلط بحكم الحوالة التي لا يقرها ذلك المدين والمخصوص عليه بالمادة ٣٧٩ من المشروع ، ويقصد بها أوردته المادة ٣٨٨ أنه اذا لم يكن المحال عليه مدينا للمحيل : فليس له الرجوع على المئيل اذا بعد أن يؤدي الدين المحال به الى المحال له ، ويكون رجوعه بقدر المحال به ، ودون نظر الى ما آداه ، وأساس الرجوع انه يفى دين المحيل بأمره (ابن عابدين رد المحتار جزء ٤ ص ٣٠٧) واما الحكم الذى أوردته المادة ٣٨٩ فيقضى أن المحال عليه وان كان مدينا للمدين الأصلي بدين أو عين ، فان التزامه بموجب الحوالة بالوفاء الى المحال له لم يتقيد بهذه العين أو ذاك الدين ، فيبقى حقت المدينين الاصلى المحيل في طلب الدين او العين الى حين قيام المحال عليه بالوفاء الى المحال له ، فان اوفى اليه يجرى القصاص بين ما آداه وبين ما للمحيل عنده (المرجع السابق) .

ويتفق حكم المادة ٣٩٠ مع ما تنص عليه المادة ٣١٠ من قانون التجارة القائم وانما استبعد المشروع ما أوردته القانون الحالى من تفصيلات وشروح ، وذلك الحكم الذى نقله المشروع انما يبلي ما للحوالة القديدة من ماهية متميزة بتعيين العنصر الذى يستوفى منه المحال له دينه اذا يتحدد في دين معين بذمة المحال عليه أو في عين بذاتها عنده ، ومن ثم فلا يكون للمحيل بعد اعتقاد حوالة من هذا القبيل أن يطالب المحال عليه بالمال الذى قيد وفاء الحوالة به لدى المحال عليه ، اعتباراً بأن الحق فيه قد انتقل الى المحال له . ويؤسس الاضاف هذا الحكم على أن الحوالة القديدة تستقط حق المدين الاصلى (المحيل) في المطالبة وتمتعت الوفاء اليه لان حقه صار كالمهرون ، والمعتبر في بقية المذاهب ان الحوالة القديدة تبرىء المحال عليه من دين المحيل لان حقه صار للمحال له . (الموسوعة الفقهية نموذج ٣ بند ٢٦٠ ، وبند ٢٦١ - فتح القدير ٥/٤٠١ ، وابن عابدين على الدر ٤/٣٩٤ ، ونهاية المحتاج ٤/١٣ وما بعدها) ولم يجد المشروع وجها الى النقل عما تنص عليه المادة ٣١٠ في فقرتها الثانية من أنه « ولو أسمر المحيل قبل أداء المحال عليه الدين ، فليس لسائر الترماء أن يشاركوا المحال له » اعتباراً بأنها تقرر حكماً ينزع عن الاصل المقرر بالفقرة الاولى بانتقال الحق في المطالبة بما قيدت به الحوالة من المدين الاصلى الى

المحال له ، وهو ما يتفق ايضا مع رأى زفر حيث يرسى أن ناسخان له امتيازاً على المال المقيدة به الحوالة عند المحال عليه ، لان حق الترماء تعلق بمال المحيل ، وما للمحيل عند المحال عليه صار اجنبياً عن هذا المال بدليل انه لا يستطيع أخذه حال حياته ، فيكون كذلك بعد وفاته ، (البابرني على هامش فتح القدير جزء ٥ ص ٤٥١ وابن الهمام جزء ٥ ص ٤٥١) .

الباب الخامس
انقضاء الالتزام

الحق الشخصى أى الالتزام له أجل محدود ينقضى فيه ، فمضيره حسناً الى الزوال وهرب في ذلك يختلف عن الحق البنئى المتمثل بصفة خاصة في حق الملكية حيث تعتبر صفة التأييد أو الدوام من خصائصه الاصلية ، وقد أخذ المشروع بأسباب انقضاء الالتزام مأخذ قانون التجارة الحالى والقانون المادنى المصرى الذى نقل عنه ، فرد تلك الاسباب الى تقسيم على على النحو التالى ، القسم الاول ويشمل انقضاء الالتزام بتنفيذه عيناً أى بالوفاء وهو الطريق المألوف لقضاء الدين والقسم الثانى ويشمل احوال انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ويندرج تحته الوفاء بمقابل والتجديد والائابة في الوفاء والمفاساة واتحاد الذمة ، والقسم الثالث ويشمل احوال انقضاء الالتزام دون أن ينفذ ويندرج تحت الابراء واستحالة التنفيذ ويصدق به عدم سماع الدعوى لمرور الزمان الذى استمد المشروع احكامه من القانون المادنى العراقى والفقه الاسلامى واستفاض بها عن نظام انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط الذى يأخذ به قانون التجارة الحالى .

الفصل الاول
الوفاء

(المواد ٣٩١ - ٤١٢)

جاء المشروع بالمادة ٣٩١ مقابلاً للمادة ٣١١ من قانون التجارة الحالى مع تعديل أكثر احكاماً في الصياغة ، فلم يأخذ بما تنص عليه الفقرة الاولى عن « الوفاء من نائب المدين » اذ يعنى عنها « الوفاء من المدين » . كما لم ينقل من تلك الفقرة ما تجرى به نهايتها بقولها « الا اذا كان ضرورياً أن يوفى المدين الدين بنفسه » واستعاض المشروع عنها بفقرة جديدة هي الفقرة الثالثة بالمادة التي جاء بها وهي القاعدة الاصلية للاحوال التي يجوز فيها للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين ، سواء كان من يعرض هذا الوفاء له مصلحة فيه اعتباراً بأن له حق الحلول محل الدائن أو ليست له هذه المصلحة وهي ذات القاعدة التي

يكون دائما صاحب مصلحة في الوفاء بدين المدين وتبعاً لذلك يمكنه القانون من أن يفي بالدين رغم ارادة المدين والدائن على السواء ، فيتم بذلك حله محل الدائن الذي واه ، وتحقق الحالة الاولى للحلول القانوني اذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه كالدائنين المتضامن والكفيل الشخصي او العيني اذ قد يكون لاي من هؤلاء مصلحة في درء مطالبه الدائن له بدين المدين امام القضاء، وتحقق الحالة الثانية اذا كان الموفي دائناً عادياً او له تأمين عيني وأوفي الدين السى دائن آخر له تأمين عيني مقدم عليه ويقوم حق الحلول في هذه الصورة رعاية لمصلحة الموفي في منع الدائن المتقدم عليه في المرتبة من بيع المال المثلل بالتأمين في وقت غير مناسب ، فقد يقدم هذا الدائن على البيع ولو بالوكس طالما كان الثمن الذي لا يزاحمه فيه غرماء يكفى لوفاء بدينه المتقدم في المرتبة ، أما الحالة الثالثة من احوال الحلول فقد لوحظ أن قانون التجارة القائم - متأثراً بالقوانين العربية التي نقل عنها - قد اختص بها مشتري العقار الذي يفي بشنه الى الدائن المخصص ذلك العقار لفسان دينهم في حين أن هذه الحالة ليست الا تطبيقاً للحالة الاولى اعتباراً بأن المشتري في هذه الصورة يعتبر مسئولاً عن الدين عن المدين وفي حدود ثمن ما اشتراه ، وهو اعتبار يصدق سواء أكان المبيع عقاراً أو متقولاً ومن أجل ذلك فقد استبدل المشرع في نطاق تلك الحالة كلمة الشيء بكلمة العقار ، وتوفر الحالة الرابعة للحلول القانوني كلما وجد نص خاص عليها في القانون .

وعرضت المادة ٣٩٥ من المشروع لحكم الحلول الاتفاقية واجراءاته على وجه مطابق للمادة ٣١٦ من قانون التجارة الحالي والقوانين العربية التي أخذ عنها مع تعديل طفيف في الصياغة ، كما أضيف الى آخر الفقرة الثانية حكم يقضي بأنه لا يجوز للدائن الاصلى يستوفى حقه من مال اقترضه المدين من شخص آخر ان يرفض ذكر هذه الواقعة في المخالصة المثبتة لسداد دينه اليه .. وقد نقل المشروع هذا الحكم من المادة ٢١٠٢ / ٣ من القانون المدني الايطالي ، وذلك لازالة كل ليس في أن الدائن الاصلى يعتبر متنعاً عن قبول الوفاء اذا رفض اثبات تلك الواقعة بالمخالصة مما يجيز اجباره على قبول الوفاء بطريق العرض الحقيقي والايداع .

وتكلفت المادة ٣٩٦ من المشروع ببيان آثار الحلول بنوعيه سواء أكان حلاً قانونياً أو حلاً اتفاقياً ، وترد هذه الآثار الى قاعدتين أساسيتين اولاهما ان الموفي يحل محل الدائن الذى أوفاه وفي نفس المركز القانوني الذى كان له ، فيتقبل اليه حق الدائن بكافة ماله من صفات وتوابع وتأمينات وما يطلحه من الدفع أما القاعدة الثانية فهي أن الموفي الذى احتل محل

تحدها المادة ٢٠٦ من قانون التجارة العالي المستمدة من المادة ٢٠٨ من القانون المصرى .

ووضع المشروع المادة ٣٩٢ في فقرتين جمع فيها معاً الاحكام التي تنص عليها المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من قانون التجارة الحالي بعد تعديل الصياغة بما يتفق مع الجمع بين تلك الاحكام المترابطة بعضها مع البعض ، وهو الاسلوب الذى جرى عليه التشريع المصرى بالمادة ٣٢٥ وتابعه فيه التشريع السورى بالمادة ٣٢٤ والتشريع الليبي بالمادة ٣١٢ ومؤدى تلك الاحكام أن صحة الوفاء مشروطة بأن يكون الموفي سواء في ذلك المدين أو الغير مالكا لما وفى به وان تتوافر لديه أهلية التصرف فيه ، فاذا لم يكن الموفي أهلاً للتصرف فى الشيء الذى أوفى به كان وفاؤه قابلاً للإبطال بسبب قصص الاهلية على انه اذا لم يلحق الوفاء ضرراً بنقص الاهلية اتفقت مصلحته في الدفع بالإبطال وبالتالي فانه يستحق عليه أن يتسكك به ويعتبر وفاؤه صحيحاً ويرتّب عليه انقضاء الدين وبرائة ذمة المدين .

واستحدثت المشروع في المادة ٣٩٣ حكماً يقضى بأن الغير الذى أوفى الدين يكون له الرجوع على المدين بقدر ما أوفاه ، أما اذا كان الوفاء رغم معارضة المدين أو بدون علمه فيكون للمدين أن يمنع رجوع الموفي عليه اذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء ، مثل التسكك في مواجهة الدائن بالمقاصة القانونية ، أو الدفع بانقضاء الدين لاي سبب آخر أو الدفع ببطلانه ، ويوجه الحكم في الصورة الاولى ان الغير يرجع بدعوى الفضالة ، ويوجه في الصورة الاخرى ان الرجوع لا يستند الا الى دعوى الاثراء بلا سبب فيكون رجوعه باقل القيمتين : مقدار ما دفعه الغير أو مقدار ما عاد على المدين من منفعة وقد نقل المشروع هذه المادة من القانون المدني المصرى بالمادة ٣٢٤ والتشريعات العربية التي أخذتها عنه .

ووجد من الملائم الا ينقل المشروع ما تنص عليه المادة ٣١٤ من قانون التجارة الحالي من أنه « لا يصح للمدين أن يوفى دين غرمائه في مرض موته اذا أدى هذا الوفاء السى الاضرار ببقية الدائنين » فقد أثر المشروع أن يترك الحكم في ذلك اثنان للقواعد القانونية العامة التي تحكم سائر تصرفات المريض مرض الموت .

وأورد المشروع في المادة ٣٩٤ الحكم في شأن حلول من أوفى الدين محل الدائن بحكم القانون وهو الحلول القانوني وحصر احواله أخذاً - بصفة عامة - بما يقرره قانون التجارة القائم بالمادة ٣١٥ والتي سنت في الاصل على غرار المادة ٣٢٦ من القانون المصرى والقوانين العربية التي نقلت عنه . ويبين جليا بذلك الحكم أن الموفي الذى يحل محل الدائن بأمر القانون

على سائر ديون الدائن . وتوجد للدائن مصلحة ما في الوفاء به ، وقد استمد المشروع هذا النص من بعض التقنيات العربية القوية (٣٣٣- مصرى ، ٣٣١- سوري ، ٣٢٠- ليبي) أما قانون التجارة الكويتي فلم يورد نصا مماثلا مع أنه تطبيق للاحكام التي اوردتها بشأن الفضالة ، والباقي انه قد تأثر في ذلك بسنك القانون العراقي (المادة ٣٨٤) مع أن هذا القانون اذ لم ينقل تلك الحالة عن القوانين العربية الاخرى قد التزم منطقه الخاص بعدم الاعتراف بالفضالة وفي خصوص الحالة الاخيرة من الحالات التي يطبق عليها الحكم الوارد في النص أثار المشروع التعبير عنها بالاسلوب الذي صاغها به القانون الحالي مع تعديل لطيف في الصياغة ، فقد رأى انه انصح في النظر ما تجرى به عبارة بعض التشريعات العربية في ذلك المقام بأنه « الوفاء لشخص كان الدين في حيازته » .

عرض الدين عرضا حقيقيا وابداعه :

أغفلت التشريعات الرئيسية الحالية بالكويت النظام القانوني لعرض الدين عرضا حقيقيا وابداعه ، على الرغم مما له من أهمية وخطر ، حتى لقد دعت الضرورة بعض المتعاملين الى الاخذ بقواعده الاساسية بدون نص واجتهد القضاء في اقرارهم على ما أخذوا به ما وسعت أسباب الاجتهاد ، كذلك لمس المشروع مدى الحاجة اليه في بعض التشريعات الفرعية الحديثة ، ففي المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ بشأن اجبار المقارنات وضع نظام خاص لعرض الاجرة وابداعها باجراءات مناسبة لذلك النوع من الاذعة ، وكان حتما لدى اقتراح مشروعات القوانين الرئيسية أن تضمن نصوصها قواعد شاملة لنظام العرض الحقيقي والابداع تناول اجراءاته واحكامه الموضوعية على السواء . وبالنسبة للقواعد الاجرائية فقد احتواها مشروع قانون المرافعات المدنية والتجارة الذي تم انجازه واصبح معدا ليأخذ طريقه الى مراحل التشريعية ، أما القواعد الموضوعية فقد أتى بها هذا المشروع في المواد من ٤٠١ الى ٤٠٤ وهي مستمدة من المواد ٣٣٤ و ٣٣٥ و ٣٣٨ و ٣٤٠ من القانون المدني المصري ومن التشريعات العربية الاخرى التي نقلت عنه .

وتعرض المادة ٤٠١ من المشروع لحكم لا ينصب مباشرة على العرض الحقيقي والابداع وانما يتنظم مرحلة يسلكها المدين اذا نشد . تمهيدا لاتخاذ اجراءات العرض والابداع أو عرضا عنها ، وغاية تلك المرحلة هي وضع الدائن في موضوع التصريح اذا رفض قبول الوفاء بدون مبرر مقبول ، مع بيان الآثار التي تترتب على ذلك ، ولكي يعتبر الدائن في ذلك الوضع القانوني فان ذلك يقتضي من المدين أن يعذره ، باعلان رسمي يسجل عليه فيه ، اما انه رفض وفاء صحيحا عرضه عليه ، واما انه امتنع عن القيام بعمل من الاعمال اللازمة لاتمام الوفاء ، واما انه اعوان

الدائن الموفي له لا يرجع على المدين الا بمقدار ما أداه ، ولم يأت المشروع في ذلك بجديد غير ما هو مقرر بالمادة ٣١٧ من قانون التجارة القائم والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي استمد منها ذلك الحكم .

وتتنق المادة ٣٩٧ من المشروع مع حكم المادة ٣١٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل لطيف في الصياغة يجعلها أدنى الى الدقة ، أما المادة ٣٩٨ فقد استحدثت بها المشروع حكما جديدا يعالج به الصورة التي يكون فيها الدين مضمونا بعدة رهون على عقارات متعددة ثم يباع كل منها الى حائز على استقلال ويقوم أحد الحائزين بوفاء الدين كله ، ويقرر النص المستحدث أن هذا الحائز لا يكون له أن يرجع على أي من الحائزين الآخرين الا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمة العقار الذي يكون حائزا له ومن ثم فان شأن الحائز الموفي بكل الدين بالنسبة الى الحائزين الآخرين كشأن المدين المتضامن الذي يوفي بالدين جميعه فيرجع على سائر المدينين الآخرين كل بقدر حصته وقد استمد المشروع ذلك الحكم من المادة ٣٣١ من القانون المصري والقوانين العربية التي نقلتها عنه .

وقرر المادة ٣٩٩ القاعدة العامة التي تنص عليها المادة ٣١٩ من قانون التجارة الحالي بان الوفاء يكون للدائن ولكن دون استطراد الى ما تردده من شروط بشأن اهلية الموفي له افتتاه بما جاء به المشروع في الباب الاول من القواعد والاحكام لتصرفات ناقصي الاهلية واصحاب الصفة في النيابة عنهم في تلك التصرفات ، وانا اُضاهف المشروع الى المادة التي اوردتها نصا مستحدثا يقضي بصحة الوفاء الى من قدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه أو لائبه ، وقد تشيا المشروع بذلك النص أن يجعل من التقدم بالمخالصة الموقفة من الدائن قرينة على ثبوت صفة مقدمها في استيفاء الدين ، على أن تنتفي هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن بنفسه أو لمن ينوب عنه اذ يتعين عندئذ على المدين أن يرفض الوفاء حتى يستوفى من صفة من يديه المخالصة وقد استمد المشروع ذلك الحكم من بعض التقنيات العربية (٣٣٣- مصرى ، ٣٣٠- سوري ، ٣١٩- ليبي) .

ووضع المشروع المادة ٤٠٠ بما يتفق مع ما تنص عليه المادة ٣٣٠ من قانون التجارة القائم . واضاف حالة اخرى تأخذ ذات الحكم المطبق على الحائنين الواردين في النص الحالي ، ولكن في حدود خاصة ، وهي حالة الوفاء لغير الدائن اذا عادت منه منقمة على الدائن وعلى أن تكون براءة المدين الموفي بقدر هذه المنقمة ، وتتحقق تلك الحالة مثلا اذا كان المدين قد وقى الدين الى شخص كان دائنا للدائن وقبضه منه استيفاء لحقه في ذمة ذلك الدائن وكان الحق خاليا من النزاع وواجب الاداء ومقدما

عرضا حقيقيا ، وكان لزاما لذلك فتح الباب امام المدين للخصوص من عبه الدين بايداع مباشرة ايداعا غير مسبوق بالعرض الحقيقي في الاحوال التي يتحقق فيها قيام ذلك الحائل وقد حصرتها المادة 403 في ما يلي : أولا - اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه . ثانيا - اذا كانت اهلية الدائن مقيدة او معدومة وليس له نائب يقوم عنه في استيفاء الدين . ثالثا - اذا كان الدين محل نزاع بين عدة اشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق فيهم . رابعا - اذا كانت هناك اسباب جدية اخرى تبرر عدم اجراء العرض الحقيقي كما اذا كان المدين يطلب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ، ومثال ذلك أن يكون المشتري رغبيا في الوفاء بالثمن الى البائع ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيععه في عقد البيع تمهيدا لتسجيل العقد ونقل الملكية ، فلا يكون امام المشتري مفر من ايداع الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطا بعدم صرفه اليه الا بعد توقيعه على العقد . وترتب المادة 403 على الايداع (أو ما يقوم مقامه) في هذه الصورة انه يكون بمثابة وفاء للمدين ، واعتبارا من تاريخ القيام به ، وبدهي ان الايداع المقصود هو الايداع الصريح الذي قبله من ثبت له الحق فيه دون ان ينازع في صحته أو الايداع الذي يقضي بصحته لدى النزاع فيه .

ولا يعتبر العرض الحقيقي المشعور بالايداع لازما ، ولذلك فقد اجازت المادة 404 من المشروع للمدين أن يرجع في عرضه مادام لم يقبله الدائن وما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته ، ويرسم مشروع قانون المرافعات اجراءات الرجوع فيوجب على المدين ان اراد رجوعا ان يعلن الدائن بعزمه على ذلك وان يثلث ثلاثة ايام قبل ان يؤذن له في الرجوع ، ان يكون للدائن خلال هذه المهلة ان يقبل العرض فيقتضي الدين ويمتنع بذلك على المدين أن يرجع ، أما اذا انتهت المهلة ولم يبد الدائن قبولا للعرض ورجح المدين فان العرض يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم تبقى ذمة المدين مشغولة بالدين وماحتقاه كما لا تنفك عن الدين ضماناته .

أما اذا جاء رجوع المدين في العرض بعد قبول الدائن له أو بعد الحكم نهائيا بصحته ، فان هذا الرجوع يكون قد وقع على غير محل من الدين الذي صار عرضه واقضى بما كان له من كافة الضمانات ، وحتى اذا كان الدائن لم يقبض الدين فعلا في هذه الصورة ثم عاد وقبل من المدين الرجوع في العرض ، فان اثر هذا التبرؤ يكون مقصورا على العلاقة بينهما فتعود ذمة المدين مشغولة بيد جديد معادل للدين القديم الذي اقتضى فلا يكون للدين الذي نشأ بذمة المدين ما كان للدين القديم المنقضى من الضمانات ما لم يوجد اتفاق بين ذوي الشأن على ذلك .

عدم قبوله للوفاء ، فيترتب على الاعذار الى الدائن بأنه في حالة من هذه الحالات انتقال تبعه هلاك الشيء الى عاتقه ، والسماح للمدين بايداع الشيء على نفقة الدائن مع الرجوع عليه بالتعويض عند الاقتضاء . وتحقق الحالة الاولى كما لو عرض المدين على الدائن عرضا فطليا - ولو بدون اعلان رسمي - الدين بشماه عند حلول الاجل وفي المكان المحدد للوفاء به أو حتى اكتفى بايداع استعداده للوفاء بالدين على هذا الوجه فرفض الدائن ذلك الوفاء ، وتحقق الحالة الثانية اذا استلزم الوفاء من الدائن أن يتدخل بعمل من جانبه ، كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وابتى أن يسمى اليه ، اما الحالة الثالثة فان الدائن يسبق فيها المدين بأن يعلن نأحيته انه لن يقبل الوفاء اذا ما عرض عليه ، فان وضع الدائن نفسه في حالة من تلك الحالات وسجلها عليه المدين بالاغذار اليه ترتبت على الاعذار آثاره السابقة .

وللمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا على دائته - سواء اكان قد اعذر اليه وفقا لحكم المادة السابقة أم لا - وقد أورد مشروع قانون المرافعات بيان اجراءات العرض وكذلك الايداع ، ففصلت أحكامه كيفية القيام بالعرض الحقيقي وفقا لطبيعة المعروض ، فان كان تسليمه ميسورا في موطن الدائن وجب ان يحمله اليه مندوب الاعلان والا كلفه بتسلمه حيث يوجد ، واذا ما قبل الدائن العرض على ذلك الوجه فيكون الوفاء قد تم اليه منذ اللحظة التي يقترن فيها القبول بالعرض ، وهو حكم واضح في تلك الصورة وفي غير حاجة الى النص عليه في المشروع ، اما اذا لم يقبل الدائن العرض فيكون من اللازم اتخاذ اجراءات الايداع التي رسمها مشروع قانون المرافعات ، وتم بايداع الشيء خزائنة ادارة التنفيذ اذا كان المعروض تقودا او غيرها مما يقبل الايداع بالخزائنة ، فان لم يكن كذلك تمين استصدار امر من القضاء بالايداع في مكان أمين ، أما اذا كان المعروض شيئا يستحيل على الايداع فان الاجراء البديل هو استصدار امر القضاء بوضعه تحت الحراسة ، أما الاشياء التي يسرع اليها التلف فتباع باذن القضاء ويودع الشرع المتحصل من البيع ، على ان الدائن قد يعود بعد اتمام الايداع او الاجراء البديل عنه فيقبل العرض . كما انه قد يظل على موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسلم المعروض حتى يقضى نهائيا بصحة العرض والايداع وتقرر المادة 403 من المشروع الحكم في الحالين فتقتضى بأن العرض فيما يعتبر بمثابة وفاء للدين ونصها قاطم في اسناد وقت الوفاء وبرائة ذمة المدين الى التاريخ الذي تم فيه العرض الحقيقي على الدائن فابتدره بالرفض ولم يشأ ان يقبله في حثته .

وقد يحول بين المدين وبين امكان التعرف على الدائن الواجب الوفاء اليه حائل ، فيتعذر اتخاذ اجراءات عرض الدين

من الاعتبارات ما يرجح اتجاه النية الى تعيين دين بذاته فان الحق في التعيين يؤول الى الدائن وهو ما أخذ به القانون المدني المصري في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ والمدني السوري في المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣. وقد اختار المشروع منهج هذه القوانين ضمانا لاستمرار المراكز القانونية، وتلافيا للمنازعات حول مشروعية استعمال الدين لحقه المطلق في تعيين الدين بعد أن تم الوفاء دون تعيين .

وقد نصت المادة ٤٠٨ من المشروع على أن للدين أن يعين عند الوفاء الدين الذي يريد الخصم منه ما لم يمنعه اتفاق مسبق من ذلك أو يحول بينه وبين حقه في الاختيار نص في القانون كما اذا أراد أن يقع الخصم من دين لا يجوز فيه تجزئة الوفاء ، ونصت المادة ٤٠٩ من المشروع على كيفية اجراء الخصم اذا لم يعينه الدين عند الوفاء ، بان الوفاء يقع من الدين الذي حل تمسبا مع النية المقترضة للدين وقت أن أوفي . فان تعددت الديون الحالة فان الوفاء يقع من أشدها كلفة تقديرا بأنه الاصلح للمدين والاكثر اتفاقا مع قصده عندما أوفى دون تعيين ، وعلى ذلك فلا يكون للمدين الذي لم يعين وقت الوفاء ، أن يعود بعد هذا الوقت بزمن طال أو قصر فيختار الخصم من دين مؤجل حتى ولو كان الاجل لمصلحة دون الخصم من دين كان حالا وقت الوفاء واستقر في يقين الدائن الموفي له عندئذ أن الوفاء قد انصب عليه ، كما لا يكون للمدين بعد ذلك الوقت (وقت الوفاء) أن يعود فيؤثر الخصم من دين عادى على الخصم من دين مكفول كان متبررا وقت الوفاء أنه الاشد كلفة من ذلك الدين العادى .

وتطابق المادتان ٤١٠ و ٤١١ من المشروع الاحكام المقررة بالمادتين ٣٢٥ و ٣٢٦ من قانون التجارة الحالي مع تعديل أحكام في صياغة اولها والاحتفاظ بجوهر الحكم على حاله . ويتضمن هذا الحكم أصلا عاما بأن الالتزام يكون مستحق الاداء بمجرد ترتيبه بذمة المدين على أن هذا الاصل ليس مطلقا فقد يوجد اتفاق باضافة الالتزام الى أجل فيصير اداؤه معلقا على أجل واقف كما قد ينص القانون في بعض الاحوال رعاية لمصلحة يقدرها على تحديد أجل الوفاء بالالتزام ، والى جانب الاجل الاضافي والاجل القانوني أخذ المشروع ماخذ القانون الحالي ومصادره التشريعية بالاجل القضائي فاتاح للقاضي أن يهل المدين في الوفاء أو يمنحه ما يسمى نظرة الميسرة ، وذلك اذا توافرت في الموضوع الاسباب المشروطة قانونا لذلك اذ يجب ان تكون حالة المدين تستاهل اثاره بهذه المنحة وبالتالي فلا يجوز أن تعطى لمن تصد عدم الوفاء أو قصر فيه قصورا بيئا أو لمن كان معسرا لا يرجي منه الاعتدال على الوفاء ، كما يجب الا يكون من شأن النظره الحاق ضرر شديد بالدائن فلا وجه لافادة المدين اذا كان السبيل الى ذلك هو ازالة الاضرار البالغة بالدائن

وأورد المشروع المادة ٤٠٥ بحكم يتفق مع ما تقرره المادة ٣٢١ فقرة أولى من قانون التجارة الحالي مع تعديل أرفق في الصياغة ، ومؤاده أن الوفاء ينبغي أن يكون بالشئ المستحق أصلا . ولا يجوز أن يستبدل شيء آخر به ولو كانت له قيمة أكبر ، الا اذا وافق الدائن أو كان متسما في قبول الوفاء . وقد رؤى عدم الحاجة الى ايراد حكم خاص على نحو ما تقرره الفقرة الثانية من المادة ٣١٩ بشأن حق المدين بدين لم يعين الا بنوعه في أن يعي بنشله ولو لم يرض الدائن ، اعتبارا بأن هذا الحكم لا يبدو أن يكون تطبيقا سلسا للقواعد العامة وقد سبق الى ذلك النهج القانون المصري بالمادة المتقابلة ٣٤١ مدني والقوانين العربية التي حذت حذوه (٣٠٩ سوري ، ٣٢٨ ليبي) .

وأوردت المادة ٤٠٦ من المشروع بفتحها الاولى حكما مطابقا للحكم المنصوص عليه في المادة ٣٢٣ من قانون التجارة الحالي بشأن عدم جواز اجبار الدائن على قبول الوفاء بجزء من حقه ، ما لم يكن هناك اتفاق او نص في القانون يقضي بالزامه بذلك ، وانما أجرى المشروع تعديلا في العبارة لتكون الصياغة أكثر دقة واحكاما ، وورد المشروع فقرة جديدة بالمادة المقترحة تضع حلا بيئا لكيفية الوفاء اذا كان هناك نزاع في جزء من الدين دون باقيه ، ويقضي بأن للدائن في هذه الحالة أن يستوفي من المدين الجزء الذي يعترف به بغير انتظار لحسم النزاع في الجزء الذي انصب عليه ذلك النزاع ، ولا يجوز للمدين ان يرفض هذا الوفاء الجزئي متذعرا بالترتب الى الوقت الذي يتم فيه حسم النزاع في الجزء الاخر . وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٣٤٢ فقرة ثالثة من القانون المدني المصري . والقوانين العربية التي سارت على منواله .

وتأخذ المادة ٤٠٧ من المشروع بحكم المادة ٣٢٤/٢ من قانون التجارة الحالي بشأن كيفية الخصم في حالة الوفاء بالدين وملحقاته ، أما المادتان ٤٠٨ و ٤٠٩ فتتصرفان الى معالجة كيفية الخصم من أصل الديون المتعددة وهي مسألة تباينت فيها الحلول التشريعية ، فمنها ما يذهب الى أن المدين له عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد قضاءه ، فان لم يفعل كان للدائن أن يقوم بعين التعيين ما لم يعترض عليه المدين أو يثبت ان الدائن أجرى التعيين في المخالفة بطريق النش أو الباعثة (القانون الفرنسي المادة ١٢٥٥) ومنها ما يذهب الى اطلاق حق المدين في تعيين الدين الذي يوفي به ويستعمله كيف شاء وفي أى وقت يشاء بعد الوفاء وهو منهج القانون العراقي المادة ٣٩٣/١ مدني وقانون التجارة الكويتي المادة ٣٢٤/١ . ويأخذ فريق ثالث من التشريعات بتعديد حق المدين في تعيين الدين في وقت قيامه بالوفاء اما ان سكت عن التعيين فان القانون يتولى ذلك عنه أخذاً في الاعتبارية للمدين المقترضة وقت الوفاء ، فان لم يوجد

قانون التجارة وإنما أدخل المشروع تعديلا لفظيا طفيفا في صياغة الفقرة الاولى المقابلة للمادة ٣٣٣ من القانون .

واستحدثت المشروع في المادة ٤١٧ نصا على حكم التجديد في حالة بطلان أى من الالتزامين القديم أو الجديد ، وتقضى هذه المادة بأن التجديد لا يقع إذا أن الالتزام القديم إذا كان باطلا مستتب ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه ، وإذا كان الالتزام الجديد باطلا بقاء الالتزام القديم قائما لامتناع أثر التجديد .

ونص المشروع في المادة ٤١٨ منه على أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف ذلك أن التجديد يستلزم ظهور ارادة الطرفين في القضاء على الالتزام القديم وفي انقضاء الالتزام الجديد ليكون بديلا له ومختلفا عنه ، فضلا عما ينطوي عليه التجديد من نزول من جانب الدائن عن الالتزام القديم ، ومن ثم لا يجوز افتراض التجديد أو استخلاصه من المظاهر المادية المجردة من قصد التجديد . فمن هذه المظاهر ما يقضي الى خلق عمليات قانونية تكون صحيحة في ذاتها دون أن يقصد الطرفان منها قضاء الالتزام القديم الذي يستلزم توفر عنصر معنوي هو نية التجديد بانشاء الالتزام الجديد ، وقد نقل المشروع هذا الحكم عن المادة ١/٣٥٤ مدنى مصرى والتشريعات العربية التي سارت على متواله .

وجاء المشروع في المادة ٤١٩ بحكم يطابق ما تنص عليه المادة ٣٣٤ من قانون التجارة القائم مع صياغة أكثر ضبطا لتأكيد المعنى المقصود منه وهو أن الالتزام الجديد غير الالتزام القديم وله مقوماته واستقلاله الخاصان به ، وقد أضاف المشروع فقرة ثانية الى المادة التي جاء بها للتأكيد على أن التأمينات لا تنتقل من الالتزام القديم الى الالتزام الجديد ما لم يقض بذلك نص في القانون أو تبين أن النية قد انصرفت الى ذلك . وقد جرى المشروع في هذه الاضافة على متوال التشريع المصرى في المادة ٣٥٦ من القانون المدنى والتشريعات العربية التي حذت حذوه (٣٥٤ سورى ، ١٣٤٣ لبيس) .

وقد لوحظ أن المادة ٣٣٥ من قانون التجارة الحالى تنص على أنه « إذا كان الدين الاصلى مكفولا بتأمينات شخصية أو عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي أيضا » وهو حكم عام ومعهم ، إذ أنه لا يفرق بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية مع ما بينهما من اختلاف في الطبيعة القانونية وفي الآثار ، كما أنه جاء رسالا بلا تحديد للسبب القانوني لتجديد هذه أو تلك من نوعي التأمينات ، كذلك فإنه ترك حقوق الغير دون تصون أو حماية حيث يقتضى الحال ذلك ، وهذا كله من شأنه أن يوسع أسباب الخلاف في وضع الحلول القانونية في كثير من الصور بل وقد يصل الاجتهاد فيها ، ولذلك فإن المشروع قد جاء بالمادتين ٤٢٠ و ٤٢١ ورسمهما قواعد

ويلزم أخيرا ألا يوجد نص في القانون يمنع النظرة إذ يتعين عندئذ التزام حكمه ، وغنى عن البيان أن القاضى عليه أن يقدر مدى النظرة بالمدى الضرورية لتسكين المدين من الوفاء .

وجاء المشروع بالمادة ٤١٢ تتفق مع الحكم المقرر في المادة ٣٣٧ من قانون التجارة الحالى بفقرتها مع تعديل أكثر وضوحا في العبارة ، استمدت المشروع مما تجرى به صياغة المادة ٣٤٧ من القانون المدنى المصرى مع التصرف بما اقتضاه المقام . ولم ير المشروع وجها لنقل ما تنص عليه المادة ٣٣٨ من قانون التجارة الحالى من أنه « إذا أرسل مدين الدين مع رسوله الى الدائن فهلك في يد الرسول قبل وصوله هلك من مال المدين ، وإن أمر الدائن المدين بأن يدفع الدين الى رسول الدائن فدفعه اليه وهلك في يده فلاه من مال الدائن ويبرأ المدين من الدين » وذلك تقديرا من المشروع أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة ويمكن اعماله دون لبس وبغير حاجة الى تخصيصه بالنص ، أما المادة ٤١٣ فوضعها المشروع مطابقة للمادة ٣٢٩ من قانون التجارة في حكمها وصياغتها ويقضى حكمها بأن تفقات الوفاء بالدين تكون على عائق المدين الا اذا اتفق على غير ذلك أو كان هناك نص أو عرف يجرى علاني خلافه ، والتفقات المتصدرة في هذا المقام هي تلك التي تصرف في سبيل الوفاء بالدين مثل ثمن الشيك وأجرة الوزن أو الكيل وتفقات ارسال الدين الى الدائن .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

(الواد ٤١٤ - ٤٢٤)

(أولا) الوفاء بمقابل :

أورد المشروع ماهية الوفاء بمقابل والتواعد التي تحكمه بالمادتين ٤١٤ و ٤١٥ على نسق ما تجرى به المادتان ٣٣١ و ٣٣٠ من قانون التجارة القائم ومصدرها في القوانين العربية (المادتان ٣٥٠ و ٣٥١ مصرى والمواد المقابلة بالتشريعات العربية التي أخذت بها) ، ويترتب على الوفاء بمقابل نقل ملكية شيء من ذمة المدين الى ذمة الدائن وفاء لالتزام سابق بينهما فهو بهذه المثابة تجديد بتغيير الالتزام يتحمل ويعتبر به الوفاء بالالتزام الجديد على الفور ، وبذلك ينطوي الوفاء بمقابل على نقل الملك بمقابل ومن هذا الوجه تنطبق عليه أحكام البيع كما يؤدي الى انقضاء الالتزام فتسرى عليه من هذا الوجه أحكام الوفاء ، وقد رؤى التناسل لوضوح العبارة بالمادة ٤١٥ الاستعاضة بعبارة « وبالاخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من اللديون المتعددة » عن الصياغة المقابلة بالمادة ٣٣١ والتي تجرى عبارتها « وعلى الاخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع » .

(ثانيا) التجديد :

وتتفق المادة ٤١٦ من المشروع مع المادتين ٣٣٣ و ٣٣٣ من

حاسة لتحكم المسائل المتساوية وتلك المخالفة كل بما يتفق مع ملبستها من الاحكام ، والاصل العام في جميعها استمدته المشروع من القانون المدني المصري في مادتيه ٣٥٧ و ٣٥٨ والقوانين العربية الاخرى التي نقلت عنه ، ولكنه لم يلتزم النهج الذي سلكته تلك القوانين بحصر تطبيق الحكم المقرر في أولى المادتين (٣٥٧ مصرى وما يطابقها) في التأمينات العينية المقدمة من المدين ، واطلاق الحكم المقرر فسى المادة ٣٥٨ على التأمينات المقدمة من غير المدين سواء اكانت عينيه أو شخصية ، وهو ما يثير اضطرابا بشأن الموافقة في الحكم بين انتقال التأمينات العينية اذا كانت مقدمة من المدين ، وبين انتقال تلك التأمينات اذا كانت مقدمة من غير المدين . مع ما بينها من تقارب شديد في الطبيعة القانونية والآثار ، ولذلك فان المشروع اقر أن يفرد المادة ٤٢٠ لحكم التأمينات العينية كافة سواء اكانت مقدمة من المدين أو من غيره ، فتقضى هذه المادة أنه اذا كانت تلك التأمينات مقدمة من المدين وكان التجديد بتغيير الدين فانها تنتقل الى الدين الجديد بالاتفاق بين الدائن والمدين على الاثر ذلك على حقوق الغير ، وعلى ذلك اذا اتفق الدائن والمدين على انتقال التأمين العيني لضمان الدين الجديد بقية تزيد على قيمة الدين القديم ، فان اتفاقهما على امتداد الضمان الى القدر الزائد في الدين الجديد لا ينفذ ولا يبرى في مواجهة الغير وهو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحق عينى على التأمين المتقدم ضمانا للدين القديم متى كان تاليا له في المرتبة ، وان كان التجديد بتغيير المدين جاز للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمين بغير رضاه المدين الاصلى ويبقى التأمين على حاله يثقل العين المقدمة منه ، ويعتبر هو عندئذ كميلا عينيا للدين الجديد ، وان كان التجديد بتغيير الدائن فيصير الاتفاق بين اطراف التجديد ثلاثتهم على انتقال التأمينات - فان كان التأمين العيني مقدما من سوى المدين فانه لا ينتقل الى الدين الجديد الا بوافقة من قدم ذلك التأمين وبشرط ألا يضر ذلك بحقوق الغير ، وفي جميع الاحوال وسواء كانت التأمينات العينية مقدمة من المدين أو من سواء فان الاتفاق على انتقالها الى الدين الجديد لا يعتبر نافذا في حق الغير الا اذا كان هذا الاتفاق معاصرا وقت الاتفاق على التجديد ، فاذا كان لاحقا له في الزمان فانه يكون من شأن التجديد الذي تم مجردا من التأمينات العينية اقتضاء الدين القديم مع تأميناته ، ولا يكون فسى السعة اعادة تلك التأمينات بعد زوالها لضمان الدين الجديد وبذات المرتبة التي كانت في ضمان الدين القديم ، حماية للغير وصيانة لحقوقه ، وان كان التأمين العيني موقعا على المقار يلزم لسراها أيضا اتباع الاحكام التي يقرها قانون التسجيل المقارى .

وخصص المشروع المادة ٤٢١ لبيان الحكم في شأن انتقال التأمينات الشخصية فيقضى بأن هذه التأمينات لا تنتقل الى الدين الجديد الا برضاء الكفيل أو المدين المتضامن ، ومن ثم فان الكفالة الشخصية لا تضمن الوفاء بالدين الجديد ما لم يوافق الكفيل على ذلك ، وكذلك اذا تم التجديد بوافقة بعض المدينين المتضامنين ترتب على ذلك انقضاء الدين الاصلى ونشوء دين جديد بالتضامن بين من وافقوا على التجديد ، وتبرأ ذمة من عدهم من المدينين الذين كانوا متضامنين في الدين الاصلى ، وانما يجب التنويه في هذا المقام بأن الدائن اذا احتفظ عند التجديد بحقه قبل من لم يرتضه من المدينين المتضامنين فان هؤلاء يبقون ملزمين بالتضامن بالدين الاصلى بل يحط حصة المدين الذى أجرى التجديد وذلك علما بما تنص عليه المادة ٣٤٨ من المشروع المقابلة للمادة ٢٩١ من قانون التجارة الحالى ، وغنى عن البيان أن موافقة الكفلاء الشخصيين أو المدينين المتضامنين ليست مشروطة في قضاها بحق الغير بمعاصرة الاتفاق على التجديد ، فيجوز أن يأى رضاهم بكفالة الدين الجديد أو التضامن فيه عند حصول التجديد ، كما يصح أن يكون لاحقا له ، واذا جملوا لرضاهم فيما كان لاحقا أثارا رجعيما من تاريخ التجديد فان التزامهم بالكفالة أو التضامن على ذلك الوجه يكون صحيحا وناظرا في حدود القواعد العامة فسى القانون .

(١٣٣) (الإذابة في الوفاء :

وتعرض المادة ٤٢٢ لحكم الإذابة في الوفاء مستلزمة نص المادة ٣٣٦ من قانون التجارة القائم مع تعديل صياغته على وجه أكثر دقة ، ونظام الإذابة يفترض وجود أطراف ثلاثة : المدين الاصلى وهو المنيب ، الدائن وهو المناب له ، والاجنبى وهو الشخص المناب وتقع الإذابة كاملة اذا اتفق ثلاثتهم على ابراء المدين الاصلى من الدين ، وان يصير على المناب الالتزام بوفائه منفردا ، ويكون ذلك بشأبة تجديد للدين بتغيير المدين ، وتقع الإذابة ناقصة اذا لم ينعقد الاتفاق على التجديد وانما تم الاتفاق على انشاء الالتزام الجديد بذمة المناب الى جانب الالتزام الاصلى الثابت بذمة المنيب (المدين الاول) وهذا النوع من الإذابة هو الاكثر أهمية وذيوغا في المعاملات ، ومع ذلك فقد لوحظ أن قانون التجارة الحالى في صدد تمشيره بالإذابة - لم يورد سوى عبارة موجزة ومرسلة في معناها - متأثرا في ذلك ببعض القوانين العربية حيث قال : « ان الاجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » . وهى صياغة يقصر مدلولها عن الإحاطة بالإذابة الناقصة مما حدا بالمشروع الى تعديلها على الوجه الذى جاء به في النص الذى أورده بالمادة ٤٢٢ .

من المقاصة القانونية ، فأساسها اذا هو الارادة وأولى أن يترك حكمها للقواعد العامة التي تنظم التصرفات القانونية ، كما انها من وقت اتجاه الارادة اليها أو اتفاق الطرفين عليها ترتب الآثار الناشئة عن المقاصة القانونية فلا تكون هناك حاجة الى ترديد تلك الآثار في شأنها بنصوص على استقلال .

وترتيباً على ما تقدم جميعه جاء المشروع بالمادة ٢٢٥ وضمنها تعريفاً واضحاً بالمقاصة القانونية ، وحكمها في انقضاء الدينين قصاصاً بمجرد توافر الشروط التي أحاط بها النص ، وقد حذا المشروع فيما أخذ به من ذلك حذو القانون المدني المصري في مادته الـ ٣٦٢ ، والتشريعات العربية التي قبلتها عنه ، وهى تتفق في جوهرها مع الاحكام المقررة بالمادتين ٣٣٩ و ٣٤٠ من قانون التجارة الكويتي ، مضاعفاً اليها أن نظرة الميسرة التي يمنحها القاضى للمدين أو يقطع بها الدائن من جانبه لا تمنع من وقوع المقاصة ، وهى اضافة يقضيها التطبيق السلمى للقواعد العامة في القانون ، ذلك أن العلة في النظرة تزول من أساسها بصيرورة المدين في مركز الدائن لدائته بدين تتوافر فيه شروط المقاصة القانونية مع الدين الذي بذمته ذلك الدائن وأهم في الوفاء به اشفاقاً على ظروفه سواء بالنظرة القضائية أو تفضلاً عليه من الدائن .

وفيما عدا ذلك فإن المشروع التزاماً بسياسة التي رسمها لم يشر الى المقاصة الاختيارية التي يقول عنها قانون التجارة الحالي في فصوله بأنها تحصل بتراضى المتدينين ، ومع ذلك فيلزم التنويه في هذا المقام ... ودفعاً لاي لبس في حكم القواعد العامة بشأن تلك المقاصة - ان المقاصة الاختيارية كما تقع بتراضى الطرفين اذا كان المانع من تحقق المقاصة القانونية مقرراً لمصلحةهما معاً ، فانها تقع أيضاً بتصرف من جانب واحد اذا كان المانع من المقاصة القانونية لم يقصر الا لمصلحة ذلك الجانب وحده فيكون له أن ينزل عن المانع ويطلب الزام غريمه بالامثال للمقاصة فتقع بين الدينين من تاريخ زواله عن ذلك المانع .

واستحدثت المشروع في المادة ٢٢٦ الحكم المقرر بها وهو مستمد من المادة ٣٦٣ من القانون المدني المصري والتشريعات العربية التي نقلت عنه ، وقضى بأنه لا يشترط لوقوع المقاصة أن يكون الدينان المتقابلان واجبي الوفاء في مكان واحد تقديراً بأنه لا يثبت أن يشكل اختلاف مكان الوفاء مانعاً من تحقيق الزايات التي تكفلها المقاصة في المعاملات ، وانه يكفى في هذه الصورة الزام من تمسك بالمقاصة بأن يعرض الطرف الآخر عما يلحقه من الضرر نتيجة لعدم استيفاء حقه أو عدم وفاه بدينه في المكان المتفق عليه .

وقد استمد المشروع المادة ٢٢٣ بفقرتها من الاحكام المقررة بفقرتي المادة ٣٣٧ من قانون التجارة الحالي . وتتناول الفقرة الاولى القاعدة العامة في الانابة الكاملة المتبررة تجديداً للالتزام ، وأهم الآثار التي تتميز بها تلك الانابة وهى برادة ذمة الميب قبل المناب لديه وقد أجرى المشروع تعديلاً فسى صياغة الفقرة الثانية لتكون عبارتها أكثر وضوحاً وبيانا في أنه اذا لم يوجد اتفاق صريح على التجديد فلا تكون الانابة الانابة ناقصة يترتب عليها انشاء التزام جديد بذمة المناب الى جوار الالتزام الاول الثابت بذمة المدين المنيب .

وتتفق المادة ٢٢٤ من المشروع مع ما تنص عليه المادة ٣٣٨ من قانون التجارة التام ، ويفيد حكمها المطلق أنه يسرى على الانابة بنوعها سواء كانت كاملة أو ناقصة ، ويوجه هذا الحكم أن الاصل في الانابة انما كان نوعاً انها - كما تقدم - تنشئ بذمة المناب التزاماً مجرداً من سببه ، وعلى أساس أن المناب لديه لا يتلقى الاحقه ، وانه انفاذا للانابة يستأديه من المناب بدلا من أن يستأديه من المدين الاصلى ، ومن ثم فسان الانابة لا تاتى ولا تندفع بما قد يكون وارداً على العلاقة بين المدين الاصلى (المنيب) وبين المناب من أسباب البطلان أو الدعوى ، وغنى عن البيان ان الحال يختلف اذا ورد فسى الانابة يتضح بأن المناب يلزم قبل المناب لديه بسبب العلاقة بينه وبين المنيب (أي بين المناب والمنيب) فسواء اكانت هذه العلاقة علاقة مديونية أو علاقة تبرعية فإن الانابة لا تصح الا بصحة الالتزام الذي اتخذ سبباً لها كما تدفع بما يدفع به ذلك السبب .

(وابعاً للمقاصة :

أوحظ أن قانون التجارة الحالي وان صرف عنايته الى وضع النظام القانوني المقاصة القانونية وأورد فيه أحكامها الاساسية وما يترتب عليها من الآثار الا أنه اشار من خلال نصوصه اشارات مهمة الى المقاصة الاختيارية وبعض من قواعدها كيفية تثير الاضطراب في ماهية هذا النوع من المقاصة وفيما تناوله من تسييق بين أحكامها وأحكام المقاصة القانونية كما سيبين فيما يلي من الايضاحات ، ولذلك فإن المشروع آثر السير على نهج القانون المدني المصري في المواد ٣٦٢ - ٣٦٩ ، والتشريعات العربية التي تابعتها فاقتصر على ايراد ما تعلق بالمقاصة القانونية من الاحكام وما ترتب عليها من الآثار ، ولم ير أن يتناول المقاصة الاختيارية بنصوص خاصة ذلك أن مجالها يكون حيث يتخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لوقوع المقاصة القانونية ، وعندئذ تقع تلك المقاصة الارادية بارادة أحد الطرفين أو باتفاقهما معاً على التجاوز عن الشرط أو الشروط المقررة لمصلحة أيهما والممانعة

لصالح الكفيل المذكور ، ويتقاسم الدينان بحكم القانون اذا توافرت الشروط الاخرى لمقاصة القانونية ، اما اذا اخل شرط اتحاد الجنس في الدينين او اخلت أي شرط آخر من شروط المقاصة القانونية فلا يكون هناك مجال لتبر المقاصة الاختيارية وتقدم بالاتفاق بين الكفيل والدينان طبقاً للقواعد العامة .

وجاء المشروع بالمادة ٤٢٨ مقابل المادة ٣٤٤ من قانون التجارة القائم وبغير مخالفة للحكم المقرر بها ، وهو يوجب تسك صاحب المصلحة بالمقاصة ، وذلك تأكيداً لعدم ارتباط المقاصة بالنظام العام فلا يكون للقضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه ، وانما اضاف المشروع حكماً جديداً يقضي بعدم جواز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها تلافياً من اختلاف الرأي في ذلك الشأن .

والتراتبية التي يوجبها المشروع في الاقتصاص على تقنين المقاصة القانونية فانه قد أفصح بالمادة ٤٢٨ التي جاء بها عن حدود الاثر الذي ترتبه تلك المقاصة في اقتضاء الدينين وهو اعتبار الاقتضاء مستندا الى الوقت الذي حصل فيه التقابل بين الدينين المذكورين ، وكذلك ودعماً لكل لبس في كيفية المقاصة عند تعدد ديون أحد الدينين اورد المشروع حكماً جديداً اخر يقضي باحتساب الخصم في هذه الحالة كما يحتسب الخصم في الوفاء لدى تعدد الديون ، وقد أخذ المشروع فيما اضاف من ذلك كله تقالاً عن المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري بعد ادخال تعديلات لفظية عليها .

أما المادة ٤٢٩ من المشروع فانها تقابل الحكم الوارد بالمادة ٣٤٥ من قانون التجارة الحالي وانما عدل المشروع في صياغتها على وجه يتفق مع التزامه ببادئ الفقه الاسلامي في أن الحقوق الشخصية لا تنتقض بالتقادم ، وانما لا تسمح دعوى المطالبة بها بمرور الزمان ، وقد نقلت الصياغة المعدلة عن المادة النظرية بالقانون المدني العراقي وهي المادة ٤١٤ .

ويستند الحكم المقرر بالمادة ٤٢٩ في أساسه التشريعي الى ما للتسك بالمقاصة من أثر رجعي يرد الى وقت التلاقي بين الدينين ، فاذا تحقق التلاقي بينهما قبل أن تتم المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى باحدهما ، فإن ذلك لا يحول دون وقوع المقاصة وان جاء التسك بها في وقت لاحق لاكتساب تلك المدة .

وجاء المشروع بالمواد ٤٣٠ و ٤٣١ و ٤٣٢ مطابقة في أحكامها للمواد ٣٤٦ و ٣٤٨ و ٣٤٧ - على التوالي - من قانون التجارة الحالي مع تعديلات لفظية في الصياغة ويجمع بين توصفها مبدأ أساسى يقضي بعدم جواز الاضرار بحقوق كسبها الغير لا عن طريق التسك بالمقاصة وهو ما يتناولها بالتطبيق المادة ٤٣٠ (المقابلة للمادة ٣٤٦ تجارى) ولا عن طريق النزول عن التسك

وتقابل المادة ٤٢٧ من المشروع المادة ٣٤١ من قانون التجارة الحالي التي تنص على انه « اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد ، أو كان للغائب دين على صاحب العين المنصوبة من جنسها ، فلا تصير الوديعة أو العين المنصوبة قصاصاً بالدين الا اذا تقاص الظرفان بالتراضي » ويواجه الحكم في حالة الوديعة ما ينبغى أن يسود التعامل من الثقة في النزول على مقتضى التعاقد ، ويوجهه في حالة العين المنصوبة القاعدة المستقرة بحظر اتصاف الشخص لنفسه ، ومع ذلك فيؤخذ على هذه المادة أنها تقصر عن تناول حالة مماثلة حيث يكون مصدر أحد الدينين عارية استعمال فضلاً عن الحالة التي يكون فيها ذلك المصدر ديناً غير قابل للحجز وامتناع الحجز تملبه اسبابه تنصل بالنظام العام ، ولذلك فقد اختار المشروع أن ينقل المادة التي جاء بها عن القانون المدني المصري بمادته ال ٣٦٤ اذ يكفل نصها مواجهة حالات القصور المشار اليها ويترك الشأن فسى المقاصة الاختيارية فيها للقواعد العامة في القانون . ولكن المشروع اضاف الى الاحوال المنصوص عليها في القانون المصري حالة أخرى هي حالة ما اذا كان أحد الدينين مستحقاً للتمتعة وذلك ما لم يحصل التسك بالمقاصة من مستحقها .

هذا ولم يجد المشروع وجها لمسايرة قانون التجارة الحالي فيما ينص عليه بالمادة ٣٤٢ من أنه « اذا ألتف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصاً ، وان كانت خلافه فلا تقع المقاصة الا بتراضيهما » مؤثراً أن يترك الحكم في ذلك الشأن ليجرى وفقاً لما تملبه القواعد العامة في القانون .

وقد رؤى أيضاً التجاوز عن اعادة تقنين الحكم المقرر بالمادة ٣٤٣ من القانون الحالي فيما تنص عليه من أنه « اذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس المكفول به ، فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما ، وان كانت من غير جنس الدين المكفول به ، فلا يلتقيان قصاصاً الا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع الدين » . فهذا النص في عدومه لا يبدو أن يكون تطبيقاً من تطبيقات القواعد العامة والاحكام الخاصة بالمقاصة ، ذلك أن الكفيل المحروم من حق التجريد يكون حسب الاصل كفيلاً متضامناً مع المدين ، فثبتت الحق للدائن في الرجوع عليه بالدين وفي التنفيذ على أمواله ولو لم يجرد المدين المكفول أو يبدأ بالتنفيذ على أمواله ، وعلى ذلك فإن الكفيل المتضامن مع المدين اذا صار داتناً للدائن الذي يكفل له دينه بذمة المدين ، فانه يتحقق التقابل بين الدين المشغولة به ذمة ذلك الكفيل وبين الدين الذي نشأ بذمة الدائن

(خامسا) اتحاد الذمة :

وتتفق المادتان ٤٣٣ و ٤٣٤ في الصياغة والحكم مع المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من قانون التجارة الحالي مع تعديل بسيط في العبارة التي وردت بصدر أولاهما، وتتساوى المادتان الكيفية التي يقع بها اتحاد الذمة وأثارها وما يترتب على زوالها ان كان بذى أثر رجعي، ومقتضاها ان اتحاد الذمة يتحقق اذا ما اجتمعت لشخص واحد الصفة القانونية بانه الدائن والمدين بالنسبة الى التزام واحد ويقع ذلك أكثر ما يقع عن طريق الميراث كما لو ورث المدين ذاته فانه ان كان الوارث الوحيد فان وصف الدائن يثبت له مع صفته كمدين القائمة به فينقضى كل الدين الذي كان عليه اذ يستتبع ان يطالب به نفسه وان كان معه ورثة اخرون انقضى من الدين بقدر حصته في الميراث، على أنه يلاحظ انه اذا ورث الدائن مدنيه فان اتحاد الذمة يكون متممنا لان مقتضى قواعد الفقه الاسلامي انه لا تركة الا بعد سداد ديون . فالدائن لا يرث دينه الذي يكون له على التركة وانما تبقى التركة منفصلة عنه حتى تسدد ديونها كافة، ومنها دين ذلك الوارث ثم يقول الباقي بعد سداد الديون الى الورثة جميعا كل بقدر حصته في الميراث، ويمكن ان يقع اتحاد الذمة أيضا عن طريق التصرف القانوني بين الاحياء كما لو اشترى المستأجر العين المؤجرة فاصبح دائنا بالاجرة وهو بذات الوقت مدين بها، أو قام المسحوب عليه الكميالة بشرائها من المستفيد فصارت له ملكة وهو بذات الوقت مدين بها .

ويرى ما تقدم ان اتحاد الذمة ليس من شأنه أن يقضى الالتزام كما يقضيه الوفاء او التجديد او المقاصة، وانما يتمحض اتحاد الذمة عن اثناء حاجز منيع يحول دون نقاذ الالتزام، أو يجعل المطالبة به غير متصورة، وفي غير هذه الحدود يمكن ان يبقى للالتزام وجود يعتد به وترتب عليه آثار قانونية ومن تطبيقات ذلك ما تنص عليه المادة ٣٥٠ من المشروع (المقابلة للمادة ٢٦٣ قانون التجارة القائم) من انه « اذا اتحدت ذمة الدائن وأحد مدنيه المتضامين فان الدين لا يقضى بالنسبة الى باقي المدين الا بقدر حصة المدين الذي اتحدت ذمته مع الدائن » فلو أن الدين كان يقضى باتحاد الذمة كما يقضى بالوفاء لترتب على ذلك في الصورة التي بعالجها النص براءة ذمة سائر المدين المتضامين من الدين كله ومن الامثلة التي تملها البدهاة الحالة التي يرث فيها الكفيل الدائن المكفول دينه، فان اتحاد الذمة لا يقضى الدين بذمة المدين، اذ يكون للكفيل الذي اصبح وارثا ان يرجع بذات الدين على المدين، خلافا لما اذا كان الكفيل قد قضى الدين بطريق الوفاء الى الدائن فان الدين الأصلي ينقضى وتبرأ بهذا الوفاء ذمة المدين وانما يكون للكفيل ان يرجع على المدين اما بدعوى الكفالة واما بدعوى الطول محل الدائن الذي اوفاه .

واذا وجد من الاسباب ما يترتب عليه زوال اتحاد الذمة باثر رجعي، فان اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن، فيعود الدين

بالمقاصة وهو ما تناوله بالتطبيق المادتان ٤٣١ و ٤٣٣ المقابلتان للمادتين ٣٤٨ و ٣٤٧) .

فتضع المادة ٤٣٠ بفقرتها الاولى القاعدة الاساسية حيث تقضي بأنه لا يجوز أن تقع المقاصة اضرازا بحق كسبها الغير، وتورد بالفقرة الثانية تطبيقا لتلك القاعدة، مؤداه انه اذا وقع الدائن حجرا تحت يد مدين مدنيه ثم نشأ بعد ذلك دين المحجوز لديه بذمة دائنه صالح للمقاصة بالدين الموقع عليه الحجز، فان المقاصة لا تقع في هذه الصورة لعدم المسارة بحق الحاجر الذي كسبها بالحجزة أما اذا توقع الحجز بعد تلاقى الدينين لم يصل ذلك من التمسك بالمقاصة التي سبقت اذ انها بمثابة الوفاء وترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ومنذ اللحظة التي تم فيها التلاقى بينهما .

وأوردت المادة ٤٣١ حكما مؤداه انه اذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين . وبعد ذلك حول احد الطرفين حقه بذمة غريمه الى شخص آخر، وقبل المدين المحال عليه هذه الحوالة دون تحفظ، فانه لا يجوز له من بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة اذ يعتبر بقبوله للحوالة نازلا عن تلك المقاصة فيلتزم بالوفاء الى المحال له ويرجع بصفه الذي كان انقضى بالمقاصة التي نزل عنها ولكن لا يعود من التأمينات التي كانت تكفل هذا الحق ما تضر عودته بالغير مثل الكفالة الشخصية والعينية، اما اذ كان المدين قد أعلن بالحوالة فلا يحمل ذلك على انه قد قبل النزول عن المقاصة ومن ثم يكون له ان يتمسك بها، ومع ذلك فانه لا يجوز للمحال عليه ان يتمسك بالمقاصة بين الدين المحال به وبين دين نشأ للمحال عليه المذكور بذمة المحل بعد اعلان الحوالة ذلك أن مسن شأن اعلان الحوالة اولا انتقال الدين ولا يبقى بعد انتقاله ثمة محل ترد المقاصة عليه .

أما الحكم الذي تناولته المادة ٤٣٢ فمؤداه انه اذا وفي المدين ديناً في ذمته وهو يعلم انه له أن يطلب المقاصة فيه بحق له بذمة الدائن الذي اوفاه، فان ذلك وان كان بعد نزولاً عن المقاصة فانه يجب الا يكون من شأن هذا النزول الحاق الضرر بالغير . فان كان دينه بذمة غريمه مضمونا بتأمينات مقدمة من الغير فانه لا يملك التمسك بتلك التأمينات اعتباراً بأنه اذا لم يكن قد دفع دينه الى غريمه وتمسك بالمقاصة لا يقضي الدينان قصاصاً وسقطت التأمينات، اما اذا أوفى المدين دينه وكان يجهل وجود هذا الحق فان تطبيق القواعد العامة كان من شأنه وقوع المقاصة وانقضاء دين ذلك المدين بما يكفله من التأمينات، ويبيح له أن يسترد ما دفعه طبقاً لقواعد استرداد غير المستحق ولكن استثناء من ذلك ورعاية لما كان من حسن نية المدين رؤى الاعتدال بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم بذمته لم تقع به المقاصة وان حقه بذمة غريمه يكون قائماً بما يكفله من التأمينات ولو كانت مقدمة من الغير .

الايراء وان كان يصدر على سبيل التبرع أو الهبة الا انه يعتبر من قبيل الهبات غير المباشرة التي لا يتطلب القانون الرسمية لانقاذها وعلى ذلك يصح ابراء من التزام مصدره عقد شكلي وسواء كان الشكل مفروضاً بحكم القانون كمقد الوعد بالهبة أو كان الشكل لازماً باتفاق الطرفين كاتفاقهما على أن يكون البيع بورقة رسمية، فانه يصح ابراء الواعد من وعده بالهبة وبراء المشتري من التزامه بشن المبيع بغير ورقة رسمية وقد استمد المشروع نص المادة ٣٦٤ من المادة ٣٧٢ من القانون المدني المصري والقوانين العربية التي نقلتها عنه (٤٦٦ سوري ، ٣٥٩ ليبي) .

ولم ير المشروع موجبا المتابعة ما يزيد على ما تقدم من الاحكام التي اوردتها قانون التجارة الحالي بالمواد من ٣٥٢ الى ٣٥٥ ، ذلك ان المادة ٣٥٢ تنص على انه يشترط لصحة ابراء أن يكون المبريء أهلاً للتبرع ، وبغنى عنها ، القساعدة العامة التي أرساها المشروع بخضوع ابراء الاحكام الموضوعية التي تسرى على التبرعات ، وللاهلية مكان الصدارة بين تلك الاحكام .

وكذلك تنص المادة ٣٥٣ من القانون الحالي على أن المدين اذا مات قبل قبول ابراء لم يؤخذ الدين من تركته ، وانه يصح ابراء الميت ، والحاكمان كلاهما من قبيل التفصيلات التي ترتبت على ماهية ابراء - كما اعتدتها المشروع فلا عن الفقه الاسلامي - بأنه تصرف يصدر من الدائن بإرادته المنفردة ولا يستلزم قبول المدين ، ولا يرتد الا ان يرد المدين ، فان مات المدين دون ان يقبل فان مقتضى ذلك صيرورة ابراء تاماً ولازم بغير لبس في الحكم ، وكذلك فلا يوجد في القواعد العامة في القانون - ما يمنع الدائن من ابراء الميت من دينه - فيصحح ابراء تاماً ما لم يرد الورثة (المادة ١٥٦٩ من مجلة الاحكام) .

أما المادة ٣٥٤ من قانون التجارة الحالي فنص على انه « يصح تعليق ابراء فان علق الدائن ابراء مدينه من بعض الديون بشرط أداء البعض الاخر واداه المدين برىء وان لم يؤده فلا يبرأ ويبقى عليه الدين كله » . وقد أخذت هذه المادة من المادة ٤٣٣ من القانون العراقي ، ومن الواضح أن هذا القانون لم يورد حكم تلك المادة الا لتأكيد جواز تعليق ابراء على الشرط اتفقا مع المبدأ العام الذي سار عليه بجواز اقران الشرط بسائر التصرفات القانونية ، فيكون بذلك قد أفصح عن انه لم يلتزم بما يراه الجمهور من فقهاء المسلمين من عدم جواز تعليق ابراء على الشرط (المادة ٢٤٣٣ من مرشد الحيران ، ودرر الحكام في شرح مجلة الاحكام جزء ٤ ص ٥٩ - والخانية ومجمع الانهر) . ولم يكن المشروع بحاجة لذلك التبرز الذي اتخذه القانون العراقي وتابعه فيه قانون التجارة الكويتي بعد ان صرح في المادة ٣٦٦ المشار اليها بأنه يسرى على ابراء القواعد الموضوعية التي تحكم التصرفات القانونية التبرعية .

كما كان بأصله وتردد اليه قوته في المطالبة كما تعود له صفاته وتأميناته ، ومثال ذلك أن يكون العقد الذي اشترى به المستاجر العين المؤجرة قابلاً للابطال ، وقضى ببطلانه ، أما اذا زال اتحاد الذمة بسبب ليس له أثر رجعي فان الدين الذي يثبت على ذلك الوجه لا يتبقي له التأمينات المقدمة من الغير فاذا ما ورت المدين دائنه ، واجتمعت له صفتا الدائنية والمديونية ثم قام بوصفه دائناً بحوالة الحق الى شخص آخر ، فانه يعود من جديد مدنياً للتحال له بالدين الذي كان بذمته لمورته ، وانما تبرأ ذمة الكفيل الشخصى او العيني الذي كان يكفل ذلك الدين اعتباراً بأنه من الغير في الاتفاق الذي تم بين مكفوله وبين الحال له .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاة

(الواد ٤٣٥ - ٤٥٢)

(اولا) ابراء :

أورد المشروع المادتين ٣٥٥ و٣٦٦ بشأن ابراء ويقابلها الواد من ٣٥١ الى ٣٥٥ من قانون التجارة الحالي ، وقد أخذ المشروع بمهية ابراء من الفقه الاسلامي ناهجا في ذلك نهج القانون الحالي وكثرة من التشريعات العربية (٣٧١ مدني مصري و ٤٦٥ مدني سوري و ٤٦٠ مدني عراقي و ٣٥٨ مدني ليبي)

وقضى المادة ٣٥٥ بأن ابراء الصادر من الدائن يقضي الالتزام فلا يتوقف انقضاؤه على قبول من المدين ، بل يرتب عليه هذا الاثر متى وصل الى علم المدين ولم يرد ، فان رده عاد الدين كما كان وبذلك يعود مع مقوماته فتبقي له صفاته وتأميناته ، كما يظل خاضعا للدفع التي تلبسه ، وتأكيدا لعودة الدين على ذلك الوجه استحدثت المشروع فقرة ثانية تقضي بذلك الحكم تلافيا من اختلاف الآراء في هذا الشأن .

ولتحديد الوقت الذي يصح فيه الرد يلزم الرجوع الى الفقه الاسلامي باعتباره مصدر التشريع في ذلك الخصوص والرأى عندهم أن الرد يصح في مجلس ابراء ان كان المدين حاضرا فيه ، فاذا انقض المجلس صار ابراء بائنا غير قابل للرد من المدين ، أما اذا كان المدين غائبا من المجلس فيجوز له الرد متى وصل ابراء الى علمه (المادة ١٥٦٨ من مجلة الاحكام ومؤلف درر الحكام في شرح المجلة جزء ٤ ص ٦٤) .

وتنص المادة ٣٦٦ بأنه يسرى على ابراء القواعد الموضوعية التي تسرى على التبرعات ، وانه لا يشترط في ابراء شكل خاص حتى وان وقع على التزام يتطلب ذلك الشكل ، ويوجه هذا الحكم في شرطه الاول ان ابراء تزول عن الدين دون مقابل وهو بذلك تبرع محض فوجب ان تسرى عليه من حيث موضوعه القواعد القانونية التي تحكم التبرعات ، ويوجه الحكم في شرطه الآخر ان

سبق ونقلها القانون المدني السوري (المادة ٣٢٢) ، والقانون المدني الليبي (المادة ٣٦١) ، وكذلك يتفق حكمها العام مع حكم المادة ٣٤٤ من قانون الموجبات اللبناني التي يجري نصها على أنه « تسقط الموجبات بتقادم الدائن الذي يتخلف عن التذرع بحقوقه سحابة مدة من الزمان ... الخ » .

أما القانون المدني العراقي فانه ينص بالمادة ٣٢٩ على أن: « الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . » مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة . »

وقد استمد القانون العراقي هذا الحكم في خصوص عدم سماع الدعوى بالحقوق الشخصية بمرور الزمان مدة معينة من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي كما اقتنتها مجلة الأحكام العدلية بشأن عدم سماع الدعوى لذلك السبب بأي حق من الحقوق كافة حيث تنص المادة ١٦٦٠ من المجلة على أنه « لا تسمع دعوى الدين والوديعة والقمار الملوك والنيراث وما لا يعود من الدعاوى الى العامة ولا الى أصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة أو التصرف بالأجارتين والتولية المشروطة » ، « والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة » . وتنص المادة ١٦٦١ على أنه « تسمع دعوى التزوي والمترقة المتعلقة بأصل الوقت الى ست وثلاثين سنة » ، وتنص المادة ١٦٦٢ على تعيين مدد أخرى تتراوح بين عشر سنين وست وثلاثين سنة يمتنع بعدها سماع الدعوى بحقوق مختلفة . »

وتقوم فكرة انقضاء الالتزام بالتقادم في القوانين الوضعية وبصفة عامة - على اعتبارات عملية ، ودون نظر الى القواعد الاخلاقية والواجبات الملوكية في التعامل ، حتى انه ليؤخذ في بعض الاحوال باسقاط الحق على صاحبه على الرغم من اقرار الملتزم به ، وقد رأى المشروع أن يتجنب هذا التصور في أثر مرور الزمان على الالتزام ، وأثر الاقترناء بالقانون العراقي فهل على غراره من القواعد والاحكام التي جاء بها الفقه الإسلامي في ذلك المجال . » فالمرقر عندهم أن الحق لا ينقضى ولا يسقط بتقادم الزمان وانما يرتبون على مرور الزمان مدة معينة تمنع سماع الدعوى بالحق وهو استحسان وجهه منع التزوير والحيل لأن ترك الدعوى مع تمكن من قيامها يدل على عدم وجود الحق ظاهراً حتى اذا انتشت هذه العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت مدة تركها ، وورد في تنقيح الضامدية أن عدم سماع الدعوى بمرور الزمان ليس مبنياً على بطلان الحق وانما هو مجرد منع القاضي من مساعها مع بقاء الحق لصاحب حتى لو أقر به الخصم لزمه ، ومنع القاضي من سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضاءه بالزمان والمكان والخصومة ، (الضامدية ، المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام - شرح سليم باز ص ١١٦٨) .

وأما المادة ٣٥٥ من قانون التجارة الحالي فنص على انه « اذا اتصل بالصلح ابراء خاص بالمصالح عنه ، فلا تسمع الدعوى في خصوص ذلك ، وتسمع في غيره واذا اتصل بالصلح ابراء عام عن الحقوق والدعاوى كافة ، فلا تسمع على المبرأ دعوى في أي حق كان قبل الصلح ، وتسمع على الحق الحادث بعده ، وحكم البراءة المنفردة عن الصلح كحكم البراءة المتصلة به في الخصوص والعموم » وقد نقلت هذه المادة بدورها من المادة ٥٢٤ من القانون المدني العراقي والحكم الوارد بها يهدف الى وجوب التحرز في تفسير الابراء ، بأن يكون تفسيره في أضيق الحدود ، وهو تفصيل زائد على حاجة النصوص اذ ترتب حتماً على اعمال القواعد العامة في تفسير الاحكام القانونية ، فاذا كان الابراء نزولاً عن الحق دون مقابل وهو على ذلك الاساس بمنزلة التبرع فانه لا يؤخذ في تفسيره بما يعد على أي وجه كان تجاوزاً للحدود التي وقع فيها أو انصب عليها . »

(ثانياً) استتالة التنفيذ :

عرض المشروع لاستتالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بالمادة ٤٢٧ وجاء بها نقلاً عن المادة ٣٥٦ من قانون التجارة الحالي والتي أخذت بدورها من المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري والتشريعات العربية التي تابعتها (٣٧١ سوري ، ٣٦٠ ليبي ٤٢٥ عراقي ، ٣٤١ لبناني) . ومؤدى الحكم الذي أوردته أن الالتزام ينقضى اذا طرأ عليه بعد تشوئه ما يجعل تنفيذه مستحيلًا بسبب اجتناب عن المدين ، ويستوى في ذلك أن تكون الاستتالة فعلية أو قانونية ، كما يستوي أن يكون السبب الاجنبي هو الحادث الضحائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ، وترتب على انقضاء الالتزام عدم استيفاء الدائن لحقه لا عيناً ولا بمقابل . »

وقد جاء قانون التجارة الحالي في فصل استتالة التنفيذ بالمواد ٣٥٧ و ٣٥٨ و ٣٥٩ - نقلاً عن القانون العراقي - وأورد بها أحكاماً خاصة بتحمل تبعه هلاك الشيء ، اذا كان قد هلك بعد انتقاله الي يد غير يد صاحبه بناء على عقد أو بدون عقد ، وفي الاحوال التي تكون فيها اليد بيد ضمان أو يد أمانة ، ورأى المشروع الايجاري القانون الحالي بإيراد تلك الاحكام ، وأن يحتذى حذو التشريع المصري والتشريعات العربية التي سارت على منواله التي أكثر أن يكون الرجوع في شأنها الى القواعد العامة في آثار الالتزام وفي الابواب الخاصة بالملكية بالعقود التي ترد عليها أو تلك التي ترد على الانتفاع بالشيء . »

(ثالثاً) مرور الزمان المانع من سماع الدعوى :

تنص المادة ٣٦٠ من قانون التجارة القائم على أنه « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية . » وقد نقلت هذه المادة عن المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري ، كما

ملكاً للمستحق ما بقيت مفروزة بيد الناظر فإن خطأه بباله واستهلكها بتعديه أو بتقصيره كان مسئولاً مسئولته عن ديونه العادية فلا يتمتع سماع الدعوى بالمطالبة بها إلا بمرور خمس عشرة سنة .

ويعرض المشروع بالمادة ٤٤٠ لحكم يقابل ما تنص عليه المادة ٣٦٢ من قانون التجارة الحالي مع التعديل المناسب للإصول التي استنتها بعدم سماع الدعوى بدلا من القاعدة التي يجري عليها القانون القائم بتقادم الحق ، وهذا ولم يورد المشروع أصحاب المهن الحرة الذين يتناول النص الذي جاء به حقوقهم على سبيل التخصيص بل ساقهم على سبيل التثليل واضاف اليهم عبارة « وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ليشمل الحكم حقوق اصحاب المهن الحرة الاخرين كالمحاسبين والمصورين والفنانين وضوهم . وقد استمد المشروع هذه الاضافة مما تجرى به المادة ٣٤١ أ من القانون المدني العراقي » .

ويعرض المشروع في المادة ٤٤١ للحكم بشأن عدم سماع الدعوى ومدته في المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو في المطالبة برد ما دفع منها بغير حق وهو الحكم الذي تناوله المادة ٣٦٣ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في الاساس والصياغة على النهج الذي التزمه المشروع كما تبين في الايضاحات المتقدمة هذا وقد لوحظ أن القانون الحالي يحدد مدة التقادم بثلاث سنوات للمطالبة بالضرائب والرسوم كما يحدد ذات المدة للمطالبة بردها وتنص على سريان التقادم في هذه الحالة الاخيرة من يوم الدفع ، وقد رؤى التماسا لصواب التقدير اطالة مدة عدم سماع الدعوى في الطالين الى خمس سنوات على أن يبدأ سريان المدة في حالة المطالبة بالرد من تاريخ التسوية النهائية ، اعتبارا بأنه على الممول بدءا من ذلك التاريخ أن ينشط للمطالبة برد ما كان قد دفعه بغير حق ، وانه لم يكن له قبل حسم التسوية أن يسعى الى استرداد حق لم يثبت له بعد . وكل ما تقدم دون الاخلال بما تقضى به القوانين الخاصة .

وتقابل المادة ٤٤٢ من المشروع المادة ٣٦٤ من قانون التجارة الحالي مع التغيير في لفظها وحكمها بما تقتضيه المناسبة التشريعية ، وهي خاصة بالحقوق المستحقة للتجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرؤون فيها ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم أو كذلك حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم كالسنانى واطهاى والسائق الخاص وحارس المنزل الخصريص . وقد أخذ المشروع في شأن ذلك الحكم بنظر القانون الحالي والتشريعات العربية المقارنة بأن الحقوق التي يتناولها يتم الوفاء بها فور استحقاقها ، اعتبارا بأن الدائنين يعولون عليها في نفقات

وعلى اساس ما تقدم وضع المشروع نص المادة ٤٣٨ وهو يقضى بأنه « لا تسع عند الانكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الاحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والاحوال المنصوص عليها في المواد التالية » . ووجد المشروع أن من الملازم أن تكون المدة اللازمة لمنع سماع الدعوى - كأصل عام - هو خمس عشرة سنة ، أخذا بالقرر في ذلك الشأن منذ عهد مجلة الاحكام العدلية ، على أن عادات الناس وأعرافهم جرت بالنسبة لانواع معينة من الحقوق الشخصية - وبالنظر اني ما لها من طبيعة خاصة وصفات - على مبادرة اصحابها باستيفائها ، وعدم قعود المزمين بها طويلا دون الوفاء بها ، ولذلك فإن القوانين التي أخذت بفكرة سقوط الحق بالتقادم (ومنها قانون التجارة الكويتي) لم تلتزم في شأن تلك الطائفة من الحقوق ببدء التقادم العام للمعينة بخمس عشرة سنة بل جعلت التقادم في كل نوع من انواعها ببدء ذلك وتساب مجريات التعامل فيه والمدة المألوفة للوفاء به وبمراعاة ظروف من يقع عليهم الالتزام بكل منها ، ولذلك فقد اعتد المشروع في مواده اللاحقة بتلك المدد وجعل مرور الزمان بقدرها مانعا من سماع الدعوى بالحقوق التي ترد عليها لدى انكارها من الخصم .

وقد فضل المشروع أن يكون نص المادة ٤٣٨ بمنح سماع الدعوى بحق من الحقوق ، فلا يجري عكسي متوال القانون العراقي في المادة المقابلة حيث نص على منع سماع الدعوى بالالتزام ، وذلك ان الاقرب الى المنطق الصحيح أن صاحب الدعوى يدعيها بحقه هو بذمة غريمه ، وان يكن الالتزام ليس الا الوجه السلبى للحق الذى به ، هذا الى أن القانون العراقي قد عاد في مواده التالية فاستعمل عبارة عدم سماع الدعوى بالحقوق التي تناولتها تلك المواد وهو ما التزمه المشروع أيضا فاستل له تسييق الصياغة بين مواده جميعا .

وجاء المشروع بالمادة ٤٣٩ وهي تقابل المادة ٣٦١ من قانون التجارة الحالي مع تعديل حكمها بما يقتضيه التزام المشروع بقواعد الفقه الاسلامي ، وتقتضى الفقرة الاولى منها بأن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحقوق التي تناولتها خمس سنوات ، وهي الحق التي لها صفة الدورية والتجدد (وذلك ما لم يوجد نص يقضى بخلافه) ، أما الفقرة الثانية فتعرض لعدم سماع الدعوى بمرور خمس عشرة سنة بالنسبة الى الربح في ذمة الحائز سييء النية أو الربح الواجب على نظار الوقت اداءه للمستحقين فيذو أو تلك لا تعتبر من الحقوق الدورية المتجددة ذلك أن الربح يتحول في ذمة الحائز سييء النية الى رأسمال يتعين الوفاء به للمالك ، كما أن غلة الوقف تظل

سرت المدة منذ الوقت الذي يكون فيه للدائن أن يعلن ارادته، وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام، فلا يعتد في هذا المقام بالوقت الذي يختاره الدائن للمطالبة بالوفاء . وذلك تالياً من تحكيم الدائن في تحديد التاريخ الذي يبدأ به جريان المدة لعدم سماع الدعوى .

وتقابل المادة ٤٤٦ من المشروع المادة ٣٦٨ من قانون التجارة الحالي مع تعديل الصياغة بما تقتضيه الاصول التي اعتمدها المشروع ، وتورد بالفقرة الاولى الحكم العام بشأن وقف التقادم وتقرر ان الوقت يتحقق اذا وجد ثمة مانع مادي أو أدبي يستحيل معه على الدائن المطالبة بحقه في الوقت المناسب وعلى ذلك فانه كلما تحقق مانع من هذا القبيل أو ذلك وقف سريان التقادم طوال مدة وجود المانع ، فلا تحسب ضمن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وانما تحسب المدة السابطة لها والمدة التالية لزوال المانع ، وكذلك تقف المدة فيما بين الاصيل والنائب طالما ظلت النيابة قائمة ، اعتباراً بأن حيازة النائب لمال الاصيل هي حيازة عارضة ولحساب الاصيل نفسه .

على أن المشروع لم يجار الفقرة الثانية من المادة المقابلة بالقانون الحالي فيما تنص عليه من تحديد الوقت في التقادم بما يزيد على خمس سنوات بالنسبة لحقوق من لا يوجد لهم نائب قانوني من الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الاهلية أو النائبين أو المحكوم عليهم بعقوبة جناية ، وانما رأى المشروع جعل الوقت سارياً على التقادم إما كانت مدته بالنسبة لهؤلاء الأشخاص تقديراً بأن عدم وجود النائب القانوني يعتبر بذاته مانعاً يتعدى معه المطالبة بالحق أياً كان نوعه وأياً كانت المدة المانعة من سماع الدعوى به ، وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي والمادة ٣٥٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(انظر المادة ١٦٦٣ من مجلة الاحكام التي تقضى بوقف المدة » اذا كان المدعى صغيراً أو مجنوناً أو معنوفاً سواء كان له وصي أو لم يكن) .

وتقابل المادة ٤٤٧ من المشروع المادة ٣٦٩ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم في الصياغة ، وقد استمد القانون الحالي أصل الحكم الذي جاء به من المادة ٤٣٦ من القانون المدني العراقي ، وهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة ذلك أن وقف مدة التقادم اذا كان مرجعه سبباً شخصياً قائماً بأحد الشركاء في الدين ، فلا يفيد من هذا الوقف الشركاء الآخرون الذين لم يتحقق بهم سببه .

وتقابل المادة ٤٤٨ من المشروع المادة ٣٧٠ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم في الصياغة ولا تضالف

معيشتهم ولذلك فمن المألوف أن يستأدوا دون تأخير ولا ينظر أن يهملوا المدينين بها أكثر من سنة ، فان مضت سنة ولم يطالبوا بها كان ذلك قرينة على الوفاء . ولكنها ليست قرينة كافية بذاتها بالنظر الى قصر المدة لذلك فقد استوجب المشروع للحكم بعدم سماع الدعوى بتركة مدة السنة أن يظف المدين بأنه أدى الدين فعلاً ، فان كان الذي تمسك بعدم السماع غير المدين كالأورث أو النائب القانوني فعليه أن يظف اليقين بأنه لا يعلم بوجود الدين أو بأنه يعلم بحصول الوفاء واليقين على هذا الوجه يمين اجبارية يوجهها الناقض من تلقاء نفسه ويرتب على خلفها وجوب الحكم بعدم سماع الدعوى .

وتقابل المواد ٤٤٣ و ٤٤٤ و ٤٤٥ من المشروع المواد ٣٦٥ و ٣٦٦ و ٣٦٧ من قانون التجارة الحالي مع تغيير في الصياغة والحكم على أسس التمييز في المواد السابقة بهذا الفصل .

وفي المادة ٤٤٤ أخذ المشروع في كيفية حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بذات الكيفية التي تحسب بها مدة التقادم في الحقوق بالمادة ٣٦٦ من القانون القائم فعلى اعتبارها بالايام وليس بالساعات . واغفل اليوم الاول ، وعلى أن تكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها ، ولم يجد المشروع محلاً لنقل ما تضيفه المادة ٣٦٦ الى الحكم السابق من ان حساب المدة يكون بالتقويم الميلادي اذ يفنى عن ذلك ما قرره المشروع في احكامه العامة من اعتماد هذا التقويم في حساب كافة المدد المنصوص عليها فيه ما لم يرد بها حكم مخالف بشأن مدة معينة بذاتها .

وفي المادة ٤٤٥ وضع المشروع القاعدة العامة في تحديد تاريخ بدء جريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، على ذات الاساس الذي اعتمده القانون القائم في المادة ٣٦٧ بشأن التاريخ المجري لتقادم الحقوق ، وهو تاريخ اليوم الذي يصح فيه الدين مستحق الاداء وهذا فيما لم يرد فيه نص خاص بحكم مخالف ، اذ قد ينص التناون في بعض الاحوال لاعتبارات معينة ، على جعل بدء سريان المدة في تاريخ لاحق لتاريخ الاستحقاق . كما هو الحال بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع اذ يقضى أن المدة لا تسرى الا من الوقت الذي يعلم فيه الدائن بقيام الدين والشخص المسؤول عنه ، كذلك قد توجب بعض الاعتبارات جعل بدء سريان المدة من تاريخ سابق لوقت الاستحقاق . ومن ذلك على سبيل المثال النص الذي منع سماع الدعوى بالنسبة للمحققات الذين تبعا لمنع سماعها بالنسبة الى الدين ذاته مع أن استحقاقها يكون لاحقاً في الغالب لاستحقاق الدين ، ونفى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ بأن مياد الوفاء اذا كان متوقفاً على ارادة الدائن

عليها حالة المال المحبوس تحت يد الدائن ، لما بينهما من تماثل في الدلالة على الاقرار الضمني بالدين .

وتقابل المادة ٤٥٠ بقترتها الاحكام المنصوص عليها بالمادتين ٣٦٥ و ٣٧٢ من قانون التجارة الحالي .

وتنص الماد ٣٦٥ في فقرتها الاولى على أن الحقوق المشار اليها في المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ ، (وهي حقوق الاطباء واصحاب المهن الحرة التي تتقدم بسنة واحدة) يبدأ سريان التناقص فيها من الوقت الذي يتم فيه الدائون تقادماهم ، وتنص في فقرتها الثانية على أنه « اذا حرسند يحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق الا باقتضاء خمس عشرة سنة » . وتنص المادة ٣٧٢ على أنه ، « اذا انقطع التناقص بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الاثر المرتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هي مدة التناقص الاول ، على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الامر المقضي أو اذا كان الدين مما يتقدم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار الدين ، كانت مدة التناقص الجديد خمس عشرة سنة ، الا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم » .

وقد نقل هذان النصان من المادتين ٣٧٩/٢ و ٣٨٥ من القانون المدني المصري بغير التفات الى التعارض القائم بين حكميهما ، ذلك أن المادة ٣٧٩/٢ مصرى (مصدر المادة ٣٦٥/٢ تجارى) تقضى أيضا بأن اقرار المدين في سند كتابي يحق من الحقوق المعنية في المادتين ٣٧٦ و ٣٧٨ وهي حقوق اصحاب المهن الحرة التي تتقدم بخمس سنوات وحقوق الصناع والتجار والعمال التي تتقدم بسنة واحدة يكون من شأنه تحول التناقص الى المدد الطويلة فيبدأ بالاقرار تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة ، على حين أن المادة ٣٨٥ مصرى (مصدر المادة ٣٧٢ تجارى) تقصر التحول الى التناقص الطويل الذي يقع نتيجة الاقرار على نوع واحد فقط من الديون التي يجرى عليها التناقص القصير وهي تلك التي تتقدم بسنة واحدة ، ولم تكن هذه المفارقة بين الحكمين مقصودة في التشريع المصري . وانما جاءت وليدة السهو اذا كان المشروع التمهيدى في مراحل الاولى ينص في المادة المقابلة للمادة ٣٧٦ من القانون المدني المصري على تقادم حقوق الاطباء واصحاب المهن الحرة بسنة واحدة وبذلك فانها كانت تدخل حتما ضمن الحقوق التي يتحول فيها التناقص من سنة واحدة الى خمس عشرة سنة باقرار المدين وفقا للمادة ٣٨٥ من ذلك القانون ، وهكذا كان التناقص تاما بين النصوص على أن المشروع التمهيدى قد عدل في مرحلة لاحقة بجعل مدة التناقص في حقوق اصحاب المهن الحرة خمس سنوات على الوجه الذى استقر

عن مضمون الحكم الذى تقرره تلك المادة وهي تورد الاسباب التي تنقطع بها مدة عدم سماع الدعوى واولاها المطالبة القضائية ولو كانت الدعوى رفعت الى محكمة غير مختصة كما قد يقع ذلك من جراء خطأ معتبر فى تحديد جهات الاختصاص ، ويرتب الانقطاع على المطالبة القضائية كلما توفر فيها معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة والجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه اما اذا كان سند الدين تنفيذيا وامتمت بالتالى الحاجة الى المطالبة القضائية فان الانقطاع يترتب على اتخاذ اجراءات التنفيذ وافتاحتها مقدمات التنفيذ باعلان السند التنفيذى ، وقد استعاض المشروع بعبارة اعلان السند التنفيذى عن عبارة التسيب اتفاقا مع الاصطلاح الفنى لتلك الورقة في قانون المرافعات الكويتى وفي مصادره بقوانين الاجراءات المدنية المصرية منذ تشريع سنة ١٩٤٩ ، وحتى ينتج اعلان السند التنفيذى اثره القاطع فانه يجب أن تتوفر فيه مقومات صحته وفقا لتشريع المرافعات فيمثل صورة من سند التنفيذ مذيلة بالصيغة التنفيذية مع تكليف المدين بأداء ما هو مطلوب منه وانذاره بالمصيفة التنفيذية ان لم يتم بأدائه ، وتقطع المدة أيضا بالحجز سواء اكان حجزا تنفيذيا أو حجزا تحفظيا ، كما يأخذ حكم المطالبة القضائية فى أحداث الانقطاع الطلب الذى يقدمه الدائن لقبول حقه فى تقليص أو توزيع وكذلك أي اجراء يتخذه الدائن للتسليم بحقه أثناء سير الدعوى كما لو تدخل فى دعوى مرفوعة من قبل مطالبا بالحق لنفسه أو ابدى طلبا عارضا فى دعوى مرفوعة ضده من مدينه .

وتقابل المادة ٤٤٩ من المشروع المادة ٣٧١ من قانون التجارة الحالي مع التعديل اللازم فى صياغتها وتطابق الحكم المقرر بها وهو أن اقرار المدين صريحا كان أو ضمنيا من شأنه قطع المدة ، ويوجه هذا الحكم ان الاقرار ينطوى على معنى النزول عن الجزء الذى انقضى من المدة فيمنحى أثره ويعتبره كأنه لم يوجد .

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٩ بانقطاع المدة أيضا اذا كان للدين مال مرهون رهنا حيازيا الى الدائن ضمانا للدين أو كان الدائن قد حبس المال تحت يده تبعا لحقه فى عدم رده حتى يستوفى الدين المرتبط به ، فان تبرك المدين لماله فى الحالى يعتبر اقرارا ضميا بالدين يكون من شأنه استدامة الانقطاع طالما بقى المال فى حيازة المرهون أو تحت يد الجايب تهديرا بأن الاقرار بهذه المثابة يبقى مستمرا معها طالما المدة على استحقاق الدين ، وقد نقل المشروع حالة المال المرهون رهنا حيازيا من المادة المقابلة بالقانون الحالي وأضاف

الكتاب الثاني

المقود المسماة

الباب الأول

المقود التي تقع على الملكية

الفصل الأول

البيع

الفرع الأول - البيع بوجه عام

البيع في المجلة - وفي الفقه الاسلامي عامة - يتسع لكل مبادأة مال بمال، ويتقسم الى أربعة اقسام: بيع المال بالثمن، ويسمى بالبيع المطلق، لانه أشهر اقسام البيع. وبيع النقد بالنقد، وهو الصرف. وبيع العين بالعين وهو المقايضة. وبيع مؤجل بمعجل وهو السلم (المادتان ١٠٥ و ١٢٠ من المجلة).

وقد سارت بعض التقنينات العربية على ذلك النهج في تعريف البيع. فالتقنين العراقي جعل البيع شاملا للبيع المطلق والصرف والمقايضة. ولم ير حاجة للاشارة الى السلم بعد ان أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزا بوجه عام، لا في بيع السلم فحسب. وكذلك فعل التقنين الاردني فأقبل ان الثمن يجب ان يكون نقدا، وجعل البيع شاملا للبيع المطلق والمقايضة والسلم (المواد من ٥٣٢ - ٥٣٨ ومن ٥٥٢ - ٥٥٦). ولكن المشروع اقر ان يجري في تعريف البيع بالمادة ٥٤ على المتعارف، وهو البيع المطلق. وأورد في التعريف الذي جاء به أهم خصائص عقد البيع، وهي تملك المال - أي نقل ملكية الحق المالي - في مقابل عوض قسدي. فكونه ناقلا للملكية، يميزه عن عقد الايجار، وكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة، وكون العوض فيه مبلغا من النقود يميزه عن عقد المقايضة. وهي خصائص حرصت غالبية التقنينات العربية الاخرى على ابرازها.

وتحدد المادة ٤٥٥ من المشروع ما يدخل في البيع ولو لم يذكر في العقد، فلخصت ما أوردهت المجلة في هذا الشأن، مقررمة ان البيع يشمل كل ما كان من ملحقات المبيع وتوابعه. ويهتدى في ذلك بطبيعة المعاملة والعرف ويقصد المتعاقدين. وقد وضع هذا النص في مكانه الصحيح، لتعلقه بالبيع، لا بالتسليم وهو ما لم تظن اليه كثير من التقنينات الاخرى، التي قننت بأن تحدد مشتملات التزام البائع بالتسليم. والاولى ان يحدد محل العقد ككل، حتى يتحدد على أساسه مشتملات التزامات البائع جميعها، وليس التزام التسليم فحسب.

على النص بالمادة ٣٧٦، ولم يجر تعديل مناسب لذلك في المادة ٣٨٥ وبقيت على أصلها كما وقعت في المشروع التمهيدي وتقتضى بأن الاقرار يحق بتقادم سنة واحدة يتحول الى تقادم طويل، ومن ثم بدت على خلاف لا مبرر له مع نص المادة ٣٧٨/٢ التي تنص على أن التقادم سواء كان بسنة واحدة أو بخمس سنوات يتحول الى تقادم طويل اذا حرر المدين سندا بالحق مع أن تحرير السند يمثل في اقرار بالحق وان تطلب القانون أن يكون بصورة خاصة.

وقد تلافى المشروع كل ذلك في الصياغة التي أوردها بالمادة ٤٥٠ لتوفيق بين الاحكام.

وتقابل المواد ٤٥١ و ٤٥٢ و ٤٥٣ الاحكام الواردة في المواد ٣٧٣ و ٣٧٤ و ٣٧٥ من قانون التجارة الحالي مع تعديل في صياغتها تمديلا يتفق مع نهج المشروع على عدم سماع الدعوى لمرور الزمان وينبذ للاساس الذي تقوم عليه احكام القانون الحالي بتقادم الحقوق. وتقتضى المادة ٤٥١ بأن عدم سماع الدعوى بأصل الحق يستتبع عدم سماعها بالنسبة للملحقات، ولو كانت مدة عدم السماع لم تكن بعد بشأن هذه الملحقات، وذلك اعتبارا بأن الفرع يتبع الاصل فلا تسع الدعوى به ما دامت لا تسع بالاصل.

وتأخذ المادة ٤٥٢ بالحكم المقرر بأن عدم سماع الدعوى لا يتعلق بالنظام العام وبذلك فليس للحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، وانما يجب أن يدفع المدين بعدم السماع، كما يجوز لدائن المدين ولاي شخص له مصلحة أن يتمسك بالدفع ولو لم يتمسك به المدين، ويصح الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة في مرحلة الاستئناف ما لم يبدد ممن تمسك بالدفع ما يدل على التنازل عنه.

وتقتضى المادة ٥٣٣ بأنه لا يجوز النزول عن الدفع قبل ثبوت الحق فيه ذلك أو أنه أجزى النزول المسبق لاصبح شرطا مألوقا يليه الدائن على المدين وقت نشوء الدين فضلا عن أنه يهدر الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع بعدم السماع وانما يكون النزول عنه مبررا اذا كان بعد ثبوت الحق فيه، فنزول المدين عندهذ يكون مطلقا الا ما يفرضه عليه الواجب والضمير، ويتضمن النص حكما آخر يقضى بعدم جواز الاتفاق على منع سماع الدعوى بمدة تختلف عما عينه القانون، ذلك أن تعيين المدة التي لا تسع بعدها الدعوى في كل حالة من الحالات أمر يتصل أشد الاتصال بالنظام العام فلا يجوز أن يترك الأمر في تحديده لمشيئة الافراد.

(اولا) - اركان البيع :

التراضي هو الركن الاساسي في عقد البيع ، على أنه يلزم أن تعلق التراضي ببيع وثمن لذلك ينص قانون التجارة في الفقرة الاولى من المادة ٣٧٦ على أن « يتعدد البيع بتراضي المتبايعين على المبيع والثن » . وهو نص مأخوذ عن نص المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى . الذى كان يرمى - كما جاء في المذكرة الايضاحية لذلك المشروع - الى التمهيد بذكر المبيع والثن لايراد النصوص الخاصة بهما ؛ ولكنه حذف في لجنة المراجعة لان حكمه مستفاد من القواعد العامة . وقد أكد المشروع عدم ترديده ايضا وانتقل مباشرة - في المواد التالية - الى بيان الاحكام المتعلقة بالتراضي على المبيع والثن . فعرض أولا للعلم بالمبيع ولبعوض أنواع من البيوع ، كالبيع بالعينة ، والبيع بشرط التجربة وبشرط المذاق ، التي تجمعها في الفقه الاسلامي الاحكام المتعلقة بخيار الرؤية وخيار الشرط . ثم عرض بعد ذلك لتحديد الثمن وأسس تقديره .

العلم بالمبيع :

طبقا للقواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، يكفي أن يكون المبيع معينا تعيينا كافيا يميزه عن غيره ويكون مانعا من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالما به ، فلا يشترط رؤية المشتري للمبيع ولا سابقة علمه به ولا وصفه بأكثر من الاوصاف التي تكفي لتعيينه ، مع مراعاة ألا يكون المشتري واقفا في غلط في صفة جوهرية في المبيع وهو غلط يقع عب اثباته على عاق المشتري الذى يدعيه ، ولكن الفقه الحنفى يثبت للمشتري الذى لم ير المبيع الخيار اذا رآه ، فان شاء أخذه بجميع الثمن ، وان شاء رده بعد رؤيته له ، سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها . ويسمى بخيار الرؤية « لقوله صلى الله عليه وسلم » « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه » بخيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع الجهالة السيرة ، أما البائع فلا خيار له ، اذا باع ما لم يره . ويسقط خيار الرؤية برؤية المشتري للمبيع ورضائه به صراحة أو دلالة ، كما يسقط بهلاك بعض المبيع أو تعييه أو تغيره قبل أن يختار وكذلك تصرفه في المبيع . أما رؤيته . فإلحاق على الوصف جائز ، ولا يكون للمشتري عند ذلك خيار الرؤية ، وانما يكون له خيار فوات الوصف .

وقد قننت المجلة أحكام العلم بالمبيع (والمقصود بها تعيينه) في المواد من ٢٠٠ الى ٢٠٤ ، كما قننت أحكام خيار الرؤية أخذا عن الفقه الحنفى في المواد من ٣٢٠ الى ٣٣٥ ، وكذلك فعل التقنين الاردنى (المواد من ١٨٤ - ١٨٨ والمادتان ٤٦٦ و

٤٦٧) . أما التقنين المصرى فقد عمد الى التوفيق بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفى وبين القواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع ، فأوجب في المادة ٤١٩ أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا - وهو ما يتحقق بالرؤية أصلا - ولكن يعنى عن الرؤية اما وصف المبيع وصفا كافيا ، واما اقرار المشتري في العقد بأنه عالم بالمبيع . وأخذت بذلك غالبية التقنينات العربية ، ومنها قانون التجارة الكويتي بالمادة ٣٧٦ ، وقد نقل المشروع حكم هذه المادة الى المادة ٤٥٦ ، بعد تعديل طفيف في صياغتها ، فالأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتا ، على ما يقول به المذهب الحنفى . ولكنه يجوز تحصيل هذا العلم من اشتغال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الاساسية يانا يمكن معرفه ، فيقوم هذا الوصف مقام الرؤية ، على نحو ما تأخذ به مذاهب السنة الثلاثة الأخرى . ثم ان اقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع أو سبقت له رؤيته يكون حجة عليه ، فلا يكون له حق ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت تدليس البائع . وذلك دون اخلال بحقه في طلب ابطال البيع تأسيسا على الغلط وفقا للقواعد العامة . وقد استحدثت المشروع حكما جديدا وان كان ما تبليه القواعد العامة ، فنص بالفقرة الاخيرة من المادة ٤٥٦ على انه اذا تسلم المشتري المبيع ولم يعترض عليه خلال فترة معقولة اعتبر ذلك قبولا للبيع فلا يكون له بعد ذلك أن يطالب بابطال البيع بدعوى عدم العلم بالمبيع .

البيع بالعينة :

وتعالج المادة ٤٥٧ من المشروع حالة البيع على أساس عينة أو نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، وهو المسمى في الفقه الاسلامي بالبيع على رؤية بعض المبيع . وفي ذلك تنص المجلة على أن « الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها تكفى رؤية الانموذج منها فقط » . والاصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة بتعديدها ، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ، ورؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خيار الرؤية . وبذلك يكون البيع قد انعقد على مبيع مطابق للعينة . ومن ثم وجب ، عند تسلمه ، أن يكون مطابقا لها ، والا جاز للمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه . ويكون الجراء ، طبقا للقواعد العامة ، المطالبة بالتفويض العيني بإجبار البائع على تقديم ما يطابق العينة ، أو فسخ البيع ، أو طلب انقاص الثمن اذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة ما يطابق العينة ، وذلك دون اخلال بحق المشتري في التفاوض ، اذا كان له محل . أما المجلة ، ويتابعها في ذلك كل من التقنين العراقي والتقنين الاردني فتجعل جزءا عدم المطابقة للنموذج ، الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى . واذا تلف النموذج أو هلك ، فان كان ذلك وهو في يد

عدم تحديد الثمن على الوجه المتقدم بطلان البيع اذا تبين من الاتفاق أو الظروف قصد المتعاقدين استئصال البائع المتداول بينهما أو بغير السوق . فقد يظهر من الظروف والملازمات - اذا كان بين المتبايعين تعامل سابق - أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل السابق ، كما قد يظهر أيضاً ، أن سكوت المتبايعين عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمنى بترك تحديد الثمن الى السعر المتداول في التجارة - كسعر البورصة أو سعر السوق - فيعتبر الثمن

قابلاً للتقدير (ومثال ذلك بيع الاستئمان أو الاستسلام عند الملكية ، وهو بيع يقوم على استئمان المشتري للبائع واستسلامه فيما يخبر به من الثمن المتعارف للبيع) . فإذا كان أساس تقدير الثمن هو سعر السوق ، فانه يفترض طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٦٤ ، أن المتصور هو سعر السوق في الزمان والمكان الذي تم فيها البيع ، وهو افتراض ادنى الى قصد المتعاقدين . فإذا لم يكن في مكان البيع سوق ، اعتبر المكان الذي يقضى البيع بأن تكون أسعاره سارية ، وكل ذلك ما لم يتفق على غيره .

وقد استمد المشروع أحكامه في ذلك الخصوص من قانون التجارة القائم (المواد ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨) ومن مصادره التشريعية في قوانين البلاد العربية بعد تعديل أكثر أحكاما في الصياغة .

وتعرض المادة ٤٦٦ لحالة تقدير الثمن على أساس الوزن ، فنص على أن العبرة في ذلك تكون بالوزن الصافي ، ما لم يتفق الطرفان أو يستمر العرف على غيره . وهو ما تقضى به المادة ٣٨٩ من قانون التجارة الحالي ، في فقرتها الأولى ، وقد آثر المشروع أن يأخذ بهذا الحكم عنها . لأنه أدنى الى قصد المتعاقدين .

وعرض المشروع بالمادة ٤٦٢ الى بيع التولية والاشراك والمراحة والوضيعة . فقد يتفق المتبايعان على أن يتخذ الثمن الذي سبق أن اشترى به البائع أساساً لتقدير ثمن البيع ، فيشترى المشتري بمثل ما اشترى به البائع أو أكثر أو أقل . ولهذه الصور من البيع مكان خاص في الفقه الاسلامي وتسمى عندهم « بيعات الامانة » . لأن المشتري يشتري من البائع على أساس الثمن الذي اشترى به ، ومطمئن الى امانته في البيان عن هذا الثمن . فاما أن يزيد عليه قدر ما معلوما من الربح ، فيسمى البيع مراحة . واما أن ينقصه قدر ما معلوما يتحمله البائع ، فيسمى وضيفة أو مواضعة . واما الا يزيد ولا ينقص ويشترى من البائع بمثل ما اشترى به ، فيسمى البيع تولية ، اذا اشترى منه جميع ما اشترى ، واشراكا اذا أخذ جزءاً منه بما يقابله من الثمن .

المشتري كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق له ، كان عليه هو أن يثبت ذلك ، سواء كان الثمن أو الهلاك بخطأ منه أو بقوة قاهرة . لأن البائع لا يد له في ضياع النموذج حتى يثبت المشتري (المأثرة) . وان كان النموذج في يد البائع وتلف أو هلك ولو بغير خطأ منه ، وادعى المشتري ان المبيع غير مطابق له ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . وهو حدم وارد في غالبية التقنيات المدنية العربية ويأخذ به أيضاً قانون التجارة الكويتي م ٢/٣٧٨ .

البيع بشرط التجربة أو بشرط المذاق :

تعرض المادة ٥٨ لحالتي البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق . وقد رؤى أن يقتصر المشروع على ايراد نص واحد يتعلق بالبيعين دون تفرقه بينهما على عكس ما فعلت غالبية التقنيات العربية وقانون التجارة الكويتي ، لأن المذاق في الحقيقة صورة من صور التجربة . فلا تقوم ثمة ضرورة للمعاودة بين البيعين . ويبيح المشروع اشتراط التجربة أو المذاق ، مدة معلومة لقبول البيع أو رفضه دون تحديد لمداها ، وإذا سكت المتبايعان ، عند ابرام البيع ، عن تحديد مدة ، حملت على المدة المعتادة التي يترك تقديرها لتأسي الموضوع وفق ظروف الحال وعرف الجهة وطبيعة المعاملة ، فان انقضت المدة دون أن يعلن المشتري رفضه للبيع مع تمكنه من التجربة أو المذاق ، اعتبر سكوته للملابس قبولا . وبذلك فان البيع لا ينقذ الا من وقت قبول البيع صراحة أو دلالة .

تحديد الثمن :

وتقضى المادة ٥٥٩ من المشروع بأنه يكفي في تعيين الثمن ، أن يكون قابلاً للتقدير . وهو يعتبر كذلك ما دامت الاسس التي يقوم عليها تقديره متفقا عليها بين المتبايعين ، كان يكون أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو سعر السوق ، وكما هو الحال في بيعات الامانة . وأجاز المشروع أن يترك المتبايعان تحديد الثمن لأجنبي يتفان عليه عند البيع . لأن الثمن هنا وان لم يقدره المتبايعان ، الا أنها جملها قابلاً للتقدير . وما يقدره الاجنبي ثمناً للبيع يكون ملزماً لكل من البائع والمشتري مما لم يثبت تبديله . فإذا لم يحدد الاجنبي الثمن - في وقت مناسب - لاي سبب كان ، كان الثمن هو ثمن المثل ، اعتباراً بأنه الثمن العادل .

أما اذا لم يتفق المتعاقدان على تحديد الثمن أو على جملة قابلاً للتحديد ، ببيان الاسس التي يحدد بمقتضاها أو بتفويض طرف ثالث في تحديده ، فان البيع يكون باطلاً لتخلف ركن من أركانه .

ومع ذلك تقضى المادة ٤٦٥ من المشروع بأنه لا يترتب على

٤٦٣ حكم البيع ، وهو نقل ملكية المبيع الى المشتري ، وذلك قبل أن يعرض - لما يريته العقد من التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري . وعلى ذلك فانه اذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ومملوكاً للبائع انتقلت الملكية فوراً الى المشتري بمجرد العقد ، فان لم يعين الا بنوعه لا تنتقل ملكيته الا بالافراز . ذلك أن المعين بالنوع يكون ، قبل الافراز ، غير محدد بالذات ، فتكون هناك استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته الى المشتري قبل افرازه . كل ذلك ما لم يجعل القانون أو الاتفاق انتقال الملكية رهناً بالقيام بعمل معين . فقد نص القانون على عدم انتقال الملكية الا بالتسجيل ، كما قيد بملق الاتفاق انتقالها على الوفاء بكل الثمن ، وهو ما يعرف بشرط الاحتفاظ بالملكية للبائع ، وقد عرضت المادة ٤٦٤ لهذا الشرط واستلهم المشروع حكمها من المادة ٣٩٦ من قانون التجارة الحالي ومصادرها العربية (القانون المصري المادة ٤٣٠ والقوانين التي أخذت عنه) . بعد أن أجرى عليها تعديلاً في الصياغة جعلها أكثر دقة واحكاماً ، ودون أن ينقل عن التفتينات السابقة ما أوردته من تفصيلات تنض عن القواعد العامة .

وتعرض المادة ٤٦٥ أيضاً لما يترتب على البيع وهو أن يكون للمشتري ثمر المبيع ونسأؤه من وقت تمام العقد كما يكون عليه من هذا الوقت تكاليفه ، كنفقات الحفظ أو الصيانة أو غير ذلك وهو حكم يماثل ما عليه نص المجله في المادة ٣٣٣ من أن « الزيادة العاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة وأشباهها ، هي للمشتري » . ولكن المشروع استحدث الى جانب ذلك حكماً آخر تمليه قواعد العدالة ويقضى بانه ، اذا لم يكن البائع قد استوفى الثمن بتمامه ، فانه لا يحرم من ثمار المبيع كلها وانما يكون له منها بمقدار ما لم يستوفه من الثمن ، ولا يكون للمشتري من هذه الثمار الا بما يناسب ما أده منه ، وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

١ - التزامات البائع :

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات البائع تباعاً فبأنه في المادة ٤٦٦ بحكم يقضى بانه اذا كان ثمة أحوال لا تنتقل فيها الملكية بمجرد البيع ، فانه يكون على البائع ان يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لاقتطالها ، الى المشتري ، وان يكف عن الأعمال التي تحول دون ذلك أو تجعله عسيراً . فيكون عليه القيام بشهر حق الارث ، والتصديق على توقيعه ، وتقديم مستندات الملكية حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد اذا كان المبيع عقاراً كما يكون عليه افراز المنقول المعين بحجسه ونوعه فقط ، اذا كان المبيع منقولاً وكذلك ينبغي له الا يتصرف في المبيع الى مشتر آخر تصرفاً يضر بالمشتري أو أن يقضى مستنداً لازماً لتسجيل العقد . وقد استمد المشروع هذا

ويجب لصحة العقد في هذه البيوع جميعاً ، أن يكون الثمن الاول (رأس المال) معلوماً وقت ابرامه . ويلحق بالثمن ما جرت العادة على الحاقه به من مصروفات . ولا يكتب من البائع بيان مجمل عن الثمن ، بل يجب عليه أيضاً أن يبين ما أحاط الثمن من ملاسبات وما اقترن به من أوصاف قد تؤثر في رضاه المشتري بالصفة . والكذب فيها أو الامتناع منها يعتبر خيانة وتديساً .

ولم يعرض التفتين المصري والتفتينات الاخرى التي حدثت حذوه لهذه البيوع ، أما التفتين العراقي فقد عرض لها في المادة ٥٣٠ منه ، كما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ على انه « يعتبر تعريضاً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان ، كالضمانة في المراجعة والتولية والاشراك والوضعية » . وكذلك فعل التفتين الاردني في المادة ٤٨٠ .

ولقد نص المشروع على هذه البيوع في المادة ٤٦٢ مشروطاً أن يكون الثمن الاول الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد ، وأن يكون مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية معديداً . وذلك منعا من الجهالة والغرر . كما نص على انه اذ كتتم البائيم بعض الملاسبات الجوهرية للثمن على وجه يعيب رضاه المشتري فان هذا يعتبر غشاً يعجز للمشتري ابطال البيم للتديسر . واذ لم يكتب البائيم شيئاً من تلك الملاسبات ، ولكن اثبت المشتري ان الثمن الاول الذي ذكره البائيم أعلى من الحقيقة ، كان البيم صحيحاً ، وانما يكون للمشتري أن يتسك بالثمن الحقيقي فيكون له أن يحط المقدار الزائد من رأس المال وما يناسب من الربح ان كان البيم مراجعة أو المقدار الزائد من رأس المال فقط ان كان البيم تولية أو اشراكاً أو المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الخفض ان كان البيم وضيمه . ويسترد المشتري القدر الزائد ان كان قد دفعه ، ولا يلتزم بدفعه له ان كان لم يدفعه كما يكون له في جميع الاحوال أن يرجع بالتعويض على البائع طبقاً للقواعد العامة اذا ثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً .

(ثانياً) - آثار البيع :

أجلت المجله - في المادتين ٣٦٩ و ٣٧٤ - حكم البيع ، وهو نقل الملك بحكم العقد أي بقوة القانون . ولكن مقتضى البيع في قانون التجارة الحالي أن ينشئ التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري ، ويتم تنفيذ هذا الالتزام بمجرد ابرام العقد ، ومن ثم يقضى في لحظة نشوئه . وهو ما يتنافى مع فكرة الالتزام في أبسط مظاهرها . فالالتزام عبء على المدين ينبغي أن يقوم هو بوفائه . ولذلك تكون المجله - في تفتينها للفقهاء الحنفية - أكثر تشيماً مع المنطق في التفرقة بين نقل ملكية المبيع الى المشتري وبين الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمة المتماقدين . وهو ما أخذ به المشروع ، فأجبل في المادة

وفي حالة بيع الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها ضرر (ومنها الاراضى) ، اذا تحدد الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، يكون للمشتري الخيار بين الفسخ أو ابقاء البيع بالثمن المسمى ، فاذا تعين الثمن بسعر الوحدة ، وظهر في قدر المبيع نقص أو زيادة كان للمشتري الخيار بين الفسخ ، وبين أخذ المبيع بالثمن على حسب سعر الوحدة .

أما في حالة بيع العدديات المتفاوتة . فانه اذا ذكر في العقد ثمن مجموعها فقط ، وظهر عند التسليم نقص أو زيادة في قدر المبيع ، فان البيع في العالين يكون فاسدا لجملة المبيع في صورة الزيادة ، ولجهالة الثمن في صورة النقصان . واذا ذكر في العقد اثنان أو اجهال . وظهر عند التسليم نقص في قدر المبيع ، كان المشتري مخيرا بين فسخ البيع أو أخذ المبيع بخصته في الثمن لتفرق الصفقة عليه . أما اذا ظهر عند التسليم زيادة في قدر المبيع فإن البيع يقع فاسدا لجملة المبيع .

وقد جرت بعض التقنينات العربية على مجارة المجلة في ايراد تلك التفصيلات كلها أو بعضها - كالتقنين العراقي والتقنين الاردني - مع أن التواعد العامة تكفي في استخلاص الكثير منها ، وأندك آخر المشروع أن يقتصر - كما فعل التقنين المصري وما تابعه من التقنينات العربية الأخرى - ومنها قانون التجارة الحالي (المادة ٣٩٩) - على نص عام يقضى بأن يكون البائع ضامنا للقدر الذي عينه المبيع بحسب ما يقضى به النرف ، وهو ما يعنى انه اذا نقص المبيع عن القدر المعين في العقد يكون المشتري بالخيار بين الفسخ وبين اقصا الثمن بقدر ما اصابه من ضرر ، سواء كان المبيع مما يضره التبييض أو مما لا يضره ، وسواء كان الثمن محددًا بسعر الوحدة أو مقدرًا جملة واحدة . ولكنه لا يجوز للمشتري أن يطالب فسخ العقد في هذه الحالة - الا اذا كان النقص من الجسامه بحيث انه لو كان يعلمه لما اتم العقد - وهو ما تتضمنه المادة ٤٦٩ من المشروع .

أما المادة ٤٧٠ فانها تعالج احوال الزيادة في المبيع ، وتفرق في ذلك بين تقدير الثمن جملة وبين تقديره بحسب الوحدة ، ففي الحالة الاولى - وهي حالة لم يعرض لها التقنين المصري ، تكون الزيادة للمشتري ، لأن الغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع جميعه بهذا الثمن ولو زاد عن القدر المعين ، فالقدر هنا يكون وصفاً والوصف لا يقابله شئ من الثمن ولكن اذا كانت الزيادة من الجسامه بحيث لو علمها البائع لما اتم العقد فانه يكون للمشتري الخيار بين زيادة الثمن بما يتناسب مع الزيادة في المبيع وبين فسخ البيع . وفي العالة الثانية - وهي تقدير الثمن بسعر الوحدة - اذا كان المبيع قابلاً للتبييض فإن الزيادة تكون للبائع ، لأن القدر فيما لا يضره التبييض يعتبر

الحكم من القانون المدني المصري (المادة ٤٢٨) والقوانين العربية التي نقلت عنه .

وتعرض المادة ٤٦٧ لالتزام البائع بالتسليم وتقضى بأن البائع ملزم بتسليم المبيع الى المشتري بالهالة التي كان عليها وقت البيع . وهي قاعدة بدعية لأن التراضى الذي أنشأ العقد تعلق بالمبيع على الهالة التي كان عليها وقت قيامه . وقد أخذ المشروع بها تقلا عن المادة ٤٣١ من القانون المدني المصري والنصوص المتقابلة في القوانين العربية . واذا كانت المجلة خالية من نص صريح يقرر هذه القاعدة ، فان حكمها مستفاد ضمنا من نصوصها . ويتفرع على هذه القاعدة وجوب تسليم ذات المبيع . وهو ما عتته المجلة بقولها « المبيع يتعين في العقد » (٢٠٤م) ولكن اذا زاد المبيع بعد البيع فان زوائده تكون للمشتري . (٢٣٦م) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع بالهالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للتبايعين ان يتفقا على خلافه ، كتسليم المبيع في حالة احسن مما كانت عليه ، أو في الهالة التي يكون عليها بعد استعماله فترة من الزمن .

كذلك يلزم البائع أن يسلم المشتري كافة الوثائق والمستندات المتعلقة بالمبيع .

وأخذ المشروع الحكم الذي أورده بالمادة ٤٦٨ عن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى لتقنين المدني المصري ، وهو يلزم البائع أن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع ، كان بين له حدوده وما يكون له من توابع أو ملحقات وما عليه من حقوق وتكاليف وكيفية الانتفاع به اذا كان من الاجهزة الدقيقة ، وقد أثر الشأن في يقن هذا الحكم اعتبارا بأنه تأكيد للالتزام البائع بتقديم ما يكون المشتري في حاجة ماسة اليه لتيسير كيفية انتفاعه بالمبيع .

وتعرض المواد ٤٦٩ و ٤٧٠ و ٤٧١ لحكم النقص أو الزيادة في المبيع اذا كان معنا بالذات وقد عين مقداره في عقد البيع . والقاعدة العامة في المجلة أنه « أنما يعتبر القدر الذي يقع عليه البيع لا غيره » (مادة ٢٢٢) . وقد تضمنت المجلة نصوصا تفصيلية في ذلك الشأن (المواد من ٢٢٣ الى ٢٢٩) . اذا تضح حلالا تختلف باختلاف احوال المبيع وطريقة تحديده ثمنه . ففي حالة بيع المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة التي ليس في تبعضها ضرر ، سواء حدد الثمن للجملة أو لكل كيل أو وزن أو ذرع أو عدد على حدة ، اذا ظهر عند التسليم نقص في قدر المبيع ، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو أخذ القدر الموجود بخصته من الثمن أما اذا ظهر عند التسليم زيادة في قدر المبيع ، فالزيادة تكون للبائع .

جديد ، وهو ما فعله التقيين العراقي (المادتان ٥٣٩ ، ٥٤٠) وسار عليه القانون المصري (٢/٤٣٥) والقوانين العربية التي أخذت عنه .

وغنى عن البيان أن القواعد المتقدمة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها أو يعدل فيها .

وتعين المادة ٤٧٤ زمان التسليم بأنه الوقت الذي يحدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتا التزم البائع بالتسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وإذا اتفق على أن يتم التسليم في الوقت الذي يحدده المشتري التزم البائع بإجرائه فيه ، وكل ذلك مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة البيع أو يقضى بها العرف . وفي الفقه الحنفي يمتنع على البائع تسليم المبيع فور أداء الثمن إذا كان الثمن مجزئاً ، ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري تأجيل التسليم ولا أن يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع قبل دفع الثمن إذا كان حالاً . ويتربط على الشرط في الحالتين فساد البيع . وقد قنن هذا الفقه في مرشد الحيران (٣٥٣) ولكن المجلة لم تأخذ بفقه الحنفية في الشروط الفاسدة - فكان يجوز الاتفاق في ظلها ، على تسليم المبيع في وقت معين ، سواء قبل دفع الثمن أو بعده ، وهو ما أخذ به المشروع ويجرى به قانون التجارة الحالي (المادة ٣٩٧) .

وتحدد المادة ٤٧٥ بفقرتها الأولى مكان التسليم ، بأنه المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك وهو ما يتفق مع حكم المادتين ٢٨٥ و ٢٨٧ من المجلة . ويعتبر المنقول ، إذا لم يعين مكان وجوده ، موجوداً في موطن البائع ومن ثم يجب تسليمه فيه وهو ما تقتضيه به الفقرة الثانية من المادة ٤٧٥ . فإذا كان المبيع واجب الإرسال إلى مكان معين ، فإن التسليم لا يتم إلا بوصوله فيه وجرى بذلك حكم المادة ٤٧٦ نقلاً عن المادة ٣٩٣ من قانون التجارة .

وتعرض المادة ٤٧٧ لنفقات التسليم فتقتضى بالتزام البائع بها لانه هو الملتزم بالوفاء بالمبيع فيقع على عاتقه مصاريف نقل المبيع وفرزه أو عمده أو وزنه ونحو ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، ويتفق حكم المشروع في ذلك الشأن مع ما ينص عليه قانون التجارة بالمادة ٤٠٠ والمجلة بالمادتين ٢٨٩ ، ٢٩١ .

وقد عاجل المشروع الأحوال التي يقع فيها هلاك المبيع والحكم في كل حالة بالمواد من ٤٧٨ إلى ٤٨٠ . ويجدر التنويه بادئ ذي بدء إلى أنه في الفقه الحنفي يختلف حكم هلاك المبيع قبيل القبض باختلاف سبب هلاكه فلو هلك بفعل - البائع ، أو بفعل المبيع أو بأفة سماوية (أي بسبب أجنبي) بطل البيع (أي انفسخ) ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن

أصلاً بنفسه ، ومن ثم إذا أراد المشتري أخذ الزيادة فإنه يكون عليه أن يدفع ما يقابلها من الثمن . وهي حالة لم يعرض لها التقيين المصري أيضاً . وإذا كان المبيع غير قابل للتعبير ، فإنه يجب أن يكمل المشتري الثمن بقدر زيادة المبيع وذلك لأن القدر - مع انه وصف بالمبيع - متى أقر بالثمن صار أصلاً وكان له حصته من الثمن ، ولكن إذا كانت الزيادة جسيماً فإنه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد .

وحدد المشروع مدة موحدة تسقط بضيها الدعوى في جميع تلك الأحوال فنص في المادة ٤٧١ منه على أن دعوى المشتري بطلب انقاص الثمن أو بطلب الفسخ تسقط بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع ، وكذلك يكون الحكم بشأن دعوى البائع بتكملة الثمن أو بطلب رد الزيادة ، وتتفق المدة التي حددها المشروع لسقوط الدعوى مع مقدار المدة التي يحددها قانون التجارة الحالي بالمادة ٣٩٩ لتتقدم تلك الدعوى في كافة الصور .

ووضع المشروع في المادة ٤٧٢ ، القاعدة العامة في كيفية التسليم ، متفقا في ذلك مع نصوص المجلة والقانون المصري (المادة ٤٣٥/١ مدني) والتشريعات العربية التي نقلت عن ذلك القانون ، فالتسليم يحصل بالتخلية بين المشتري والمبيع - بأن يوضع تحت تصرفه - بحيث يتمكن من قبضه والاتضاع به دون حائل ، حتى ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعامه بذلك أو أذن له به . ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته أو اختلاف حاله . ولكن المشروع لم يورد ما أوردهت المجلة من تطبيقات عديدة لكيفية التسليم ائتمام ضرورتها .

وتقرر المادة ٤٧٣ جواز التسليم الحكمي ، وهو الذي يتم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حوزة المشتري من قبل البيع (بإعارة أو ودعة أو رهن حيازة أو غير ذلك) ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حوزته بعد البيع لسبب آخر غير الملك (كاستئجار أو مستعير أو مودع لديه أو مرتهن أو غير ذلك) . وكانت الصورتين ليستا إلا من تطبيقات المبدأ العام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ولم يرد في المجلة نصوص تتعلق بالتسليم الحكمي ، ولكن الحنفية لا يرون في الصورة الثانية قبضاً من المشتري المبيع ، كما يفرقون في الصورة الأولى بين ما إذا كانت يد المشتري على المبيع قبل البيع ، يد ضمان أم يد أمانة . فإذا كانت يد ضمان لم يكن في حاجة إلى قبض جديد ويقع التسليم حكماً ويعتبر قابضاً للمبيع بمجرد إبرام العقد . أما إذا كانت يد المشتري على المبيع يد أمانة فإنه لا يعتبر متسلماً له إلا قبض جديد ، ولا يكون التسليم الحكمي في هذه الحالة جائزاً . ولم ير المشروع أن يأخذ بهذه التفرقة فلم يستلزم في الصورتين حصول قبض

كان الهلاك أو التلف لسبب لا يد لاجد المتعاقدين فيه . و اذا اعذر البائع المشتري لتسليم المبيع قبل ان يهلك فان تباع الهلاك أو التلف تنتقل الى المشتري وهو ما تنص عليه المادتان ٤٧٨ ، ٤٧٩ من المشروع .

اما اذا هلك المبيع أو تلف بفعل المشتري فانه يبقى ملتزما بالثمن كاملا . ويمتنع الفسخ سواء كان الهلاك كليا أو جزئيا . فاذا كان الهلاك لسبب يعزى الى البائع ، فانه يكون للمشتري اذا فسخ ان يسترد الثمن وان يتقاضى تعويضا فوق ذلك فان أبى البيع انقص الثمن بمقدار ما فات . وهو الحكم الذي تقرره المادة ٤٨٠ من المشروع .

وتعرض المادتان ٤٨١ و ٤٨٢ لضمان التعرض ، وهو ضمان لم يعرفه الفقه الاسلامي بوجه محدد . كما لم يرد له ذكر في مجلة او في قانون التجارة الحالي ، وقد استمد المشروع أحكام هذا الضمان من القانون المدني المصري (مادة ٤٣٩) ومن النصوص المقابلة بالشرعات العربية التي سارت على منوال ذلك القانون ، وافرذ المادة ٤٨١ لضمان التعرض الصادر من البائع وخصص المادة التالية لضمان تعرض الغير ، فطبقا للمادة الاولى يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في حياته للبيع واتناعه به ، وعدم منازعته في ملكيته ، سواء كان تعرضه ماديا أو قانونيا . والتعرض المادى هو الذى لا يستند فيه البائع الى حق يدعيه ، كان يفتح على مقربة من المحل التجارى الذى باعه محلا تجاريا آخر من نفس النوع ليجتذب عملاء الاسبقين - أما التعرض القانونى ، فهو الذى يستند الى سبب قانونى ، كان يدعى البائع حقا على المبيع في مواجهة المشتري ، سواء كان هذا الحق سابقا على البيع أو لاحقا له . وطبقا للمادة ٤٨٢ يلتزم البائع بضمان تعرض الغير ، الذى يدعى على المبيع حقا موجودا وتنت البيع ويحتج به على المشتري ، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نقسا بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع أو كان نتيجة لفعله . أما التعرض المادى من الغير فانه لا يوجب الضمان وعلى المشتري ان يدفعه بما وضعه القانون في يده من وسائل . وغنى عن البيان انه في جميع الاحوال فان الضمان لا يجب على البائع الا اذا حصل التعرض فعلا من الغير ، أما احتمال وقوعه فلا يكفى .

وقد تعرض المشروع في المواد من ٤٨٣ الى ٤٨٨ لكيفية تنفيذ الالتزام بضمان التعرض ، سواء كان تنفيذا عينيا بدفع تعرض الغير ، أو تنفيذا بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق ، مراعى في ذلك ان يكون متفقا بقدر الامكان مع أحكام الفقه الحنفى الذى يعرف ضمان الاستحقاق .

ان كان قد قبضه . وان هلك بفعل اجنبى يكون مضمونا عليه بالقيمة أو بالمثل ويكون المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع الذى يتبع الجاني بضمانه ، وان شاء أمضى البيع ودفع الثمن ويرجع هو بالضمان على الجاني . و اذا هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه ، لانه صار قابضا للمبيع بالاتلاف ، اذ لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه .

اما اذا هلك بعض المبيع قبل قبضه ، وكان الهلاك بأقصة مساوية أو بفعل المبيع نفسه ، فانهم يفرقون بين قصاص القدر ونقصان الوصف . فان كان نقصان قدر ، بأن كان ميلا أو موزونا أو معدودا ، يعطل البيع (ينسخ) بقدر الهالك وتيسقظ على المشتري حصة الفائت من الثمن وله الخيار في الباي ان شاء أخذه وان شاء تركه . وان كان نقصان وصف ، وهو كل ما يدخل في البيع بغير ذكر ، لا يسقط شيء من الثمن لان الاوصاف لا مقابل لها من ثمن ، ولكن المشتري يكون بالخيار ، ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل قبضه . و اذا هلك بعض المبيع بفعل البائع ، سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو نقصان وصف (لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها) ، وغير المشتري بين الفسخ والامضاء ، أما اذا هلك بعض المبيع بفعل المشتري فلا يسقط عنه شيء من الثمن لانه صار قابضا لكل بالاتلاف البعض ، اذ لا يمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد على الكلى . و اذا وقع هلاك بعض المبيع بفعل اجنبى ، فحكمه حكم هلاك المبيع كله .

ويتفق قانون التجارة الحالي مع الفقه الحنفى في تحميل البائع تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم ، اذا كان الهلاك لسبب اجنبى لا يد للبائع فيه ، ولكنه ينقل تبعة الهلاك الى المشتري اذا وقع الهلاك بعد اعذاره لتسليم المبيع (م ٣٩١) . أما اذا وقع الهلاك بفعل البائع فانه يكون مسئولاً عنه طبقا للقواعد العامة ، ويلتزم بتعويض المشتري عن الضرر الذى لحقه منه ، فلا يقتصر اثر الهلاك على سقوط الثمن أو رده كما يرى الاحتفاء . وفي حالة الهلاك الجزئى اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه « يكون للمشتري الخيار بين الفسخ أو ابقاء البيع مع انقاص الثمن ، اذا كان النقص من الجسامة بحيث لو طرأ قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، اما اذا لم يبلغ النقص هذا القدر من الجسامة فلا يكون للمشتري سوى ابقاء البيع وانقاص الثمن (م ٣٩٢) ، وقد سبق الى وضع أحكام مماثلة القانون المصرى (٤٣٧) ، ٤٣٨ مدنى) والقوانين العربية التي نسجت على منواله . وقد استبقى المشروع تلك الاحكام ايضا بالنسبة للهلاك الكلى قبل التسليم وكذلك بالنسبة للهلاك الجزئى . وكل ذلك اذا

يستطيع ان يراها ظاهرة فيكون سكوته دليلا على رضائه بعدم ضمان البائع .

ثالثا : اذا كان سبب نقص انتفاع المشتري بالمبيع ، ناشئا عن قيد من القيود القانونية التي ترد على حق الملكية، وهذه القيود وان كانت بحسب الاصل لا يضمنها البائع لان القانون هو الذى يقرها والمشتري يعرفها او ينبغي ان يعرفها ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، الا أن المشروع آثر النص عليها تأكيدا لعدم دخولها في الضمان حتى ولو لم تكن ظاهرة .

وبعرض المشروع في المادتين ٤٨٧ و ٤٨٨ للاشاق على تعديل احكام الضمان سواء بالزيادة او الاقصاء أو الاسقاط فأحكام الضمان ليست من النظام العام ولذلك فانه يجوز الاتفاق على تعديلها ، ولكن هذا الاتفاق يجب أن يكون صريحا واضحا . على انه يشترط في اقصاء الضمان أو اسقاطه ألا يكون البائع قد تمعد اخفاء سبب الاستحقاق والا يكون الاستحقاق ناشئا عن فعله ، والا وقع الاتفاق على ذلك باطلا أما اذا كان الاستحقاق ناشئا عن فعل الغير ولم يتمعد البائع اخفاء حق هذا الغير فان شرط عدم الضمان يكون صحيحا ، وكلما جاء شرط عدم الضمان صحيحا فان البائع يبقى مسئولا عن رد الثمن الا اذا ثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو انه اشترى ساقط الخيار ، وقد استمد المشروع حكم هاتين المادتين من القانون المدني المصري (المادتان ٤٤٥ و ٤٤٦) ومن القوانين العربية التي أخذت عنه وانما ادخل المشروع من التعديلات ما يقتضيه المقام .

وعرض المشروع لضمان العيوب الخفية في المواد من ٤٨٩ الى ٤٩٧ وهذا الضمان - وهو كضمان التعرض والاستحقاق - يجاوز نطاقه عقد البيع الى كل عقد ناقص للملكية ، بل والى كل عقد ينقل الانتفاع وبخاصة اذا كان من عقود المعاوضة . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي الذى ينقل الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لهذا الضمان ، مع الإشارة اليها في العقود الأخرى وبيان ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة ، لا سيما في عقود التبرع .

ويقتضى ضمان العيوب الخفية في البيع ان يلتزم البائع بتسليم المبيع خاليا من العيب فان ظهر في المبيع عيب ينقص قيمته أو يجعله غير صالح لما أعده له المشتري ، كان البائع ملزما بالضمان .

وقد عرضت المحلة لخيار العيب في المواد ٣٣٦ - ٣٥٥ ، ورتبت على ظهور العيب ، ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ

فتتضى المادة ٤٨٣ انه اذا رعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع ، وجب عليه المبادرة بإدخال البائع فيها ليقوم بتنفيذ التزامه بضمان التعرض تنفيذيا عينيا . وهو حكم له أصل في الفقه الحنفى ، وله نظير في بعض التقنينات (كالتقنين البولوني في المادتين ٣١٤ ، ٣١٨) وفيه قصد في الوقت والاجراءات فضلا عن انه يكفى المشتري مؤونة دفع دعوى الغير - وقد لا يعرف عنها شيئا - كما يجنبه عاقبة التهمة أو الخطأ في الدفاع . فاذا لم يتم المشتري بإدخال البائع في الدعوى وصدر لصالح الغير حكم نهائي فان ضمان البائع يسقط اذا اثبت ان ادخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه ان يؤدى الى رفضها ، والحكم الذى جاء به المشروع يفضل ما تأخذ به القوانين العربية من جعل دخول البائع في الدعوى متروكا لتقديره حتى لو اخطره المشتري بها (٤٤٠) مدنى مصرى والموسد المقابلة بالقوانين العربية الأخرى) .

وإذا ادخل المشتري البائع في الدعوى فلم يحضر أو حضر وفضل في دفعها يصبح ضمانا لاستحقاق المبيع . فان حكم باستحقاق المبيع كله ، كان البائع مسئولا عن تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب هذا الاستحقاق . ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن ، اذا ثبت البائع انه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق وهو الحكم الذى جاء به المشروع في المادة ٤٨٤ .

أما اذا قضى باستحقاق بعض المبيع ، أو ثبت عليه حق للغير ، وكانت خسارة المشتري من ذلك تبلغ قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يرد المبيع وما أفاده منه ، على أن يعرض وفقا لاحكام المادة السابقة . فاذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ قدرا لو علمه لما أتم العقد ، فانه لا يكون له الا المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق وهو ما تقرره المادة ٤٨٥ .

وقد نقل المشروع عن القانون المدني السودانى (المادة ٣٨١) حكما ملائما وقتنه بالمادة ٤٨٦ وهو يقضى بعدم ضمان البائع لبعض الحقوق التي تنقص من انتفاع المشتري في الحالات التالية :

أولا : اذا كان البائع قد ابان عن الحق للمشتري وقت التعاقد ، اذ يعتبر سكوت المشتري بعد علمه به رضاه ضمنيا باسقاط ضمان البائع له .

ثانيا : اذا كان الحق ارتفاقا ظاهرا ، فيستطيع المشتري وقت البيع - وهو يعاين المبيع - ان يرى معاله ، أو كان

وعرض المشروع في المادة ٤٩٣ لحكم ذلك الضمان اذا هلك المبيع مقمرا بان دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدمرا حتى تنتهي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان . وهو حكم سبق اليه القانون المصري (المادة ٤٥١) وكثير من القوانين العربية التي تأثرت به .

وتنص المادة ٤٩٤ من المشروع بأنه اذا علم المشتري بوجود عيب في المبيع ثم تصرف فيه تصرف المالك فلا رجوع له بالضمان اعتبارا بما ينطوي عليه ذلك من رضاه المشتري بالمبيع متعبيا ، وفرضي عن البيان أن رضاه المشتري بالعيب بعد العلم به يسقط حقه في الضمان لان ضمان العيب يتأسس على قوت السلامة المشروطة في المبيع دلالة . ورضاه المشتري بالعيب بعد علمه به ، دليل على أنه ما شرط السلامة فيه ، وقد أخذ المشروع بذلك الحكم من القانون المدني العراقي (المادة ٥٦٦ مدني) والقانون الاردني (المادة ٥١٥) وهو يتفق مع الحكم الذي سنته المجلة بالمادة ٣٤٤ .

ولما كانت أحكام الضمان غير متعلقة بالنظام العام ، فقد أجاز المشروع المادة ٤٩٥ للمتعاقدين أن يعدلا فيها باقتراح خاص فيزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان ، على أن يبطل الشرط اذا كان البائع قد تعدد اخفاء العيب غشا منه ، لانه في هذه الحالة يكون قد اشترط عدم مسئولته عن الغش وهذا غير جائز وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يهل لمسلم باع من أخيه يبعسا وفيه عيب الا بينه له) وقد سبق الى الاخذ بهذا الاصل القانون المدني المصري بالمادة ٥٥٣ ، وغالبية القوانين العربية .

ونص المشروع في المادة ٤٩٦ منه على سقوط دعوى ضمان العيب اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ، ولو لم يكتشف المشتري العيب الا فيما بعد ، وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهددا بالضمان امدا يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب ، وهذا ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة أطول . وما لم يتمد اخفاء العيب عن غش منه ، وقد أخذ المشروع في تقدير المدة التي تسقط بعدها الدعوى بالمدة التي ينص عليها قانون التجارة الحالي لتقادم دعوى الضمان .

كما نص المشروع في المادة ٤٩٧ على انه لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية ، اذا تمت بطريق الزايدة العانية لما توفره هذه البيوع من ضمانات في اجراءاتها ، وقد سبق الى ذلك الحكم كثير من القوانين العربية والاجنبية فأخذها المشروع عنها .

أو ابقاء المبيع بالثمن المسمى ، لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن . أما قانون التجارة الحالي فلم يعرض للعيب الا في مادة واحدة أوجب فيها على المشتري اخطار البائع بالعيب فسور كشفه ، والا سقط حقه في الرجوع عليه بسبب العيب (المادة ٤٥١) .

وقد انتهج المشروع نهج القوانين العربية في سن أحكام تفصيلية لذلك الضمان اعتبارا بما يحظى به من أهمية في التعامل فأورد بالمادة ٤٨٩ حكما يقضي باتزام البائع بالضمان وقتا لاحكام المادة ٤٨٥ منه اذا كان المبيع وقت البيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو مظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له وانما يشترط في العيب ان يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه ، ويرجع في تقدير ذلك الى معيار مادي ، فينظر الى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد والى طبيعة المبيع والى الغرض الذي أعد له .

وقد جرى المشروع في المادة ٤٩٠ على اعتبار أن العيب لا يعتبر مؤثرا اذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه ، كما اذا وجد المشتري في الجيوب المستراه كمية من الاثرية جرى العرف على التسامح فيها واستلمهم المشروع هذا الحكم من المادة ٤٤٨ من القانون المدني المصري والقوانين العربية التي نقلته عنه وكذلك عن المفهوم العام للمادتين ٣٥٣ و ٣٥٤ من مجلة الاحكام .

واشترط المشروع في وضوح المادة ٤٩١ ان يكون المشتري غير عالم بالعيب ولم يكن في استطاعته ان يعلم به . فاذا كان يعرف العيب وقت البيع أو كان العيب من الظهور بحيث يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، فإن العيب لا يكون خفيا ولا يضمنه البائع وذلك ما لم يكن البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع من هذا العيب أو انه قد تعدد اخفاءه غشا منه وقد أخذ المشروع بذلك الحكم نقلا عن القانون المدني المصري (المادة ٤٤٧ / ٢) .

وكذلك اوجب المشروع في المادة ٤٩٢ على المشتري ان يقوم عند تسليم المبيع بالتحقق من حاله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا لما هو مألوف في التعامل . فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخطاره به والا سقط حقه في الضمان . هذا اذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، أما اذا كان العيب مما يحتاج في كشفه الى خبرة فنية ، فانه يجب على المشتري بمجرد كشفه أن يعطّر به البائع والا سقط حقه في الضمان . وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادة ٤٥١ / ١ ، ٢ من قانون التجارة الحالي والتي نقلته في الاصل عن القانون المصري (المادة ٤٤٩) .

يجب التمسك إذا تعرض له أحد مستندي إلى حق سابق على البيع أو أيل إليه من البائع أو نتيجة فعله ، أو إذا خاف على المبيع أن ينزع من يده ، كان يظهر على المبيع رهن أو يتبين أن ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ أو انه لم يدفع ثمن المبيع . ويترب ذات الحكم على العيب الخفى أيضا . ويظل حق المشتري في حبس الثمن قائما إلى ان ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق ، أو حتى يحسم النزاع المتعلق بالعيب . وانما يجوز للبائع ان يطلب استيفاء الثمن ، اذا قدم للمشتري كفاية شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يتعرض له من خطر . على انه يجوز الاتفاق بين الطرفين على عدم حبس الثمن لكل أو لبعض الأسباب السابقة ، وقد نقل المشروع حكم هذه المادة عن المادة ٤٠٣ من قانون التجارة الحالي والمادة ٥٥٧ من القانون المصري .

وعين المشروع مكان الوفاء بالمادة ٥٠١ التي تنص على ان اشمن يكون مستحق الوفاء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيع ، وذلك حتى يتم تنفيذ الالتزامات المتبادلة معا . وهو حكم يتفق مع ظاهر أحكام المجلة . فاذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع تحدد المكان الذي يدفع فيه سوطن المشتري اتفاقا مع القواعد العامة في الوفاء ، وذلك حكم لم تعرض له المجلة . وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . وقد نقل المشروع الحكم الذي جاء به من قانون التجارة الحالي (المادة ٤٠٢) وهو مستند في أصله من القانون المصري المادة (٥٠٦) والقوانين العربية التي تأثرت به .

وتعرض المواد ٥٠٢ الى ٥٠٤ لجزاء الاخلال بالالتزام بدفع الثمن فتقضى اولاهما بأنه اذا لم يدفع المشتري الثمن في ميعاد استحقاقه او اذا اخل بأي التزام اخر يرتبه العقد كان البائع بالخيار بين طلب الزامه بالتنفيذ او طلب فسخ العقد وهو حكم تلمبه القواعد العامة التي انتهجها المشروع ويأخذ بها قانون التجارة الحالي على أن الحنفية لا يقرن ذلك الحكم فغندهم انه اذا اخل المشتري بالتزامه بدفع الثمن فلا يكون للبائع سوى اقتضائه بطريق التنفيذ على ماله وليس له الفسخ لاسترداد المبيع (مرشد الحيران م ٣٩٣) بقولة أن البائع بعد البيع يصبح مجرد دائن وليس للدائن الا طلب حقه بل انه اذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلسا قبل اداء الثمن ، فان البائع - طبقا لنصوص المجلة (م ٢٩٥) - يكون مثل الغرماء . أما الشافعية والحنابلة فانهم يجيزون الفسخ اذا لم يكن الثمن حاضرا ، أو كان المشتري معسرا ، أو كان مويرا وماله في بلد بعيد ويجد المشروع في ذلك مستندا له من الفقه الإسلامي .

وقد استحدث المشروع أيضا حكما جديدا بشأن الوصف المشروط في المبيع فقد لوحظ خلو قانون التجارة الحالي من وجه الحكم فيه ، وان كانت مجلة الاحكام العدلية قد عاجلت الامر في المواد ٣١٠ - ٣١٢ فترتب على فوات الوصف ثبوت اختيار للمشتري بين الفسخ أو ابقاء المبيع بالثمن المسمى ، اعتبارا بأن الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وبذلك لم تعرض للاضرار التي يمكن ان تلحق بالمشتري . أما التفتين المصري فقد ادغم ضمان البائع لمثل ذلك الوصف بضمانه للعيوب في المبيع (المادة ٤٤٧ مدني) مقتفيا في ذلك اثر بعض التفتينات الاجنبية وقد اثر المشروع الفصل بينهما فأفرد لقوات الوصف نصا خاصا هو نص المادة ٤٩٨ ، فالبايع يلتزم بتسليم المبيع بالوصف المتفق عليه في العقد ، فان فات هذا الوصف كان للمشتري ان يطلب الفسخ مع التعويض . أو ان يستبقى المبيع مع طلب التعويض عسما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر ما كفل البائع وجوده في المبيع من صفات . وعنى عن البيان ان للبايع - طبقا للقواعد العامة - ان يتوقى الفسخ اذا قدم مبيعا تتوافر فيه الصفات المذكولة .

واستحدث المشروع بالمادة ٤٩٩ حكما اخر بشأن ضمان البائع صلاحية المبيع مدة معينة واخذة تقلا عن التفتين المصري (المادة ٤٥٥) والتفتينات العربية التي تأثرت به . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع وبخاصة اذا كان من الاجزء الدقيقة التي انتشرت في الوقت الحاضر كالاجزء الميكانيكية والكهربائية وغيرها) فاذا وجد شرط صريح بضمان المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر فيه خال اثناء هذه المدة ، وجب على المشتري ان يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره . فاذا لم يقم البائع بالاصلاح ، كان للمشتري ان يطلب الفسخ مع التعويض أو ان يستبقى المبيع ويتصر على طلب التعويض عسما لحقه من ضرر بسبب الخلل . وفي الحاليين يجب على المشتري ان يقم بدعواه في مدة ستة اشهر من تاريخ اخطاره البائع بوجود الخلل والا سقطت حقه في الضمان . وكل هذا ما لم يتفق على غيره .

٢ - التزامات المشتري :

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات المشتري تباعا فيحدد زمان وفاء المشتري بالثمن بالمادة ٥٠٠ وهي تنص على أن الثمن يكون مستحق الوفاء فورا بمجرد تمام البيع ، حتى تنفذ الالتزامات المتبادلة في وقت واحد ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . فقد يتفق المتبايعان على أجل لدفع الثمن ، فلا يلتزم المشتري بدفعه الا عند حلول هذا الاجل وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، فتتبع اتباع هذا العرف ، ومع ذلك فانه يجوز للمشتري ان

الى حكم او اعذار اذا حل ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن ، وهو ما يقرب من خيار النقد في الفقه الاسلامي الذي اخذت به المحلطة في المادة ٣١٣ وما بعدها . مع مراعاة ان المشروع قد اشترط في الحكم الذي جاء به الا يكون الباقي من الثمن قليل الاهمية بالنسبة لما دفع منه ، وهو امر متروك لتقدير قاضي الموضوع ، واذا كان ذلك الحكم ليس من النظام العام فقد اجاز النص الاتفاق صراحة أو ضمنا على غيره ، واذا كان مقررا لمصلحة الباع ، فله الا يعتبر البيع مفسوخا وان يطالب المشتري بالتنفيذ بالرغم من تأخره عن دفع الثمن وذلك حسب ما يراه متفقاً مع مصلحته .

وتعرض المادة ٥٠٦ لزمان التسلم ومكانه وتنص على انه اذا لم يوجد اتفاق او عرف فانه على المشتري ان يتسلم المبيع في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع ، ويجب ان يقوم بالتسليم دون ابطاء الا ما يقتضيه ذلك من زمن . وغني عن البيان ان هذا الحكم خاص بالمبيع المعين بالذات لانه هو الذي يكون له مكان ، اما المبيع المعين بنوعه فان تسليمه يكون في موطن البائع .

واخيرا جمع المشروع الاحكام المتعلقة بما يتحمله المشتري من نفقات ومعروفات في نص واحد هو نص المادة ٥٠٧ ، فالمشتري يلتزم بنفقات عقد البيع ، ويبدل فيها اتعاب كتابة العقد وما يقضى العرف بأن يتحمله المشتري من المسطرة ورسوم التسجيل ، ويوافق ذلك ما تنص عليه المحلطة من أن اجرة كتابة السندات والبيع وصكوك المبيعات تلزم على المشتري (٢٩٢) . ويتحمل المشتري أيضا نفقات الوفاء بالثمن ، اذا كان هذا الثمن يقتضى نفقات لدفعه ، كما يتحمل نفقات تسلم المبيع وهو ما تنص عليه المادتان ٣٣٩ و٤٠٩ من قانون التجارة الحالي . وكل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

الفرع الثاني - بعض انواع البيوع

١ - بيع الوفاء :

بيع الوفاء هو بيع يحتفظ فيه البائع - خلال مدة معينة - بحق استرداد المبيع من المشتري في مقابل رد الثمن ومصروفات المبيع اليه . وقد اختلف موقف التشريعات العربية ازاء هذا البيع اختلافا بينا ، فبعضها اجازته واخذ به ، كالتقنين اللبناني ، وكذلك التقنينان التونسي والمغربي ، وبعضها اطله كالتقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه ، ولكن بعضها آخر - كالتقنين العراقي - توسط بين الموقفين فجعل بيع الوفاء - بيعا صحيحا ، ولا بيعا باطلا ، واتام قروية قانونية غير قابلة لاثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازي وذلك جريا على تقاليد الفقه الحنفي . وقد اختلفت اقوال الفقهاء المسلمين في شأن بيع الوفاء فاعتبره بعضهم بيعا فاسدا وآقره آخرون بيعا صحيحا مفيدا لبعض أحكامه . ولكن اكثرهم اعتبره رهنا لا يفرق

وأما المادة ٥٠٣ فجاءت بحكم يقضى باحفية البائع في حيس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق جميعه ويثبت له هذا الحق ولو قدم المشتري تأمينا ما لم يكن البائع قد منح المشتري اجلا ، وهو حكم منقول عن المادة ٤٠٤ من قانون التجارة الحالي والمادة ٥٠٩ من القانون المصري ويتفق كذلك مع الفقه الحنفي اذ تجزى المحلطة للبائع في البيع بضمن حال ، ان « يعبس المبيع السى أن يؤدي المشتري جميع الثمن » (م ٢٧٨) . ويؤسسون ذلك على المساواة التي يجب تحقيقها بين المتعاضين ، كما يستندون فيه الى الحديث الشريف (الدين مقضى) فلو تأخر دفع الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا . وانما يشترط لقيام حق البائع في حيس المبيع ، أن يكون الثمن حالا ، فاذا كان الثمن مؤجلا لا يثبت للبائع هذا الحق (م ٢٨٣) ويستوي في ذلك أن يكون الاجل متفقا عليه في العقد ، أو قبله البائع بعد ابرامه (م ٢٨٤) . وللبائع ان يعبس جميع المبيع حتى يستوفي الثمن كله ، ولو كان المبيع قابلا للتجزئة . ويعتبر تسليم المبيع للمشتري قبل دفع الثمن نزولا من البائع عن حقه في حيسه فلا يستطبع استرداده (م ٢٨١) ولكن حق الجبس لا يسقط اذا قدم المشتري رهنا أو كفيلا بالثمن (م ٢٨٠) لانها لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ، ولا حق المطالبة به ، فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة ، فيبقى حق الجبس لاستيفائه . وكذلك لا يسقط حق الجبس بيموت المشتري والبائع حيس المبيع الى ان يستوفي الثمن من تركته .

وغني عن البيان أن البائع يكون له حق الجبس ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن ، اذا كان المشتري قد اضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء به ، أو بوجه عام اذا سقط حقه في الاجل وفقا للمواعد العامة . وكل ذلك ما لم يتفق على غيره .

وتعرض المادة ٥٠٤ للحكم فيما لو حيس البائع المبيع وهلك في يده فتقضى بانه اذا هلك المبيع في يد البائع وهو حاسب له ، كان هلاكا على المشتري ، ما لم يكن قد هلك بفعل البائع على انه يجب ان يثبت انه قد باشر حق الجبس على المبيع بأن يكون مثلا قد طوب بالتسليم فعلا فامتنع لعدم الوفاء بالثمن ، وهو ذات الحكم الذي اخذ به قانون التجارة الحالي بالمادة ٤٠٥ بعد أن نقلها عن القانون المصري (المادة ٤٦٠) .

وتورد المادة ٥٠٥ حكما خاصا ببيع المنقول . فالمتنولات بطبيعتها تقتضى سرعة التداول ، وبخاصة في التجارة ، حين تكون هذه المتنولات سلعا وبضائع يتحمل البائع تسليمها الى مشتريها ويقض ثمنها في ميعاد محدد ، والا كان في حل من بيعها الى غيره واعتبار البيوع الأول مفسوخا دون حاجة الى حكم أو اعذار لذلك افترض المشروع ان اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن كله أو اكثره وتسلم المبيع ، ينطوي على شرط فاسخ يكون البيع بموجب مفسوخا من لقاء نفسه دون حاجة

سبيل اكتساب الحق المتنازع فيه والحصول عليه . وذلك حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغبته .

ويعتبر الحق متنازعا فيه ، اذا رفعت بموضوعه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدى .

ويستقط حق الاسترداد بعض ثلاثين يوما من تاريخ علم المسترد بالبيع (مادة ٥١١) عملا على استقرار المراكز القانونية .

ولما كان حق الاسترداد قد شرع للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات ، فقد استثنى المشروع (في المادة ٥١٢) أربع حالات لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة فيها ، وهذه الحالات هي :

(أ) اذا كان الحق المتنازع فيه يدخل ضمن مجموعة أموال يبعث جزافا بشمن واحد ، كبيع التركة . وهي مجموع من المال يسا له من حقوق وما عليه من ديون . فاذا كان في التركة حق متنازع فيه . فان هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الاخرى في مجموع التركة ، فتندمم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ومن ثم فلا يجوز الاسترداد .

(ب) اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا ، وباع أحد الشركاء نصيبه فيه لشريك آخر ، كوارث يبيع نصيبه من وارث آخر . أو مالك على الشيوخ يبيع نصيبه في الحق من شريكه ، لأن شراء الشريك نصيب شريكه لا يقصد به المضاربة بل هو قسمه أو خطوة في سبيل القسمة ، ومن ثم فان الاسترداد لا يجوز .

(ج) اذا كان الحق قد تصرف فيه صاحبه لدائن له وفاء لدين مستحق في ذمته ، لأن الدائن عندما قبل ذلك التصرف ، لم يقصد المضاربة وإنما قصد ان يستوفي حقه .

(د) اذا كان الحق المتنازع فيه مضمونا برهن بثقل عقارا ويبيع الحق لحائز هذا العقار لتطهيره ، ذلك ان الذي دفع حائز العقار الى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل تطهير العقار وتجنب الاجراءات التي يتخذها الدائن المرتهن قبله .

وإذا كان تخويل حق الاسترداد للمدين ، قد بنى على مظنة المضاربة واستغلال الخصومات ، بشراء الحقوق المتنازع فيها ، فان شراء عمال القضاء لهذه الحقوق ينطوي فوق ذلك على شبهة استغلال النفوذ أو في التقليل يلقى على الشراء ظلال الشبهة في حيدة القضاء ، ولذلك حرص المشروع في المادة ٥١٣ على أن يحرم عليهم ان يشتروا - ولو باسم مستعار - حقا متنازعا فيه والا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو كان الشراء في مزاد علني . كما عدد المشروع عمال القضاء على سبيل الحصر على النحو الذي اتجه اليه التفتين المصرى والتقنينات التي اخذت عنه .

عنه في حكم من الاحكام لأن طرفيه وان سمياه بيعا ، غرضهما منه الاستيثاق للدين . وقد تأثر تنظيم بيع الوفاء في المجلة بهذه النظره الاخيرة ، فتنص المادة الثالثة منها على اجراء حكم الرهن عليه لأن العبرة في العقود المقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني ، وهو ما أقر المشروع الأخذ به في المادة ٥٠٨ اقرارا لما جرى عليه العمل واستقر في الازدهان سنوات طويلة . فاذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع من المشتري في مقابل رد الثمن والمصروفات اليه ، اعتبر العقد قرضا مضمونا برهن حيازي وسرت عليه جميع أحكام الرهن الحيازي بما فيها بطلان الاتفاق على تلك العقار المبيع عند عدم رد الثمن أو الاتفاق على بيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ، وذلك حماية للبائع .

٢ - بيع ملك الغير :

واجه المشروع حكم بيع ملك الغير في المادة ٥٠٩ و ٥١٠ وأثر تطبيق القواعد العامة في شأنه فهذا البيع لا يكون نافذا بالنسبة للمالك الحقيقي الا اذا اقره . أما فيما بين المتعاقدين فان البيع لا يبطل لمجرد كونه واردا على ملك الغير وإنما يكون للمشتري وفقا للقواعد العامة ان يطلب ابطال البيع تأسيسا على الغلط اذا كان يبطل عند ابرام العقد عدم ملكية البائع . فاذا آلت الملكية الى البائع أو أقر المالك الحقيقي البيع ، أمكن للبيع أن ينتج اثره في نقل الملكية والاجاز للمشتري طبقا للقواعد العامة ايضا ان يطلب فسخ البيع تأسيسا على عدم وفاء البائع بالتزاماته فضلا عن التوضيح ان كان له محل ، وذلك دون اخلال بحق المشتري في التمسك بالعقد ، والرجوع بضمان الاستحقاق على أساسه .

٣ - بيع الحقوق المتنازع فيها :

وعرض المشروع لبيع الحق المتنازع فيه في المواد من ٥١٠ الى ٥١٣ والاصل ان هذا البيع من بيع الغرر ، لأن وجود الحق المبيع وثبوته يتوقف على مصير النزاع القائم بشأنه ، مما يجعل مشتريه مخاطرا بل ومضاربا . وفي الفقه الاسلامي ، اذا صاحب عقد البيع غرر فانه يفسده ، فبيع ما في تسليمه للمشتري خصومة ، كمغضوب في يد غاصبه ، غرر وجهالة بإمكان قبض المبيع وعدمه . وقيل يصح بيع المغضوب لقادر على اخذه من غاصبه . وكذلك يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة .

لذلك كانت نظرة المشروع الى بيع الحق المتنازع فيه نظرة ربية ، لأنه ينطوي في التقليل على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن اجل ذلك خول في المادة ٥١٠ لمن عليه الحق المتنازع فيه ان يسترده ويتخلص من المطالبة . اذا هو رد الى مشتريه ما دفعه من ثمن في شرائه وما تكبده من مصروفات في

وحتى ورثته ليخلص لهم لثما ما بقي من تركته بعد وفاء ديونه .
ولذلك كان لبيع المريض في مرض الموت عند الحنفية - أحكام خاصة قصد بها حماية دائته وورثته من المحاباة التي قد يتضمنها التصرف اضرارا بهم .

وبأخذ تبرع المريض ، في مواجهة ورثته حكم الوصية .
كما تعتبر المحاباة في البيع - بالبيع بأقل من ثمن المثل أو بالشراء بأكثر منه - تبرعا بقدرها . ولما كانت الوصية لوارث ، غير جائزة - على القول المشهور في المذهب - الا باجازة بقية الورثة ، فقد ذهب الصحاح الى ان بيع المريض لاحدهم بأقل من المثل موقوف على اجازتهم . أما اذا كان البيع بشمن المثل أو يزيد فانه يكون نافذا بغير اجازة لانعدام مظنة المحاباة ، وعند الامام الاعظم البيع لوارث موقوف على اجازة بقية الورثة في كل الاحوال ، ولو كان بمثل القيمة أو يزيد ، منعا لاثار أحد الورثة ، ببعض الايمان وتحقيقا للمساواة بين الورثة في جميع ما كان مورثهم ، وهو ما أخذت به المجلة في المادة ٣٩٣ .

واذا باع المريض لغير وارث ، كان البيع نافذا . أما اذا باع بأقل من ثمن المثل ، اعتبر النقص محاباة منه للمشتري ومن ثم تبرعا له يأخذ حكم الوصية ، فلا يكون نافذا الا في حدود ثلث امواله ، ووقع البيع فيما جاوزه موقفا على اجازة الورثة الذين يجوز لهم فسخ البيع الا اذا اكمل المشتري الثمن ليصل نقصه الى ثلث التركة (المادة ٣٩٤ من المجلة وأنظر ايضا المواد من ٣٥٨ - ٣٦٠ من مرشد الحيران) ، والسبب في تقيد التصرف الذي يصدر في مرض الموت لا يرجع الى اهلية المريض ولا الى عيب في ارادته ، وانما يرجع الى تعلق حق الورثة بأمواله من وقت المرض الذي يموت فيه . فاذا صدرت عنه - منذ المرض - تصرفات تنطوي على تبرع ، كان لهذه التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت ، اذا تبرع بماله ، فانما يقصد ان ينقل هذا المال الى غيره بعد موته ، ولا يكون ذلك الا عن طريق الوصية وبقبودها فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد اذن بقبود الوصية ، وكذلك المعاوضات اذا انطوت على تبرع - كأن يبيع بشمن أقل من القيمة - يكون لها ايضا في القدر المحلبي به حكم الوصية .

وعلى أساس ما تقدم جميعه ، آثر المشروع أن يطبق على هذا البيع أحكام المادة ٩٤٣ التي تضع قرينة متقضاها افتراض ان التصرف الذي يصدر في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية (المادة ١/٥١٩) وانما اضاف المشروع في الفقرة الثانية من هذه المادة حكما يقضي بعدم الاعتراف بتلك القرينة في مواجهة الغير حسن النية ، اذا كان قد كسب بعض حقا عينيا على المبيع ، وهو حكم استمدته المشروع من المادة ٤٧٨ من القانون المدني المصري .

وتنقذ المادة ٥١٤ بفقرتها مع ما تقتضيه به المادتان ٤١٢ و ٤١٣ من قانون التجارة الحالي ، فتحظر الفقرة الاولى منها على السمسارة والخبراء أن يشتروا ولو باسم مستعار ، الاموال المعهود اليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها أو مباشرة الخبرة في شأنها ، سواء كان الشراء بالممارسة أو بطريق الزبادة العلنية وهو حكم تمليه القواعد العامة في النيابة عن الغير . وتنقض الفقرة الثانية بتصحيح العقد المخالف أحكام الفقرة الاولى اذا أقره الأصيل الذي تم البيع لحسابه .

وتنقض المادة ٥١٥ بسبب الحظر الذي تفرضه المادتان السابقتان على الأزواج والاقارب والاصهار حتى الدرجة الثانية دفعا لكل شبهة .

٤ - بيع حصص في تركة :

تعرض المواد ٥١٦ - ٥١٨ لبيع الوارث تركة أو حصص فيها ، وهو يختلف عن التصارح المعروف في الفقه الاسلامي ، والذي يقتصر على بيع الوارث لتصيبه لباقي الورثة . اما البيع المقصود في المشروع فانه قد يكون لوارث أو لغير وارث . وهو بيع لمجموع من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون .

وتنص المادة ٥١٦ على أن البائع لا يضمن الاثبات وراثته لما باعه ، أما ما تشتمل عليه التركة أو الحصص من حقوق وديون فلا يضمن شيئا منها . ولكن اذا استوفى البائع بعض حقوق التركة أو باع شيئا مما اشتملت عليه أو استهلكه فانه يجب عليه ان يرد للمشتري ما استوفاه من حقوق أو ثمن وكذلك قيمة ما استهلكه (المادة ٥١٧) ومن ناحية أخرى يجب على المشتري ان يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون التركة . وكل ذلك ما لم يتفق على غيره . ولا يخل ببيع الوارث لخصته بما عساه أن يكون له من حقوق قبل التركة . اذ له أن يستوفي هذه الحقوق طبقا للقواعد العامة (المادة ٥١٨) . ولا مقابل لتلك الاحكام في التشريع الكويتي الحالي ، وانما استندها المشروع من القانون المصري (المواد ٤٧٣ و ٤٧٥ و ٤٧٦ مدني) .

٥ - البيع في مرض الموت :

يقصد بمرض الموت ، في الفقه الحنفي ، المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة وينصل به الموت فعلا ، ولو وقع لغير سببه لامر خارجي عنه كقتل مثلا . وعرفته المجلة في المادة ١٥٩٥ بانه « المرض الذي يخاف فيه الموت في الاكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور . ويعجزه عن رؤية مصالحه الداخلة في داره ان كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فرشاء كان أو لم يكن . » وبلغ بمرض الموت وبأخذ حكمه ، كل حالة يغلب فيها الهلاك ولا يفلت الشخص فيها من الموت عادة . ويتعلق بمال المريض حال مرضه ، حق دائته ليستوفوا ديونهم منه ،

الفصل الثاني المقايضة

البيع في الفقه الاسلامي يتسع لكل مبادلة مال بمال . ويحيط من ثم بالبيع والمقايضة . ولكن المشروع يميز بين الاثنيين ، كما تقدم ، فيعرف البيع بأنه عقد على تملك شيء ، أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي ، وهو هنا يعرف المقايضة بأنها مبادلة مال بمال لا يكون احدهما نقدا ، فهي مبادلة حق غير نقدي بحق آخر غير نقدي ، سواء كان احدهما أو كلاهما حقا عينيا أو حقا شخصيا (المادة ٥٢٠) .

ومع ذلك ، فإذا كان للاموال المتقايس فيها قيم مختلفة في تقدير المتقايسين ، فانه يجوز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا (المادة ٥٢١) ، ويبقى العقد بالرغم من ذلك عقد مقايضة ، الا أن يكون مقدار المعدل أزيد بكثير من قيمة المال الذي قرن به لتكلمة قيمته .

وتسرى على المقايضة في الأصل أحكام البيع ، فيعتبر كل متقايس بائعا لما قايض به ومشتريا لما قايض عليه . فتسرى على المقايضة الاحكام المتعلقة بالمبيع ، والاحكام المتعلقة بانتقال الملكية ، وباتسليم والتسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان الييب ، والفسخ وغير ذلك من الاحكام التي تتفق مع طبيعة المقايضة (المادة ٥٢٢) . ولكن لا يسرى عليها من أحكام البيع ما يتعارض مع طبيعتها : فأحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري في شأنه لا تسرى في عقد المقايضة ، الا اذا كان فيها معدل من النقود ، فتسرى أحكام الثمن على هذا المعدل وحده .

وإذا كان الاصل في عقد البيع ان تكون نفاقاته على المشتري ، كما تقدم ، فان اعتبار كل من المتقايسين بائعا لما قايض به ، ومشتريا لما قايض عليه ، يتلاءم معه تقسيم مصروفات عقد المقايضة ونفاقاته مناصفة بين الطرفين ، وذلك ما لم يتفق على خلافه (المادة ٥٢٣) .

الفصل الثالث الهبة

الهبة عقد مالي كسائر العقود المالية فينبغي ان ينظم التقنين المدني أحكامها كاملة سواء في الشكل أو في الموضوع ، وان تأخذ مكانها الطبيعي بين العقود المسماة ، وانفاقا مع ذلك يتعين تعديل المادة الخامسة من قانون تنظيم القضاء ، التي تدرجها ضمن مسائل الاحوال الشخصية وقد استمد المشروع الاحكام الموضوعية في الهبة ، من الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين . ففرق الهبة في المادة ٥٢٤ بأنها عقد على تملك مال في

الحال بغير عوض . وهو تعريف يميزها عن عقود المعاوضة ، وعن غيرها من أعمال التبرعات ، ويقترب من تعريف المالكية لها بأنها تملك ذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده .

(أولا) ذكرناك فيقيد :

في انعقاد الهبة يفرق التقنين المصري - والتقنينات التي حدثت جذوه - بين العقار والمنقول : فهبة العقار لا تتم الا بورقة رسمية ، أما هبة المنقول فتمت اما بورقة رسمية واما بالقبض . والجزء على الاخلال بالشكل هو البطالان . ومع ذلك فإذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل فلا يجوز لهم ان يستردوا ما سلموه . وهو ما ينتهي عملا الى اعتبار القبض مساويا للرسمية في كل من العقار والمنقول .

لذلك رأى المشروع في المادة ١/٥٢٥ ان يعلق انعقاد الهبة ، على القبض أو التوفيق في محرر رسمي في العقار والمنقول على وجه سواء ، ويعتبر القبض قد تم ولو بقبي الشيء في يد الواهب اذا كان وليا أو وصيا أو قريبا أو قائما على تربية الموهوب له (٢/٥٢٥) .

وينص المشروع في المادة ٥٢٦ على أن الهبة لا تعتقد على مال مستقبل ، كما هو مستقر في الفقه الاسلامي (المادتان ٨٥٤ و ٨٥٦ من المجلة) وهو ذات النهج الذي اتجهه القانون المصري (المادة ٤٩٢) ، والقوانين العربية التي نحت تصوه .

وفي هبة مال الغير نص المشروع في المادة ٥٢٧ على انها تقع باطلة ، فلم يلتزم في ذلك بما جرت عليه تقنينات عربية أخرى من تطبيق حكم بيع ملك الغير على الهبة ولا بما ذهب اليه الحنفية من اعتبارها عقدا موقوفا على اجازة المالك . بل آثر الحكم الذي جاء به مستندا من مذهب مالك والذي تنأسس على أن هبة مال الغير تؤدي الى تملك ماله بلا عوض يعود عليه فتقع باطلة ، وبالاطل لا تصح اجازته وهو حكم يرفع الجرح عن المالك الاصيل ، اذا وهب غيره مالا يملكه ، ثم عرض الأمر عليه ليقر الهبة أو لا يقرها .

وبعرض المشروع في المادة ٥٢٨ لهبة المشاع وهو ما لم يعرض له التقنين المصري مكتفيا باستخلاص حكمه من القواعد العامة . وفي ذلك تنص المادة ٨٢٦ منه على ان « كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » ومن ثم تكون هبة المشاع جائزة في التقنين المصري وفي التقنينات العربية الاخرى التي اوردت نصا مماثلا .

أما في الفقه الاسلامي ، فعند الحنفية تجوز هبة المشاع فيما لا يقسم ويكتفى بالقبض القاصر للضرورة ، ولكن لا تصح الهبة فيما يقسم الا مجزوة مقسومة . وعند مالك والشافعي واحمد فان ذلك جائز ، ولذلك آثر المشروع ان ينص صراحة

يضمنها ، او كان قد تعمد اخفاء عيب في الموهوب . وعندئذ لا يلزم بتعويض الموهوب له الا عن الضرر الذي يسببه العيب ولا يلزم بتعويضه عن العيب ذاته لانه متبرع لم يأخذ مقابلًا لما أعطى ، ولا يغير من ذلك ان تكون الهبة مقترنة بتكليف ، لان التكليف يجب ان يكون أقل من قيمة الموهوب والا كان المقدم من عقود المعاوضة .

وقد اهتمدى المشروع في وضع احكام الضمان بانواعه المختلفة بما أورده القانون المصري من احكام بشأنها (المواد ٤٩٤ - ٤٩٦ مدني) ونقلته عنه القوانين العربية الاخرى التي تأثرت به ، وذلك بعد ادخال التعديلات المناسبة عليها .

٢ - التزامات الموهوب له :

وتعرض المواد ٥٣٤ - ٥٣٦ لالتزامات الموهوب له ، وهي التزامات محتملة لا تكون الا اذا اقتربت الهبة بتكليف . فيكون التكليف التزاما في ذمة الموهوب له وهو ما تقضي به المادة ٥٣٤ ، فيجوز للواهب - ولورثته من بعده - المطالبة بتنفيذه ، سواء كان التكليف مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير . وللغير المشروط له التكليف ان يطالب ايضا بالتنفيذ لانه المستفيد وله حق مباشر قبل الموهوب له طبقا للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير .

وحتى تحفظ الهبة بطابعها التبرعي ، فانه يجب ان تكون قيمة التكليف المشروط اقل من قيمة المال الموهوب ، أما اذا كانت قيمة التكليف تقترب من قيمة الموهوب او تزيد عليها ، وكان الموهوب له على علم بذلك ، فان المقدم يكون معاوضة لاهبة . فاذا تبين ان التكليف تزيد قيمته على قيمة الموهوب ، وكان الموهوب له لا يعلم بذلك ، فانه لا يكون ملزما بان يقوم بالتكليف الا في حدود قيمة الموهوب وهو ما تنص عليه المادة ٥٣٥ من المشروع .

وإذا اشترط الواهب على الموهوب له وفاء ديونه ، وأطلق دون ان يعين هذه الديون ، فالمفروض انه اراد الديون الموجودة وقت تمام الهبة ، لا الديون التي تجدد بعد ذلك (المادة ٥٣٦) .

وجمع هذه الاحكام لها ما يقابلها في القانون المصري (المادتان ٤٩٧ و ٤٩٩ / ١ مدني) وكثير من القوانين العربية التي أخذت عنه .

(ثالثا) الرجوع في الهبة :

جواز الرجوع في الهبة مختلف عليه في الفقه الاسلامي ، فالمذهب الحنفي يجيز الرجوع الا لانع . أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجيزون الرجوع الا في حالة واحدة ، هي حالة

على جواز هبة المشاع ولو كان الموهوب قابلا للقسمة أخذًا برأى الائمة الثلاثة . وهو ما فعله التقنين العراقي ايضا (المادة ٦٠٩ الفقرة الثانية) .

وينص المشروع في المادة ٥٣٩ على تطبيق احكام الوصية على الهبة في مرض الموت وهو نص لا يعدو أن يكون تطبيقا للحكم العام الذي أورده المشروع في المادة ٩٤٢ والذي يعتبر كل تصرف صادر في مرض الموت بقصد التبرع تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه احكام الوصية .

(ثانيا) آثار الهبة :

١ - التزامات الواهب :

تعرض المواد ٥٣٠ - ٥٣٣ لالتزامات الواهب . وهي التسليم ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيب . فتتضمن المادة ٥٣٠ بفقرتها على التزام الواهب بتسليم الموهوب ، ويقع ذلك اذا تمت الهبة بمعبر رسمي ، وتسري عندئذ الاحكام المتعلقة بتسليم المبيع - فياتزم الواهب بتسليم المال الموهوب - في الزمان والمكان المعينين - وبالطالة التي كان عليها وقت الهبة ، وبالقدر المعين في العقد . فان تغيرت حالته او وجد فيه نقص . لم يكن الواهب مسئولًا الا عن فعله العمد او خطئه الجسيم . وان هلك المال الموهوب قبل تسليمه لسبب اجنبي كان هلاكه على الموهوب له ، لانه لم يدفع مقابلًا حتى يسترده ، اما ان كان الهلاك بخطأ من الواهب فانه لا يسأل في ذلك الا عن فعله العمد او خطئه الجسيم لانه متبرع . ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته او باختلاف حاله . ويتم بوضع الموهوب تحت تصرف الموهوب له ، بحيث يتمكن هذا من قبضه والاتفاع به دون حائل . ويقوم مقام التسليم الفعلي ، التسليم الحكمي . كما في البيع . أما اذا لم تعقد الهبة بمعبر رسمي ، فانها لا تتم الا بالقبض ، ويكون التسليم ركنا في الهبة لا التزام .

وتماثل المادتان ٥٣١ و ٥٣٢ ضمان التعرض وضمان الاستحقاق ، ومؤداها ان الواهب لا يضمن الا التعرض الناشئ عن فعله ، كما لا يضمن استحقاق المال الموهوب الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، او كانت الهبة مقترنة بتكليف وذلك ما لم يتفق على غيره او يقض القانون بخلافه . وفي الحالة الاولى يقدر القاضي للموهوب له تعويض عادلا ، اما في الحالة الثانية فيضمن الواهب الاستحقاق ولو كان يجهل سببه . ولكنه لا يكون مسئولًا الا في حدود ما اداه له الموهوب له من تكليف . وفي الحالتين يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي بسبب الاستحقاق .

أما العيوب الخفية فتتناول حكمها المادة ٥٣٣ ، والاصل ان الواهب لا يضمن العيوب الخفية الا اذا اتفق على انه

معنى الصدقة ، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها . وهذا هو القول المتعدد في مذهب مالك ، وينبغي على اعتبار حال الولد وقت الرجوع ، أي على اعتبار حاله كونه يتيمًا أو غير يتيم ، وقطع النظر عن حاله وقت الية . واليتيم هو الصغير الذي ليس له أب تجب نفقته عليه . فيشترط الرجوع الام في هبتها ان يكون ولدها كبيرا ، او صغيرا له أب مسئول عن نفقته .

(ب) اذا كانت الية من احد الزوجين للآخر ما دامت الزوجة قائمة .

(ج) اذا مات الواهب او الموهوب له . لانه اذا مات الواهب فان حق الرجوع لا ينتقل الى ورثته ، واذا مات الموهوب له تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له .

(د) اذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا يخرجها عن ملكه ، كما اذا باعه أو وهبه لغيره . فاذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب ان يرجع في الباقي .

(هـ) اذا حصل تغير في ذات الموهوب او حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته . أما تغير قيمة الموهوب مع بقاء الذات على حالها فلا يمنع من الرجوع . لان زيادة القيمة بالغلاء او نقصها بالرخس أمر عارض لا يعتد به . ومن باب أولى فان هلاك الموهوب في يد الموهوب له ، يمنع من الرجوع لفقائه .

(و) اذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الية . كالبيع له بشئ مؤجل او اقرضه او تزوجه نظرا لما حصل له من الميسرة بما وهب له . لانه يرتب على الرجوع في الية ضياع حقوق الغير وتوريط الموهوب له . اما حصول التعامل مع الموهوب له الذي لا يكون مع اعتبار قيام الية ، فلا يمنع من الرجوع ، لانه لا دخل للية في حصوله ، فلا يرتب على الرجوع ضياع حق للغير ولا توريط للموهوب له .

(ز) اذا مرض الواهب او الموهوب له مرضا مخفوا - أي مرضا يخشى معه الموت - اما المرض العادي فلا يعتد به . ويمتنع الرجوع في هذه الحالة لانه اذا مرض الواهب مرضا مخفوا ، كان استرجاعه الموهوب لمصلحة غيره لرجحان موته من مرضه ، ومصلحة ذلك الغير ليست بأولى من مصلحة الموهوب له ، واذا مرض الموهوب له مرضا مخفوا ، تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له . فيمتنع الرجوع لتعلق حق الغير به . فاذا زال المرض عاد حق الرجوع لزوال المانع .

(ح) اذا اقترنت الية بتكليف .

(ط) اذا كانت الية لغرض خيري ، كانشاء مسجد .

هبة الوالد لولده . وهو ما يسمى عند المالكية باعتصار الية أو استرجاعها ، فيعتصر الأب - اي يسترجع قهرا - ما وهبه لولده . وتستند هذه المذاهب الثلاثة الى ما روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - « لا يرجع الواهب في هبته ، الا الوالد فيما يعطي لولده » . وهناك ايضا رأي آخر يحكي عن اهل الظاهر رواية عن أحمد بن حنبل ، لا يجيز الرجوع في الية أصلا ، ولو من الوالد ويستدل على ذلك بالحديث « العائد في هبته كالعائد في قبته » . وبأن الية عقد تسليم منجز كالبيع ، فلا يجوز الرجوع فيها .

وقد رأى المشروع ان يجعل الاصل هو عدم جواز الرجوع في الية الا للابوين فيما وهباه لولدهما - كما هو مقرر في مذهب مالك (المادة ١/٥٣٧) ولكنه آخر لاعتبارات عديدة ان يجيز الرجوع في الية ، استثناء من هذا الاصل العام بقيدين اوردتهما بالمادة ٣/٥٣٧ والمادة ٥٣٨ منه :

القيد الاول - ان يستند الواهب في الرجوع الى عذر مقبول ، ويعتبر على وجه الخصوص عذرا مقبولا :

(أ) ان يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب ، اخلا لا يعتبر جحودا كبيرا من جانبه .

(ب) ان يصبح الواهب عاجزا عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة بما يتفق مع مكاته الاجتماعية ، أو ان يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

(ج) ان يرزق الواهب بعد الية ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع . وغني عن البيان انه يكون للواهب ان يطلب ابطال الية للفظ اذا كان له ولد يظنه ميتا وقت الية تم تبين انه على قيد الحياة .

وهذه الاعذار ليست مذكورة على سبيل الحصر ، وانما خصت بالذكر لانها هي الاعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الية . وذلك لا يمنع من ان تقوم اعذار اخرى تجعل الرجوع مبررا .

القيد الثاني - ان يصدر اذن من القضاء بالرجوع ، حتى يكون القضاء رقبيا على الواهب في ذلك ، يجيبه الى طلب الرجوع اذا رأى ان العذر في الرجوع عذر مقبول ويرفض طلبه اذا لم ير قبول العذر أو اذا تبين وجود مانع من مواع الرجوع .

وطبقا للمادة ٥٣٩ من المشروع يمتنع الرجوع في الية اذا وجد مانع من المواع الآتية :

(١) اذا كانت الية من الام وكان ولدها يتيمًا ، سواء حصل الية قبل الية ام حصل بعدها . لان الية لليتيم في

١ - التزامات المقرض :

وتعرض المادة ٥٤٤ لاتزام المقرض بالتسليم وتبعية الهلاك قبل حصوله ، فمبما يتعلق بالتسليم ، اذا كان الشيء المقرض نقودا - وهو الغالب - واصبح المقرض بمجرد تمام القرض دائما للمقرض بهذا المبلغ - لان النقود لا تبعت بالتعيين - وكذلك اذا وقع القرض على اشياء مثلية اخرى وتعينت بالاقرار فاتفقت ملكيتها الى المقرض ، ففي الحالين يلتزم المقرض بتسليم الشيء المقرض ، وتتبع في ذلك القواعد العامة وبخاصة القواعد المقررة في التزام البائع بتسليم المبيع . فاذا اخل المقرض بالتزامه بالتسليم جاز للمقرض ان يطالب بالتنفيذ عينا .

وفبما يتعلق بتبعية الهلاك ، فانه لا يتصور ، اذا كان الشيء المقرض مبلغا من النقود او أي شيء مثلي آخر لم يتحدد بالاقرار ان يهلك الشيء قبل التسليم ، اما اذا كان المقرض اشياء مثلية اخرى وتعينت بالاقرار فانها ان هلكت قبل التسليم بسبب اجنبي كان هلاكها على المقرض وان هلكت بعد التسليم ، كان هلاكها بداهة على المقرض . ولهذه الاحكام مثيل في القانون المصري (المادة ٥٣٩ مدني) والقوانين العربية التي اخذت عنه .

ويلتزم المقرض ايضا بضمان الاستحقاق ، فاذا كان المقرض اشياء مثلية غير النقود ، وتعينت بالاقرار وسلمت للمقرض ثم استحققت ، اتبعت احكام الاعارة (المادة ٥٤٥ من المشروع) وهي تقضي بالا ضمان الا ان يكون المعير قد تمعد اخفاء سبب الاستحقاق .

اما اذا كان المقرض نقودا او أي شيء مثلي آخر لم يتحدد بالاقرار فان الاستحقاق لا يصدق عليه ولا يتصور ان يقع فيه .

اما الالتزام بضمان العيوب الخفية فقد عرض له المشروع في المادة ٥٤٦ والاصل فيه ان المقرض لا يلتزم بضمان العيب لانه متبرع . فاذا ظهر في الشيء عيب خفي واختار المقرض استبقائه فلا يلزمه ان يرد الا قيمة الشيء معيبا ، ومع ذلك اذا كان المقرض يعلم بالعيب وتمعد اخفاءه ، فانه يكون مسئولا عما يسببه العيب من ضرر . وهذه هي القاعدة العامة في ضمان العيب التي التزمها المشروع في كل عقود التبرع . كالهبة والقرض ، ما لم يتفق المتعاقدان على خلافها .

٢ - التزامات المقرض :

أباح الاسلام القرض على اساس التعاون والاخاء الانساني ، وتفريغ الكروب والنوازل . وشدد التكبير على المرابين وهددهم باشد أنواع التهديد والوعيد . ولذلك حرم في الفقه الاسلامي ان يشترط في القرض اي شرط يجر منفعة للمقرض ، والا فسد العقد بشل هذا الشرط .

وعني عن البيان ان هذه الموانع تسري على رجوع الايون الذي لا يرد عليه قيد ، كما تسري على الرجوع المتقيد بالعدر وباستئذان القضاء .

وتنص المادة ٥٤٥ على انه يجوز لاي من ورثة الواهب فسخ الهبة اذا قتل الموهوب له الواهب عمدا وبدون حق أو اشترك في قتله . كما ترتب المادة ٥٤١ على الرجوع في الهبة اعادة الموهوب الى ملك الواهب من حين تمامه ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

اما نفقات الهبة فالاصل ان تكون على المستفيد منها ، وهو الموهوب له ، فيتحمل مصروفات العقد ورسم التسجيل ومصروفات تسلم الموهوب ونقله وذلك تفسيراً للهبة في اضيقت حدودها ، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله بغير عوض وبين تحمل هذه النفقات . اما نفقات الرجوع فيتحملا الواهب لانه المستفيد من الرجوع . وكل ذلك ما لم يتفق على غيره (المادة ٥٤٢) .

الفصل الرابع القرض

لم تعرض المجلة لعقد القرض على الرغم من انه من المعاملات الجائرة بالسنة والاجماع ، وقد عرّفه الحنفية بانه ما تعطيه من مال مثلي لتفاضي مثله ، كما عرّفه المالكية بانه اعطاء شيء متمول لنفع المعطي له ، نظير عوض مماثل مؤجل في الذمة .

ويعرفه المشروع في المادة ٥٤٣ بانه عقد يلتزم به المقرض ان يؤدي الى المقرض مبلغا من النقود او أي شيء مثلي آخر، مقابل رد مثله نوعا وصفة وقدرا ، ومؤدى ذلك ان القرض عقد رضائي يتم بمجرد تلاقي الأيجاب والقبول ، اما تسليم الشيء المقرض فهو التزام ينشئ عقد القرض في ذمة المقرض وليس ركنا في العقد ذاته ، على عكس بعض التقنيات التي تجعل القرض عقدا عينيا لا يتم الا بالتسليم (قارن على سبيل المثال المادة ٦٨٤ عراقي والمادة ٧٥٤ لبناني والمادة ١٨٩٢ فرنسي) . واكثر ما يكون الشيء المقرض نقودا ، ولذا خصصت بالذكر في التعريف . ولكن لا يوجد ما يمنع من ان يكون هذا الشيء غير نقود ما دام من المثليات التي تستملك بالانتفاع بها .

وعني عن البيان انه يجب ان يتوافر في الشيء المقرض - الى جانب ذلك - الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل ، فيجب ان يكون موجودا معيناً او قابلاً للتعيين ، غير مخالف للنظام العام ولا للكداب .

المقرض بالخيار : اما ان ينتظر حتى يعود الشيء الى السوق فيرد له المقرض مثله ، واما ان يطالب المقرض بقيمة الشيء المقرض في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما السرد (المادة ٢/٥٥٠) .

أما تفقات القرض ، كنفقات تحرير عقده وتفقات الرهن الذي يضمنه ومصروفات تسلم القرض ورده وغير ذلك ، فان المقرض هو الذي يتحملها ، ما لم يتفق على غيره (المادة ٥٥١) .

الفصل الخامس

الصلح

الصلح شرعا عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ، وهو جائز بالاجماع لقوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » وقوله « والصلح خير » ولحديث أبي هريرة مرفوعا « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما » وقد عرفه المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى ، بموض لرفع نزاع او لخوف وقوعه . والاول - الانتقال عن الحق - صلح على الاقرار ، اما الثاني - الانتقال عن الدعوى - فصلح على الانكار .

ويعرفه المشروع في المادة ٥٥٢ بأنه عقد يحسم به عقاده نزاعا قائما بينهما ، او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التعاقب عن جانب من ادعائه . وبين من هذا التعريف ، ان عقد الصلح يفترض وجود نزاع قائم أو محتمل ، ويتطلب تضييحات متبادلة لحسم النزاع ، سواء بتنازل كل من المتصالحين عن جزء من ادعائاته ، او بتنازل احدهما عن كل ادعائاته في مقابل بدل خارج عن موضوع النزاع . وليس بضروري ، بعد ذلك ، ان تكون التضييحات من الجانبين متعادلة ، فهما كانت تضييحية احد الطرفين قليلة بالنسبة الى تضييحية الطرف الآخر ، فان العقد يكون صلحا .

(أولا) أركان الصلح :

في المجلة - وفي الفقه الحنفي كذلك - يشترط في المتصالحين ان يكونا عاقلين ولا يشترط فيهما البلوغ والعربة ، وعلى هذا يصح الصلح من الصبي المأذون ان عرى صلحه عن ضرر بين (قارن المادة ١٥٣٨ من المجلة) .

ولكن المادة ٥٥٣ من المشروع تستلزم في كل من المتصالحين ، توافر اهلية التصرف بموض في الحقوق التي تصالحا عليها ، لأن كلا منهما ينزل عن جزء من ادعائه في نظير نزول الآخر عن جزء مقابل ، والنزول بمقابل عن حق مدعي به ، هو صرف بموض . وعلى ذلك فكل من بلغ سن الرشد ولم يقض باستمرار الولاية على ماله ، تكون اهليته كاملة في الصلح على جميع

وقد حرص المشروع على التزام هذا الاصل ، فنص في المادة ٥٤٧ على ان يكون الاقراض بغير فائدة وعلى بطلان كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بمقد القرض ذاته ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض ، في أية صورة تكون .

ويعرض المشروع بعد ذلك لالتزامات المقرض وهي رد المثل ، وتحصيل تفقات القرض : فطبقا للمادة ٥٤٨ يجب على المقرض ان يرد المثل بطول الاجل المتفق عليه او عند سقوط هذا الاجل طبقا للقواعد العامة . فاذا لم يتفق المتعاقدان على اجل لزد . عين الفاضي الاجل وفقا للظروف ، أي وفقا للإرادة المقرضة للمتعاقدين وهي تتحدد بالمعرف وبالعرض من القرض وليس بحياة المقرض المالية . فالتحديد هنا لا علاقة له بنظرة الميسرة التي يولها القاضي للمدين الماثر الجهد . وفي ذلك يقول المالكية : انه ان لم يكن للقرض اجل مضروب فلا يخلو اما ان تكون العادة ان يرد مثل هذا القرض في وقت مخصوص ، كما اذا اقترض قسحا والعادة ان يرد مثله بعد حصاد التمح . فان كانت في ذلك عادة فانه يعمل بها . كما يعمل باقتضاء الاجل فيلزم بالرد في الوقت الذي جرت به العادة ، وان لم تكن فيه عادة فانه لا يلزم برده الا اذا انتفع به الانتفاع الذي جرت به عادة امثاله . وكذلك يحدد القاضي الاجل اذا اتفق على ان يكون الرد عند المقدرة او الميسرة ويطبق القواعد العامة ، فانه يراعى في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ويتضمن منه عناية الشخص الحرص على الوفاء بالتزاماته .

وطبقا للمادة ٥٤٩ من المشروع يجب على المقرض ان يرد المثل في المكان المتفق عليه ، فاذا لم يتفق على مكان ، كان الرد واجبا - على خلاف القواعد العامة - في موطن المقرض لان القرض بدون اجر فلا يلزم الدائن تحصيل مصروفات سعيه الى موطن المقرض .

ويرد المقرض مثل ما اقترضه ، نوعا وصفة وقدرا ، فالتزامه هو التزام بتحقيق غاية . فاذا كان الشيء المقرض نقودا - كما هو العايب . فلا يلتزم المقرض ان يرد للمقرض الا مقدارا من النقود يعادل في عدده المقدار الذي اقترض دون ان يكون لارتفاع قيمة النقود ، او لانخفاضها اثر طبقا للقواعد العامة .

اما اذا كان الشيء المقرض من المثليات الاخرى ، فانه يجب على المقرض أن يرد مثله نوعا وصفة وقدرا ، ولا عبرة بتغير قيمة المثل وقت الرد (المادة ١/٥٥٠) فالقرض - كما يقول الحنفية - مضمون بثله بقطع النظر عن غلثه ورخصه . واذا اقطع مثل الشيء المقرض عن السوق كان

تنازلا نهائياً (المادة ٥٥٦) فإذا تنازع شخصان على ملكية دار وأرض ، ثم تصالحا على أن تكون الدار لاحدهما والأرض للآخر ، فهذا الصلح يترتب عليه انقضاء ادعاء من اخص بالدار في ملكية الأرض ، وادعاء من اخص بالأرض في ملكية الدار . فلا يجوز لايهما ان يعود الى منازعة الآخر فيما اخص به . وفي

ذلك يقول الحنابلة ان الصلح يصمم النزاع نهائياً ، فلا تسمع بعده دعوى المدعى ولو اقام بيته على ما ادعاه او على سبق اقرار المنكر به . و يترتب حتماً على انقضاء الادعاءات ، تثبيت حق كل متصالح فيما خلص له فبقي حقه فيه على وضعه الاول ، ويكون اثر الصلح الكشوف عن هذا الحق لا انشاءه (المادة ١/٥٥٧) فلا يكون المتصالح متلقياً له من المصالح الآخر ، ولا خلفاً له فيه بكل ما يترتب على ذلك من نتائج . وهو حكم مأخوذ به في الفقه الحنفي . على انه اذا تضمن الصلح حقوقاً غير متنازع فيها ، فانه يكون منشئاً او ناقلاً بالنسبة لهذه الحقوق ، فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على ان يختص بها احدهما في نظير ان يعطى للثاني عقاراً اخر ، فان الصلح يكون له اثر ناقل او منشيء بالنسبة الى هذا العقار (المصالح عليه) بكل ما يترتب على ذلك من نتائج . وهو حكم مأخوذ به ايضا في الفقه الحنفي (قارن المادة ١٥٥٠ من المجلة) .

وإذا كان اثر العقد يقتصر ، بوجه عام ، على كل من كان طرفاً فيه ، وعلى المحل الذي تناوله ، وعلى السبب الذي وقع من أجله ، غير ان الصلح في صدد هذا الاثر النسبي اكثر بروزاً :

(أ) فهو مقصور على الحقوق التي كانت محلاً للنزاع دون غيرها ، ولذلك نصت المادة ٢/٥٥٧ من المشروع على وجوب تفسير عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً فإذا تصالح شريك مع بقية شركائه على ما يستحق من ارباح في الشركة فان هذا الصلح لا يشمل الا ما استحقه فعلاً من ارباح ، لا ما قد يستحقه في المستقبل . وإذا تصالح وارث مع بقية الورثة على استحقاك في التركة باعتبارها وارثاً ، فان هذا الصلح لا يتناول ما يكون المورث قد اوصى له به من مال في التركة .

(ب) والصلح لا يترتب عليه نفع ولا ضرر لغير عاقديه . حتى لو وقع على محل لا يقبل التجزئة (المادة ١/٥٥٨) ، فإذا اصطالح الموصى له مع أحد الورثة على الوصية فان الورثة الاخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم ، وإذا كان الموصى له شخصين بوصية واحدة وصالح احدهما الوارث ، فان هذا الصلح لا يحتج به الموصى له الاخر ولا يحتج به عليه . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ تورد استثناء من هذه القاعدة وهو حالة الصلح مع المدينين المتضامين او الدائنين المتضامين فان لكل منهم ان يتسلك بالصلح الذي يعقده احدهم اذا رأى فيه نفعاً له .

الحقوق . وقد استوحى المشروع هذا الحكم من القانون المصري (المادة ٥٥٠) والقوانين العربية الاخرى التي نقلت عنه .

أما محل الصلح فهو الحق المتنازع فيه وتنازل كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في هذا الحق ، ويدخل فيه بدل الصلح ، ان عقد الصلح على بدل .

وأياً كان محل الصلح ، فانه يجب ان تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام ، فيجب ان يكون موجوداً ، ممكنًا ، معيناً أو قابلاً للتعيين ، وبوجه خاص ، ان يكون مشروعاً - أي حقا يجوز الاعتياض عنه ولو كان غير مال ولذلك نصت المادة ٥٥٤ من المشروع على عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، وعليه فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية - كالبنوة والزوجية - أو الاهلية ، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام وانما يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب على هذه المسائل كالصلح على النفقة او على مؤخر الصداق .

وكل ذلك ما لم يقض القانون بغيره فقيماً يتعلق بالخصاص أو التمييز إذا كان حقاً للعبد ، يصح الصلح عن دعوى الجناية في النفس من القتل وفيما دونها ، عمداً كانت الجناية أو خطأ . أما العمد فقولته تعالى « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف » (البقرة ١٧٨) ، أي من أعطى له بدل أخيه المقتول شيء بطريق الصلح . واما الخطأ ، فلأن موجب المال .

وتعرض المادة ٥٥٥ لاثبات الصلح ، فتنص على انه لا يثبت الا بالكتابة أو بحضر رسمي . وهو نص له مقابل في غالبية التقنينات العربية ، فالصلح وقد شرع لرفع النزاع وقطع الخصومة ، لا يجوز أن يكون مثاراً لنزاع آخر قد ينشأ عن اباحة ابياته بالبيينة .

والكتابة لازمة لاثبات لا لانعقاد ، لان الصلح من عقود التراضي . و يترتب على ذلك انه لم توجد كتابة لاثبات الصلح ، جاز ابياته بما يقوم مقامها كالاتجار واليمين .

ولكن الاثبات بالبيينة والقرائن غير جائز ولو في صلح لا تزيد قيمته على نصاب الشهادة ، الا في الحالات التي تميز فيها القواعد العامة الاثبات بعيدين الطرفين .

وغنى عن البيان انه لا يشترط في الكتابة اللازمة لاثبات عقد الصلح ، شكل خاص . فالورقة العرفية تكفي لاثبات ، ومن باب اولي يكفي لاثبات الصلح المحضر الرسمي الذي تدون فيه المحكمة الصلح الذي يقع بين الخصوم .

(ثانياً) آثار الصلح :

وتعرض المواد ٥٥٦ - ٥٥٩ لآثار الصلح : واول هذه الآثار انقضاء الادعاءات التي يتنازل عنها كل من المتصالحين

التي أخرجت من نطاقه بنص صريح . ومتضمنة عدة أحكام تتعلق بتحديد اجرة العقارات وامتداد عقود الإيجار بقوة القانون وحصر الأسباب التي يجوز للمؤجر عند توافرها إنهاء الإيجار . ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٦٤ في شأن إيجار الاماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين ونص في المادة الأولى منه على سريان أحكامه على الاماكن و اجزاء الاماكن على اختلاف أنواعها ، المؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض ، مستأجرة من المالك أو من مستأجر لها ، سواء مسورة أو غير مسورة .

وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ ، الذي حل محله الإخيرا القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ ، في شأن إيجار العقارات ويختلف هذان القانونان عن القانونين السابقين ، في عدم اقتصرهما على أحكام خاصة تتعلق بالامتداد القانوني لعقد الإيجار أو بالتحديد القانوني للاجرة ، بل انهما تضمنتا علاوة على ذلك قواعد أخرى موضوعية واجرائية .

وتص المادة الأولى من القانون الأخير على سريان أحكامه على العقارات بما في ذلك الأراضي الفضاء ، والمؤجرة للسكن أو لغير ذلك من الأغراض ، مع استثناء الأراضي الزراعية من نطاق تطبيقه « لما لها من وضع خاص ليس مجاله هذا القانون » ، وهو استثناء لم يكن واضحا من نصوص القانون الذي سبقه .

وبذلك يخرج عن نطاق هذا القانون على الأخص إيجار المحل التجاري الذي يخضع لأحكام قانون التجارة . كما يخرج عن نطاقه إيجار المنقولات والأراضي الزراعية الذي يظل خاضعا لأحكام المجلة ، بالإضافة إلى إيجار الوقف الذي يظل خاضعا لأحكام الفقه المالكى، فيما عدا ما يمكن تطبيقه عليه من الأحكام الخاصة الواردة في ذلك القانون .

على أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ ، وإن تضمن كثيرا من القواعد الموضوعية في عقد الإيجار ، فإنه لم يضع تنظيميا كاملا لهذا العقد يعني عن الرجوع إلى أحكام المجلة ، التي ما زالت تعتبر ، تبعاً لذلك ، القانون العام لعقد الإيجار وتبين تطبيق أحكامها على ما لم يرد بشأنه نص تشريعي كما أفصح القانون في المادة الثالثة منه .

ولذلك فقد أقر المشروع أن ينظم الأحكام الموضوعية في عقد الإيجار تنظيميا شاملا مفصلا ، يعني عن الرجوع إلى تلك المصادر المتعددة ، وبعد أن أورد الأحكام العامة للإيجار ، أفرد بالذكر أنواعا خاصة من الإيجارات - هي إيجار الأراضي الزراعية والزراعة وإيجار الوقف - نظرا لأهميتها . ولكن هذا التنظيم الجديد لا، يمس ما ورد في القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ من أحكام خاصة في حدود نطاق سريانه وذلك اعتبارا بأن القانون العام لا يلغى قانونا خاصا ما لم يرد فيه نص صريح بذلك .

اما اذا كان من شأن الصلح ان يزيد فيما يلتزم به المدينون المتضامنون أو يسيء الى مركز الدائنين المتضامين فإنه لا ينفذ في حقهم ما لم يرتضوا ذلك .

(ج) وأخيرا يقتصر أثر الصلح على السبب الذي وقع من أجله ، وفي ذلك تنص المادة ٥٥٩ من المشروع على أن من تصالح على حق له (أو على حق تلقاه بناء على سبب معين) ، ثم كسب هذا الحق ذاته بناء على سبب آخر ، لا يكون بالنسبة إلى هذا الكسب الجديد مرتبطا بصلحه السابق . فإذا تصالح مع الوارث احد الموصى لهما ، ثم مات الموصى له الاخر وورثه الموصى له الاول الذي عقد الصلح ، فإنه يجوز له ان يعود إلى النزاع في الوصية فيما يتعلق بحقه في الارث من الموصى له الثاني ، دون ان يستطع الوارث ان يحتج عليه بالصلح ، بالرغم من وحدة المحل - وهي الوصية - ووحدة الأشخاص ، لأن السبب لم يتحد في الحالين .

(ثالثا) بطلان الصلح :

تنص المادة ١/٥٦٠ على أن الصلح لا يتجزأ ، فيبطلان جزء منه أو ابطاله ، يقتضى بطلان الصلح كله أو ابطاله .

فقد يكون الصلح قابلا للابطال لنقص الاهلية أو لعب في الرضاء وقد يكون باطلا لعدم مشروعية المحل أو السبب . وأيا كان سبب الإبطال أو البطلان ، فإن الصلح اذا كان يشتمل على أكثر من أمر واحد ، فالأصل ان ابطال جزء منه أو القضاء ببطلته ، يقتضى ابطال العقد كله أو بطلانه بجميع اجزائه ، ولكن هذا الحكم ليس الا افتراضا لإرادة المتصلحين فإذا تبين ان إرادتهما قد اتجهت صراحة أو ضمنا إلى اعتبار اجزاء الصلح منفصلة ومستقلة بعضها عن بعض فان ابطال جزء منها أو بطلانه لا يؤثر على بقية الاجزاء الأخرى (المادة ٢/٥٦٠) .

الباب الثاني

العقود التي ترد على منفعة الأشياء

الفصل الأول

الإيجار

نظمت المجلة عقد الإيجار في الكتاب الثاني منها (المواد ٤٠٤ الى ٦١١) . وظلت هذه الأحكام وحدها تحكم عقد الإيجار في الكويت ، حتى صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٥٤ قانون للإيجار (عدل بعد ذلك بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٢) متضمنا بعض الأحكام المتعلقة بإيجار العقارات المخصصة للسكن أو لأعمال تجارية أو صناعية أو لمن حرة ، دون الأراضي الزراعية

الفرع الأول - الإيجار بوجه عام

الإيجار عند الحنفية عقد يفيد تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة ب عوض ، وفي المجلة ، هو بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم ، وقد جرى التقنينان العراقي والاردني على نهج الفقه الاسلامي في تعريفه بأنه تملك منفعة معلومة لقاء عوض معلوم ، (٧٢٢ عراقي و ٦٥٨ اردني) ، كما عرفه القانون الكويتي (قانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨) قتلا عن التقنين المصري والتقنينات العربية الاخرى بأنه « عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بعين معينة ، مدة محددة ، لقاء اجر معلوم » ويعرفه المشروع في المادة ٥٦٦ تعريفا لا يخرج عن ذلك مع تعديل في الصياغة اقتضته الملاممة .

(أولا) أركان الإيجار :

عرض المشروع في المواد من ٥٦٢ الى ٥٦٨ للمؤجر والاجرة والمدة ، أما عن المؤجر ، فمن شروط نفاذ الإيجار عند الحنفية ، الملك والولاية ، وهو ماقتنه المجلة في المادة ٢٤٦ بقولها : « يلزم أن يكون الأجر متصرفا بما يؤجره ، أو وكيل المتصرف ، أو وليه أو وصيه » ، والا كانت الاجارة موقوفة على اجازة المالك أو وكيله أو وليه أو وصيه .

فلاصل ان مالك الشيء هو الذي له الحق في ادارته وتأجيله . ولكن قد ثبت حق الإدارة لغير المالك ، فيكون نائباً عن المالك في استعمال هذا الحق ، سواء كانت نيابته نيابة اتفاقية - كالوكيل - أو قانونية ، كالولي والوصي وناظر الوقت . فهؤلاء جميعا لا يملكون الشيء المؤجر وليس لهم الاحتاد ادراته ولذلك قيد المشروع في المادة ٥٦٢ من سلطتهم في الإيجار . فمن يدير الشيء لا يملك إيجاره لمدة تزيد على ثلاث سنين ، فإذا زاد على هذه المدة ، فإن كان ذلك باذن من يملك الاذن - كالاصيل في حالة الوكيل والمحكمة في حالة الوصي وناظر الوقت - جاز ، والا انقضت المدة الى ثلاث سنين ، وكل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره . كما هو الحال بالنسبة لناظر الوقت فإن له أن يؤجر لأكثر من ثلاث سنين اذا كان هو الوقت أو المستحق الوحيد (المادة ٦٤٦ من المشروع) .

كذلك فإنه ، يجوز للمنتفع أن يؤجر الشيء ، لان الإيجار هو الوسيلة الطبيعية للاستغلال . ولكن المنتفع لا يتقيد في إيجاره بالمدة المنصوص عليها في المادة السابقة ، لانه عندما يؤجر الشيء لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة ، وإنما يستعمل حقه الاصيل في الانتفاع . فلا حد لمدة الإيجار الا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائما ، لانه بطبيعته حق موقوت ، فلا يسرى الإيجار بعد انتهاء حق الانتفاع ، الا اذا أقره مالك الرقية بالنسبة للمدة التالية ، وذلك دون اخلال بمواعيد التنبيه بالاخلال والمواعيد اللازمة لنسج المحصول القائم ونسجه ، وهو ما نص عليه المشروع في المادة ١/٥٦٣ . أما من ليس له الا حق

الاستعمال ، أو السكنى ، فليس له أن يؤجر الشيء الا باذن خاص أو لمبر قوي (المادة ٥٦٣/٢) .

أما الاجرة فهي المال الذي يلتزم المستأجر باعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالمؤجر . والاصل انها تستحق باستيفاء المنفعة أو بإمكان استيفائها فان زالت المنفعة أو اختلت ، سقطت الاجرة أو انقضت .

والاجرة في عقد الإيجار تقابل في الفقه الاسلامي ، الثمن في عقد البيع ، فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات ومن ثم يجب أن تكون الاجرة مالا متقوما معلوما (قارن المادتين ٤٦٣ و ٤٥٠ من المجلة) . ومع ذلك « يجوز ان يكون بدلا في الاجارة الشيء الذي لم يصلح ان يكون ثمنا في البيع » (٤٦٣) . كمنفعة شيء معين فالمنفعة وان كانت لاتصلح ثمنا ، يجوز ان تكون اجرة .

وإذا كان المشروع قد أوجب في البيع ان يكون الثمن من النقود لاسباب سبق بيانها ، غير انه أثر في الإيجار أن يأخذ باحكام الفقه الاسلامي فأجاز في المادة ٥٦٤ أن تكون الاجرة شيئا آخر غير النقود ، كجزء من المحصول أو الانتفاع بشيء آخر مقابل الانتفاع بالمؤجر .

وتستلزم قواعد المجلة تعيين الاجرة والا وقع الإيجار فاسدا غير أنها تفرض اجر المثل بالغا ما بلغ اذا كان فساد الاجارة بسبب كون البديل مجهولا (المادة ٤٦٣) . ولذا لم يجد المشروع حرجا في أن يأخذ في المادة ٥٦٥ بالحكم الوارد في قانون الإيجارات الكويتي قتلا عن التقنين المصري والذي يقرر انه اذا لم يعدد المتعاقدان الاجرة ولا الاساس الذي يقوم عليه تقديرها ، وكذلك اذا تمدد على أيها الثبات الاجرة التي اتفقا عليها ، فان اجرة المثل وقت ابرام العقد تكون هي الواجبة ويحدها القاضي بمراعة جميع العناصر اللازمة لذلك ، ويبقى عقد الإيجار صحيحا . وغنى عن البيان ان مجال الاخذ بهذا الحكم هو اغفال الاتفاق على الاجرة أو اسس تقديرها ، أو تعذر اثبات مقدار الاجرة المتفق عليها ، اما اذا حاول المتعاقدان الاتفاق على الاجرة فلم يستطعا ، فان الإيجار يكون باطلا لان المتعاقدين قد تمدد عليهما الاتفاق على ركن من أركان العقد .

بقيت المدة ، وهي ركن لا يتم الإيجار الا به ، فإذا عرض المتعاقدان للمدة واختلفا في تصديدها ، كان الإيجار باطلا لعدم توفر الرضا وإذا كان المتعاقدان يتفقان عادة على المدة وعلى تاريخ بدنها ، غير انه يقع في بعض الاحيان انها لا يعرضان اطلاقا لشيء من ذلك ولكن هذا الاغفال لا يجعل الإيجار باطلا ، بل يظل صحيحا ويتكفل المشروع في هذه الحالة بتحديد المدة وتاريخ بدنها كذلك قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الإيجار لمدة معينة ، أو يتفقان على مدة معينة ولكن لا يستطيع

من العوائق التي تحول دونّ ارتفاعه به .

أما قانون إيجار المقارن والإمان - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فقد قامت أحكامه (في حدود ومجال تطبيقه) على أساس أن المؤجر ملزم بتسكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فهو ملزم بتسليم العين ذاتها وملحقاتها وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمالها على أن يكون ما يسلمه في حالة يصاح معها لأن يبقى بما أعدت له العين من المنفعة وذلك طبقاً لما تم عليه الاتفاق أو لا يقضى به العرف وطبيعة الأشياء . فإذا سلت العين في حالة لا تكون معها صالحة لاستيلاء المنفعة القصودة ، أو كانت في حالة ينقص معها الانتفاع نقصاً كبيراً . فإن المستأجر يكون بالخيار بين فسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى (المادة ٧ من القانون) .

وطبقاً لنصوص المشروع ، يلتزم المؤجر بتسليم المأجور تسليماً صحيحاً والتسليم الصحيح لا يكون إلا بتسليم الشيء وملحقاته في حالة صالحة للانتفاع به كل الانتفاع المقصود من إيجاره (المادة ٥٩٩) . ويرجع في معرفة ذلك إلى اتفاق المتعاقدين ، فإن لم يوجد وجب الرجوع إلى اتفاق الشيء ذاته . وتقريباً على ذلك يلتزم المؤجر قبل التسليم بإجراء جميع الإصلاحات اللازمة لهيئة المأجور للانتفاع به ، على النحو المقصود ، ولو كانت من قبيل الإصلاحات التي يلتزم بها المستأجر بعد تسلم المأجور وأثناء مدة الإيجار .

ولكن للمتعاقدين أن يتفقا على خلاف ذلك فيشترط المؤجر أن يسلم الشيء في الحالة التي هو عليها وقت التسليم ، أو يشترط المستأجر تسليمه في حالة معينة ، بعد القيام بأعمال كمالية لزخرفته وتجميله على سبيل المثال . فإذا لم يحم المؤجر بتسليم المأجور تسليماً صحيحاً ، بأن سلمه غير كامل أو بتغير ملحقاته ، أو سلمه في حالة لا يكون فيها صالحاً للانتفاع الذي أجر من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، أو كان الشيء في حالة من شأنها أن تعرض المستأجر أو من يعيشون معه أو يعملون لديه لخطر جسيم ، أو لم يحم بما تعهد به من إصلاحات أو إضافات للشيء المؤجر قبل تسليمه ، فإنه يكون للمستأجر في جميع هذه الأحوال أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض في الطالين إن كان له مقتضى (المادة ٥٧٠) وكل ذلك دون إخلال بحقه في طلب التنفيذ العيني وفقاً لما يقضى به القانون .

وقبلاً عدا ما تقدم ، فإنه يسرى على الالتزام بتسليم المأجور ما يسرى على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام (المادة ٥٧١) . وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد المأجور وملحقاته والعجز والزيادة فيه . وكل هذه أحكام مستوحاة من القانون المصري والقوانين التي أخذت عنه .

أى منها أن يثبت ما اتفقا عليه في ذلك . قضى هاتين الحالتين أيضاً لا يكون الإيجار باطلاً ، بل يكون صحيحاً ، ويتكفل المشروع بتحديد المدة على نفس الوجه الذي يحدد به المدة في الحالة الأولى .

أما بالنسبة لبدة المدة ، فإنه إذا لم يعين المتعاقدان تاريخ بدء الإيجار ، فإنه يبدأ من تاريخ العقد (المادة ٥٦٦ من المشروع) وقارن المادتين ٤٨٥ و ٤٨٦ من المجلة) .

وأما بالنسبة لتحديد المدة ، فإنه إذا عقد الإيجار دون اتفاق عليها فإن الإيجار يعتبر نافذاً منقداً للمدة التي حددت عنها الأجرة ، وكذلك يكون الحال لو عقد الإيجار لمدة غير معينة أو تعذر ثبات مدته (المادة ٥٦٧ / ١ من المشروع) .

وينتهي الإيجار بانقضاء هذه المدة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء قبل نصفها الأخير على ألا يزيد ميعاد الإخلاء على ثلاثة أشهر (المادة ٥٦٧ / ٢) وغنى عن البيان أنه إذا لم يحصل التنبيه في ميعاده يمتد الإيجار لفترة أخرى تبدأ من انتهاء الفترة السابقة وهكذا حتى يصدر التنبيه في ميعاده . وإذا اتفق المتعاقدان على تحديد مدة معينة صح اتفاقهما والتزم به ، ما دامت هذه المدة لا تجعل الإيجار مؤبداً أو في حكم المؤبد . وكل ذلك مسع مراعاة النصوص الأخرى التي تحدد المدة في بعض الأحوال ، كمن له حق الإدارة لا يجوز أن يُؤجر لمدة تزيد على ثلاث سنين .

أما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون الإيجار مؤبداً ، وكذلك إذا اتفقا على مدة طويلة تجعل الإيجار في حكم العقد المؤبد . فإن المشروع ينص في المادة ٥٩٨ منه على أن المدة ترد إلى خمسة وعشرين سنة ولكن المشروع أجاز أن يكون الإيجار لمدة حياة المستأجر أو المؤجر ، حتى لو امتد لمدة تزيد على خمسة وعشرين سنة .

(نانيا) آثار الإيجار :

١ - التزامات المؤجر :

تعرض المواد ٥٦٩ - ٥٨٥ لالتزامات المؤجر . وهي التزامات إيجابية ويؤدي مجموعها إلى التزام المؤجر بأن يسكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور . فإلى جانب التزامه بالتسليم ، يلتزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة ، كما يلتزم بضمان التعرض وضمان العيب .

ويلاحظ أن مجلة الأحكام المدلية تضع على عاتق المؤجر التزامين أساسيين : أولهما بتسليم المأجور والثاني بترك المستأجر ينتفع به طوال مدة الإجارة . فإذا انقضت الإجارة الصحيحة لزم تسليم المأجور للمستأجر (م ٥٨٣) . ويكون ذلك بإجازة الأجر ورخصته للمستأجر بأن ينتفع به بلا مانع (م ٥٨٢) . ومن ثم يلتزم بأن يسلم المأجور للمستأجر خالياً

فطبقاً للقواعد العامة يجوز للمستأجر أن يلجأ إلى القضاء لمطالبة المؤجر بإجراء الإصلاحات أو الترميمات الضرورية التي تقع على عاتقه ، وبحكم القضاء بالزام المؤجر بإجراء هذه الإصلاحات ويحدد له ميعاداً للقيام بها . ولكن طبقاً للمادة ٥٧٣ من المشروع يجوز للمستأجر عند إخلال المؤجر بالتزامه بإجراء الإصلاحات أن يحصل على إذن من القضاء بإجرائها بنفسه وفي استيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة كما يجوز له ، دون حاجة إلى هذا الإذن ، أن يقوم بإجراء هذه الإصلاحات بنفسه على أن يستوفي ما إنفقه خصماً من الأجرة ، وذلك بعد اعتذار المؤجر طبقاً للقواعد العامة ، بشرط أن تكون الإصلاحات بسيطة لا تبرر اللجوء إلى القضاء ، أو مستعجلة لا تحتمل الإبطاء حتى ولا الانتجاع إلى القضاء المستعجل . ويستوى أن تكون الحاجة إلى الإصلاح قائمة وقت بدء الانتفاع أو طرأت بعد ذلك بغير خطأ من المستأجر .

وغنى عن البيان أن المستأجر إذا أجرى الإصلاح بغير ترخيص من القضاء فانما يقوم بذلك على مسؤوليته . وللقضاء أن يستوثق بعد ذلك - إذا رفع المؤجر إليه الأمر - من توافر الشروط السابقة حتى يترخص خصم التفقات من الأجرة .

كذلك يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار - بدلا من التنفيذ العيني - إذا كان حرمانه من الانتفاع بالمأجور بسبب حاجته إلى الإصلاح ، حرماناً جسيماً يبرر الفسخ . ويضعف هذا الطلب لتقدير القضاء ، فله أن يجيب المستأجر إلى الفسخ أو أن يمهل المؤجر ليقوم بالإصلاح .

وأخيراً يجوز للمستأجر أن يطلب من القضاء انقاص الأجرة - بدلا من التنفيذ العيني ومن الفسخ - وذلك على أساس أن نقص الانتفاع بالمأجور بسبب عدم إجراء الإصلاحات ، يقابله نقص مناسب في الأجرة ، وللقضاء أن يجيبه إلى طلبه إن كان ثمة مبرر لذلك .

وسواء اختار المستأجر التنفيذ العيني أو الفسخ أو انقاص الأجرة ، فإن له الحق في جميع الأحوال أن يطلب تعويضه عما أصابه من ضرر في شخصه أو ماله وكذلك تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب نقص الانتفاع بالمأجور سواء كان هناك خطأ في جانب المؤجر أو كانت الحاجة إلى الإصلاح أو الترميم ناشئة عن سبب أجنبي .

وهناك نوع آخر من الإصلاحات أو الترميمات الضرورية، عرض له المشروع في المادة ٥٧٤ ، وهي الإصلاحات اللازمة ، لا للانتفاع بالمأجور بل لحفظه من الهلاك وهذه تكون على المؤجر ولكنها أيضاً من حقه ، ولذلك فلا يجوز للمستأجر أن يمنع من إجرائها ولو أخلت بانتفاعه ، لأن حفظ المأجور من الهلاك مقدم على انتفاع المستأجر به . ولكن يشترط في هذه

أما عن التزام المؤجر بتعمد المأجور بالصيانة ، فيلاحظ بادئ ذي بدء أنه في الفقه الحنفي - وفي المجلة أيضاً - لا يلتزم المؤجر الا بترك المستأجر ينتفع بالمأجور مدة الاجارة . وليس للمستأجر أن يلزمه بإجراء أى اصلاح فيه وقت بسده الاجارة ولا في أثناء سريانها ، لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولا على ازالة العيب عنه . فالتزام المؤجر فيما يتعلق بانتفاع المستأجر بالمأجور ، التزام سلبى بحت .

ولكن التقنينات العربية جميعها ، حتى تلك التي لم تلتزم المؤجر بتسليم المأجور الا بالحالة التي يكون عليها وقت العقد ، كالتقنين العراقي ، (قارن المادتين ٧٤٢ و ٧٥٠ من) تلزم المؤجر بتعمد المأجور بالصيانة طوال مدة الاجار . وكذلك فصل قانون ايجار العقارات الحالي قازم المؤجر بتعمد العين المؤجرة بالصيانة وبالقيام في أثناء الاجارة بالترميمات الضرورية (المادة ٨ فقرة أولى) .

وقد سائر المشروع هذا النظر ، فالزم المؤجر بتعمد المأجور بالصيانة حتى بعد تسليمه إلى المستأجر ، ويستمر التزامه بذلك طوال سريان مدة الإيجار ، حتى يظل المأجور في حالة يصلح معها للانتفاع به الانتفاع المقصود (المادة ٥٧٤ من المشروع) - وعلى ذلك يلتزم المؤجر بتخصيص الأسطح وبإصلاح الصعد أو السلم ، وبنزح المراحيض وبإجسره الإصلاحات الهامة (الكبيرة) في دورات المياه وأجهزة الكهرباء والتكييف ومواسير المياه وبكل ما يقضى العرف بجعله على المؤجر ما دامت حاجة المأجور إلى هذه الإصلاحات أو الترميمات غير راجعة إلى فعل المستأجر أو أحد من ذويه . كما يلحق بهذه الإصلاحات تكاليف المأجور من رسوم أو ضرائب ، - كرسم السيارة المؤجرة - وغير ذلك مما لا ينص القانون على تحصيل المستأجر به .

ولكن المؤجر لا يلتزم بشن المياه والكهرباء التي يستهلكها المستأجر ولا بنفقات تشغيل الشيء المأجور - كتنشيد البنزين والزيت وأجرة التشحيم كما لا يلتزم بعمل التصليلات التي لا تكون ضرورية للانتفاع بالمأجور فهو لا يلتزم مثلاً بأعمال الزخرفة والتجميل ولا بإجراء الإصلاحات العادية التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالاً مألوفاً .

ومع ذلك فهذه الأحكام ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على خلافها .

فإذا لم يتم المؤجر بالتزامه من اجراء الإصلاحات والترميمات الضرورية اععمالاً لما تقتضيه المادتان ٥٧٠ و ٥٧٢ ، يكون للمستأجر أن يطلب اما التنفيذ العيني ، وأما فسخ الإيجار أو انقاص الأجرة على حسب الاحوال ، مع التعويض إن كان له مقتضى ، ولكن بشرط أن يقوم أولاً بأعداد المؤجر .

المدة ، وعند المالكية ينفسخ عقد الايجار بتلف العين المتعلقة بها المنفعة المطلوبة ، بحيث لا يمكن للمستأجر أن يستوفيهما ، كما اذا استأجر شخص دارا فاهدمت أو اكرت دابة فنفتت . والرأي كذلك عند الشافعية والحنابلة ، ولكن الشافعية يشترطون للنفسخ أن يكون التلف تاما . أما اذا تلف بعض العين مع امكان الانتفاع بما بقي منها ، فان الاجارة لا تنفسخ بذلك ويكون للمستأجر الخيار في هذه الحالة بين أن يسكن أو يخرح .

وقد فرق المشروع بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للمأجور . ففي حالة الهلاك الكلي ، ينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، اذا كان الهلاك راجعا لسبب اجنبي لا يد لاحد المتعاقدين فيه (المادة ١/٥٧٥) .

أما في حالة الهلاك الجزئي - وكذلك اذا أصبح المأجور في حالة لا يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة - فانه يكون للمستأجر ، اذا لم يكن له يد في ذلك ، أن يختار بين التنفيذ العيني وبين الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض في جميع الاحوال ان كان له مقتض .

فيستطيع المستأجر طبقا للمادة ٢/٥٧٥ من المشروع أن يطلب المؤجر باصلاح المأجور وعادته الى أصله ليتسكن من الانتفاع به انتفاعا كاملا ، وان يحدد للمؤجر ميعادا مناسباً للقيام بذلك . ويستوى في ذلك أن يكون الهلاك الجزئي - أو الخلل في الانتفاع - بخطأ المؤجر أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة - فاذا لم يتم المؤجر باعادة المأجور الى أصله في الميعاد المحدد ، الذي يخضع تقديره لرقابة القضاء ، جواز للمستأجر أن يقوم بنفسه باصلاح المأجور وعادته الى أصله وفقا للاحكام الواردة في المادة ٥٧٣ من المشروع .

ولكن يشترط في ذلك الا تكون نفقات اعادة المأجور الى أصله باهظة لا تتناسب مع الاجرة التي يتقاضاها المؤجر ، وذلك اذا لم يكن الهلاك الجزئي أو الخلل فسى الانتفاع ناجما عن خطأ المؤجر ، والا فليس ان يصلح خطأه طبقا للقواعد العامة ، أما اذا لم يكن هناك خطأ في جانبه ، فلا يصح ارهاقه بتحمل نفقات باهظة لا تتناسب مع الاجرة التي يتقاضاها ، ولا يجوز للمستأجر عندئذ الا أن يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة .

ويجوز للمستأجر ، اذا لم يختار التنفيذ العيني على الوجه المتقدم أن يطلب : اما فسخ الايجار ، اذا كان الهلاك الجزئي أو الخلل في الانتفاع جسيما بحيث يفوت عليه الانتفاع بالمأجور الانتفاع المقصود . واما انقاص الاجرة اذا كان الهلاك الجزئي أو الخلل في الانتفاع غير جسيم وانما يؤثر في الانتفاع بالمأجور تأثيرا لا يتسكن منه من استيفاء المنفعة المقصودة كاملة .

الاصلاحات أن تكون ضرورية لحفظ المأجور ، فان لم تكن ، بأن كانت لادخال تحسينات أو زيادات على المأجور أو كانت لاعادته لمستأجر آخر يخلف المستأجر بعد انتهاء عقده . فانه لا يكون للمؤجر حق في اجرائها الا اذا اشترط هذا الحق على المستأجر أو حصل على اذن منه باجرائها . أما اذا كانت هذه الاصلاحات ضرورية لحفظ المأجور فانه يكون للمؤجر الحق في القيام بها ولو عارض المستأجر بل حتى لو اقتضى الامر تخليه عن المأجور المدة اللازمة للقيام بها .

ويشترط أيضا في هذه الاصلاحات أن تكون مستعجلة وعبء اثبات استعمالها يقع على المؤجر ، فاذا لم تكن كذلك ، وكان من الممكن ارجاؤها حتى تنتهي مدة الايجار - لم يكن للمؤجر حق في اجرائها اذا عارض المستأجر ، بل يجب أن يترص حتى ينتهي الايجار ليقوم بها . ويجب على المؤجر أن يخطر المستأجر بعزمه على اجراء الاصلاحات قبل بدئها بمدة مناسبة حسب حالة الاستعمال ، حتى يأخذ المستأجر أهيته لذلك ، كما يجب على المؤجر أن يبذل العناية الواجبة في القيام بهذه الاصلاحات فيختار أسير السبل لاجرائها حتى لا يجشم المستأجر الا أقل ضرر ممكن ، وحتى لا يستغرق الا المدة اللازمة لاجرائها دون ابطاء ، فاذا ترتب على قيام المؤجر بهذه الاصلاحات اخلال كلي أو اخلال جسيم بالانتفاع بالمأجور ، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الايجار ، أما اذا ترتب على اجراء الاصلاحات اخلال جزئي غير جسيم بالانتفاع بالمأجور فانه يكون للمستأجر أن يطلب انقاص الاجرة أثناء مدة الاصلاح وذلك بنسبة التلف في الانتفاع .

وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمستأجر أن يفسخ الايجار بنفسه أو أن ينقص الاجرة دون حكم او اتفاق مع المؤجر ، ولكن حق المستأجر في فسخ الايجار يسقط اذا ظل محتفظا بالمأجور حتى تمام الاصلاحات . وعندئذ لا يكون له الا طلب انقاص الاجرة . ومع ذلك فانه يجوز الاتفاق على خلاف هذه الاحكام ، كان يشترط للمؤجر على المستأجر الا يرجع عليه بدورها مهما طالت مدة الاصلاح .

وقد يهلك المأجور هلاكا كلياً أو جزئياً ، سواء من جراء عدم القيام بالترميمات اللازمة لحفظ العين أو بخطأ من المؤجر أو المستأجر أو بقوة قاهرة ، وفي الفقه الحنفي ، اذا كان المأجور منقولاً وهلك ، انفسخت الاجارة بهلاكه ، ولكنهم اختلفوا في حكم هلاك العقار (الدار) ، فذهب بعضهم الى انفساخ الاجارة بهلاكه ، وذهب رأي الي بقاء الاجارة رغم هلاكه ولكن تسقط الاجرة فلا يلتزم المستأجر بدفعها ، لعدم تمكنه من الانتفاع بالمأجور ، وهو شرط لوجوب الاجرة (قارن المادة ٤٧٨ من المحلة والمادة ١/٦٩٧ من الترتين الاردني) . فاذا أعاد المؤجر بناء الدار يجوز للمستأجر أن يسكنها في بقية

المؤجر هنا ، الأشخاص الذين تقوم بينهم وبين المؤجر صلة تكون هي التي مكنت لهم من التعرض للمستأجر فيعتبر من اتباع المؤجر خدمه ومستخدموه ، وعمله وأهل بيته . وكل من يصل محله في مباشرة حقوقه أو تنفيذ التزاماته الناشئة من عقد الإيجار : كالتقاول والمهندس عند قيامهما بإجراء اصلاحات وترميمات لازمة للمأجور بتكليف من المؤجر . فاذا وقع من أحد هؤلاء تعرض للمستأجر ، ولو كان تعرضا ماديا ، اعتبر هذا التعرض كانه صادر من المؤجر نفسه ، فيصبح مسئولاً عنه ويجب عليه الضمان .

فاذا صدر تعرض مادي أو تعرض مبني على سبب قانوني من المؤجر للمستأجر ، كان للمستأجر ، طبقاً للقواعد العامة . أن يطلب بعد اعدار المؤجر ، التنفيذ العيني ، اذا كان ميكناً ، فيقتضى له بوقف التعرض . بل يجوز للمستأجر ، حتى يدفع المؤجر الى التنفيذ العيني ان يحبس الاجرة عنه الى ان يقوم بوقف تعرضه . وللمستأجر بدلا من طلب التنفيذ العيني أن يطالب فسخ الإيجار اذا اختل انتفاعه اختلالا جسيما ، او ان يطالب اقصاف الاجرة اذا لم يكن اختلال الانتفاع بالجسامة التي تبرر الفسخ . وسواء طلب المستأجر التنفيذ العيني ، أو الفسخ ، أو اقصاف الاجرة ، فإن له ان يطلب ايضا التعويض عما اصابه من الضرر بسبب اخلال المؤجر بالتزامه .

وغنى عن البيان انه يجوز الاتفاق على تعديل هذه الاحكام بزيادة الضمان او اقصافه او اعفاء المؤجر من المسؤولية في حدود ما يقضى به القانون .

أما تعرض الغير المبني على سبب قانوني ، فيتحقق بادعاء الغير حقا يتعارض مع حق المستأجر ، يستوى في ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا عينيا او حقا شخصيا : كأن يدعي الغير انه اشترى المأجور من المؤجر وان الإيجار لا يسرى في حقه . أو يدعي انه استأجر المأجور من نفس المؤجر وانه مفضل في إيجاره على المستأجر الاول ، او يدعي على المأجور حقا يتعارض مع حق المستأجر كحق انتفاع او حق رهن حيازة أو حق ارتفاق . ويستوى في ذلك ايضا أن يكون الحق الذي يدعيه الغير مستمدا من المؤجر نفسه او غير مستمد منه ، وان يكون سابقا على عقد الإيجار أو تاليا له . وفي هذا يختلف ضمان تعرض الغير في الإيجار عنه في البيع . فضمان تعرض الغير يتحقق في الإيجار اذا ادعى الغير حقا ثبت له بعد الإيجار ، ولو كان هذا الحق مستمدا من غير المؤجر . أما في البيع ، فلا يتحقق ضمان البائع لتعرض الغير اذا ادعى هذا حقا مستمدا من غير البائع بعد عقد البيع .

وعلى عكس الهلاك الكلي ، لا يفسخ الإيجار من تلقاء نفسه أو تنقص الاجرة بحكم القانون . بل يجب ، اذا لم يحصل اتفاق بين المتعاقدين ان يصدر حكم بذلك . والمحكمة هي التي تقدر ما اذا كان هناك محل للفسخ أو انه يكفي باقصاف الاجرة وغنى عن البيان انه سواء الفسخ الإيجار من تلقاء نفسه - في حالة الهلاك الكلي - أو طلب المستأجر التنفيذ العيني أو الفسخ أو اقصاف الاجرة - في حالة الهلاك الجزئي - فإنه يكون له ايضا الحق في طلب التعويض ، ما لم يكن الهلاك أو التلف راجعا الى سبب لا يد للمؤجر فيه .

وتعرض المواد من ٥٧٦ الى ٥٧٩ للاحكام ضمان التعرض . و طبقا للمجلة ، يلتزم المؤجر بضمان تعرضه الشخصي ، فلا يجوز له ان يأتي عملا يؤدي الى حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو الاخلال بانتفاعه به . فيجب ان يبقى المأجور في حيازة المستأجر للانتفاع به طوال مدة الإيجار ، مثلا لو استأجر احد مركبة لكذا مدة ، أو على ان يذهب الى المحل الثاني ، فله ان يستعمل المركبة المذكورة في طرف تلك المدة أو الى ان يصل ذلك المحل ، وليس لصاحبها ان يستعملها في تلك الاثناء في اموره . (المادة ٥٨٣ من المجلة) . والجزء على الاخلال بهذا الالتزام ، سقوط الاجرة بقدر ما يترتب على التعرض من نقص في المنفعة . وكذلك اذا غصب المأجور من المستأجر اثناء مدة الإيجار سقطت الاجرة مدة الغصب لزوال التسليم .

ويلاحظ أن المشروع سبق ان عرض لاحكام التعرض والاستحقاق في الفصل الخاص بالبيع ، ولكنه عاد ووضع خصوصا خاصة بذلك فيما يتعلق بالإيجار ، لما له من خصائص يتميز بها عن البيع ، مع اعتبار الاحكام الواردة في البيع هي الاصل الذي يرجع اليه فيما لم يرد في شأنه نص خاص وبالقدر الذي يتفق مع طبيعة العقد .

وطبقا لهذه النصوص يضمن المؤجر تعرضه الشخصي مطلقا ، كما يضمن تعرض الغير اذا كان مبني على سبب قانوني ، ولكنه لا يضمن التعرض المادي من الغير .

فالمؤجر يلتزم أولا بعدم التعرض للمستأجر ، في استيفائه المنفعة المعتود عليها ، طوال مدة الإيجار ، سواء كان التعرض ماديا ، أو كان مبني على سبب قانوني ، ويعتبر تعرضا ماديا يجب على المؤجر الامتناع عنه ، ان يحدث في المأجور أو في ملحقاته تغيرا يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المقصودة (الفقرة الاولى من المادة ٥٧٦) وهي صورة خصها النص بالذكر تنوعا بأهيتها .

والمؤجر يضمن للمستأجر ايضا التعرض الصادر من اتباعه ، (الفقرة الثانية من المادة ٥٧٦) . والقصد باتباع

المستأجرين لمأجور واحد . ذلك انه اذا استأجر أكثر من شخص نفس المأجور ممن يملك حق تأجيره ، وكانت مدة الايجار واحدة أو بالتقريب متداخلة ، جاز ان يتعرض كل منهم للآخرين مستندا الى حق يتعارض مع حقوقهم . فاذا فضل أحدهم طبقا للقاعدة الواردة في النص ، كان لباقيهم ان يرجع بضمآن الاستحقاق على المؤجر .

وقد عرضت المحلة لهذه الصورة في المادة ٥٨٩ منها ، وفضلت المستأجر السابق باجارة لازمة ، أما الاجارة اللاحقة (في التاريخ) فتكون غير نافذة وغير معتبرة . فلو أجزر أحد مالا له ، عقارا او منقولا على مدة معلومة يبدل معلوم اجارة لازمه . ثم أجزر أيضا المالك تلك المدة نفسها مرة ثانية من غير المستأجر ، فلا يطرأ خلل على الاجارة الاولى ولا تكون الاجارة الثانية نافذة لا في حق الأجر ولا المستأجر الاول . وفرع شراح المحلة على عدم نفاذ الاجارة الثانية في حق المستأجر الاول ، أن تكون موقوفة بالنسبة له ، فله اذا شاء ان يجيزها والاجارة تكون له ، واذا شاء فسُخها وأبطلها . كما فرعوا على عدم نفاذها في حق الأجر ، انه اذا سقط حق المستأجر بانفساخ اجارته بالاقالة أو بغيرها ، لا يلزم الأجر تسليم المأجور للمستأجر الثاني .

ولم تعرض التفتينات الاجنبية لهذه الصورة (كما لم يعرض لها أيضا كثير من التفتينات العربية : كالعراقى والبنبانى . والاردنى والتوسنى والمغربى) ولكن ممكنة النقص الفرنسية . استقرت في احكامها الحديثة على أن المفاضلة بين المستأجرين المتعاقبين ، تكون على اساس الاسبقية في تاريخ عقد الاجار . فمن كان من المستأجرين عقده اسبق في ثبوت التاريخ كان هو الذى يتقدم ، حتى ولو سبقه مستأجر آخر في وضع يده . فبالرغم من اعتبار حق المستأجر حقا شخصيا ، فانه يسرى في مواجهة الغير . سواء كان هذا الغير متلقيا للملكية المأجور (م ١٧٤٣ مدينى فرسى) أو كان مستأجرا لاحقا .

وقد وضع التقنين المصرى قاعدة أخرى للمفاضلة بين المستأجرين المتعاقبين ، تخالف ما ورد في المحلة وما استقر عليه القضاء الفرنسى . فن وضع يده اولاد دون غش ، أو من سجل عقده اولاً (اذا كان المأجور عقارا) وهو حسن النية ، قبل ان يضع مستأجر آخر يده او قبل ان يتجدد عقد اجارته ، يكون هو المفضل . وحذا كل من التقنين السورى (م ٥٤١) ، والتقنين الليبى (م ٥٧٣) ، والصومالى (م ٥٣٥) ، حدو التقنين المصرى في ذلك واقام التقنين السودانى التفضيل بين المستأجرين ، على اساس الاسبقية في وضع اليد مع حسن النية ، ثم على اساس الاسبقية في التعاقد (م ٤٦٦) ، كما أعطى التقنين الجزائرى الاولوية لمن سبق من المستأجرين الى وضع اليد بغير غش (م ٥٨٥) .

فاذا حصل التعرض على الوجه المتقدم ، وجب على المستأجر أن يبادر الى اخطار المؤجر بذلك (المادة ٥٧٧ فقرة أولى) حتى يتمكن من دفع التعرض في الوقت المناسب والا تحمل المستأجر مسئولية عدم الاخطار طبقا للقواعد العامة . فاذا نصح المتعرض في تعرضه ، رجع المستأجر على المؤجر بضمآن الاستحقاق وجاز له - بحسب الاحوال - ان يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى (المادة ٥٧٧ فقرة ثانية) .

ولكن المؤجر لا يضمن للمستأجر التعرض الصادر من الغير الا اذا كان مبنيا على سبب قانوني فما دام المتعرض لا يدعي حقا على المأجور ، فلا ضمان على المؤجر (المادة ٥٧٨) ما لم يتفق على غير ذلك - وللمستأجر ان يواجه الاعتداء بما خوله القانون من وسائل ، فيكون له ان يحيى حيازته ضد المتعرض بجميع دعاوى الحيازة (وضع اليد) اذا كان المأجور عقارا . ويكون له ان يرجع على المتعرض بالتعويض طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، كما يكون له ان يلجأ الى القضاء الجنائى اذا انطوت أعمال المتعرض على جريمة يعاقب عليها القانون .

ومع ذلك ، اذا وقع تعرض مادى من الغير ولم يكن للمستأجر قبل بدفعه ، وكان هذا التعرض من الجسامه بحيث يحرم المستأجر من الانتفاع بالمأجور او ينقص انتفاعه به اقصا كبيرا ، جاز له - بحسب الاحوال - ان يطلب فسخ العقد او انقاص الاجرة (المادة ٥٧٩) . والحق الذى يعطيه هذا النص للمستأجر في طلب الفسخ او انقاص الاجرة لا يتأسس على ضمان التعرض ، لان المؤجر غير مسئول عن التعرض المادى من الغير الا اذا اشترط عليه المستأجر ذلك . وانما يتأسس على تحمل المؤجر لتبعية حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور ، ويمثل تحمله لهذه التبعية في حق المستأجر في طلب فسخ الاجار او انقاص الاجرة ، دون ان يكون له الحق في مطالبة المؤجر بالتعويض ، لان التعويض جزاء للمسئولية عن الضمان ولا محل لهذا الجزاء في تحمل تبعية حرمان المستأجر من الانتفاع بالمأجور . على انه يشترط تطبيق هذا النص ان يكون التعرض قد وقع ، لا على المأجور ذاته ، بل على انتفاع المستأجر به ، كان تقع حرب او تقوم ثورة ترغم المستأجر على ترك المأجور وتعمره من الانتفاع به . اما اذا كان التعرض قد وقع على المأجور ذاته ، فادى الى هلاكه هلاكا كلياً أو جزئياً ، فانه تسرى في هذه الحالة الاحكام المتعلقة بهلاك المأجور التي تضمنتها المادة ٥٧٥ من المشروع .

ويعرض المشروع على المادة ٥٨٠ لصورة مألوفة من صور تعرض الغير المبنى على سبب قانوني ، وهي التنازع بين

بالانتفاع أن يطلب فسخ الإيجار أو انقاص الاجرة • والمحكمة هي التي تقدر هذه الجسامة، فلها ان تجيب المستأجر الى طلب الفسخ أو تكثفي بانقاص الاجرة • ولكن يشترط، في كل ذلك الا يكون عمل السلطة ناجما عن عمل يميز الى المستأجر كما يشترط أن يكون هناك قصص كبير في الانتفاع، يسوغ الفسخ أو الانقاص • أما اذا كان النقص في الانتفاع يسيرا، فانه لا يكون ثمة مبرر لا لالفسخ ولا لانقاص الاجرة •

على انه اذا كان عمل السلطة العامة قد صدر لسبب يكون المؤجر مسئولاً عنه فان المؤجر يكون ملتزماً بالضمان، ويكون مسئولاً ليس فحسب عن فسخ الإيجار أو انقاص الاجرة، بل ايضا عن التعويض ان كان له مقتض •

وكل هذا ما لم يتم الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على غيره فيجوز أن يشترط المستأجر على المؤجر ان يكون مسئولاً عن اى عمل يصدر من السلطات العامة، كما يجوز ان يشترط المؤجر على المستأجر عدم مسئوليته عن هذه الاعمال أو التخفيف من مسئوليتها عنها •

وغني عن البيان انه اذا كانت اعمال السلطة العامة قد صدرت مخالفة للقانون، ومن باب اولى اذا كانت من قبيل الاعمال المادية، فانها تكون مسن قبيل التعرض للمدى الذى لا يضمنه المؤجر، وتسرى في شأنه احكام المادة ٥٧٨ من المشروع •

وتعرض المادتان ٥٨٢ و ٥٨٣ من المشروع لضمان العيوب الخفية • وهو آخر التزام من الالتزامات الايجابية التي قررها المشروع في ذمة المؤجر • ويلاحظ انه في المجلة - وفي الفقه الحنفي أيضا - يكون العيب موجبا للخيار، اذا كان سببا لفتوات المنافع المقصودة بالكلية، أو الاخلال بها • أما النواقص التي لا تظلم بالمنافع فليست موجبة للخيار في الاجارة (م ٥١٤)

ولو اقتصت العين • لان العقود عليه في الإيجار هو المنفعة لا العين • ويثبت الخيار للمستأجر، سواء كان العيب موجودا وقت العقد أو طرأ بعد ذلك في مدة الإيجار (م ٥١٥) ولكن يجب ثبوت الخيار، اذا كان العيب موجودا وقت القبض، الا يعلم به المستأجر، فاذا علم به، وقبض مع ذلك المؤجر كان راضيا به وسقط خياره • ويترتب على العيب ثبوت الخيار للمستأجر، ان شاء استوفى المنفعة مع العيب واعطى تسام الاجرة، وان شاء فسخ الاجارة (م ٥١٦) وليس له المطالبة بانقاص الاجرة • فاذا ازال المؤجر العيب الحادث قبل فسخ الاجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ (م ٥١٧) • وتسرق المجلة في الفسخ - مقننة في ذلك الفقه الحنفي - بين العيب الذى يخل بالمنفعة والعيب الذى يفتوات المنافع المقصودة بالكلية،

اما قانون ايجار العقارات الحالي - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فأخذ بقاعدة مماثلة للقاعدة التي وضعتها التفتين المصرى، فيفضل ما وضع يده اولا دون غش أو من التبت تاريخ مقدمه وهو حسن النية • قبل ان يضع المستأجر آخر يده على العين المؤجرة (المادة ١٥ من القانون) • ولما كان هذا القانون لا ينطبق الا على العقارات (م ١)، فان المفاضلة بين المستأجرين للمتقول تظل على اساس الاستبقية في التعاقد طبقا لاحكام المجلة •

وقد وضع المشروع في ذلك قاعدة مقتضاها انه اذا سبق احد المستأجرين الى وضع يده على المأجور وهو حسن النية، فانه يكون حينئذ اولى بالتفضيل على غيره من المستأجرين ولو كانت عقودهم سبق في التاريخ • وهو حكم يتفق مع القواعد العامة، لان وضع المستأجر يده على المأجور، هو استيفاء لحقه كدائن شخصي للمؤجر • ومن معنى الاستيفاء للحق يبيح، التفضيل • ولا يبقى للمستأجرين الآخرين، سوى الرجوع على المؤجر بالتعويض على اساس ضمان الاستحقاق •

والمقصود بحسن النية في وضع اليد ان يكون المستأجر وقت وضع يده على المأجور لا يعلم بوجود عقد سابق على عقد ايجاره، فان كان يعلم بأن هناك مستأجرا استأجر المأجور قبله، فانه لا يكون حسن النية، ولا يكون اولى بالتفضيل •

فان لم يكن احد المستأجرين قد وضع يده على المأجور بحسن نية، فان السابق منهم في التعاقد، هو الذى يفضل وهو نفس الحكم الذى يأخذ به التفتين السوداني •

وقد أغفل المشروع ما نص عليه القانون الكويتي (في الفترة الاخيرة من المادة السادسة) وبعض القوانين الاخرى - من انه اذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين، فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التعويض، لان ذلك غير مقصود •

وبعرض المشروع في المادة ٥٨١ للاعمال الصادرة من السلطات العامة، والتي يترتب عليها حرمان المستأجر من انتفاعه بالمأجور أو الاخلال بالانتفاع به، والعمل الصادر من السلطة العامة قد يكون قرارا من جهة الادارة، كما هو الغالب، كترار يصدر بنزع الملكية أو الاستيلاء المؤقت على العقار المأجور • أو قرار بمنع عرض فيلم سينمائي استأجرته احدى دور العرض • ولكنه يجوز أيضا أن يكون عملا صادرا من الهيئة التشريعية أو الهيئة القضائية، كقانون بتحديد الانتفاع بالمأجور (تحديد زراعة معينة)، أو حكم من القضاء بفسق المأجور أو سحب ترخيصه أو مصادرته، هذه الاعمال تعتبر من قبيل القوة القاهرة التي لا يكون المؤجر ملتزما بضمائها، ولكنه يتحمل تبعاتها • فيكون للمستأجر تبعاً لجسامة الاخلال

فإذا ظهر بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان ، كان للمستأجر ان يطلب اما التنفيذ العيني ، واما فسخ الأيجار او اقصاص الاجرة ، مع التعويض في جميع الاحوال ان كان له مقتضى ، فيجوز للمستأجر ان يطلب اصلاح العيب ، أو يقوم هو باصلاحه على نفقة المأجر ، بترخيص من القضاء او دون ترخيص وفقا للاحكام المبينة بالمادة ٥٧٣ من المشروع ، ما لم يكن اصلاح العيب من شأنه أن يهرق المأجر (المادة ٥٨٣) كما اذا كان هذا الاصلاح يقتضى اعادة بناء المأجور من جديد او القيام بأعمال تتكلف مصروفات باهظة لا تتناسب مع الاجرة التي يحصل عليها المأجر .

وللمستأجر ان يطلب فسخ الأيجار ، ويكون للمحكمة حق التقدير ، فلها ان تجيب المستأجر الى ذلك ، اذا كان حرمان المستأجر من الانتفاع بسبب العيب على درجة من الجسامه تبرر الفسخ ، ولها ان تكتفي باقصاص الاجرة بما يقابل النقص في الانتفاع .

وسواء طلب المستأجر التنفيذ العيني ، أو الفسخ ، أو اقصاص الاجرة ، فانه يكون له الحق ايضا في التعويض عن الضرر الذي اصابه ، سواء بسبب الحرمان من الانتفاع بالمأجور ، أو بسبب العيب ذاته ، وسواء كان المأجر يعلم بوجود العيب ، أولا يعلمه . فمجرد وجود العيب يعتبر اخلالا بالاتزام بضمان العيب ويوجب التعويض ، ولو كان المأجر حسن النية لا علم له بالعيب ، وهو ما يأخذ به التقنين الفرنسي بنص صريح (م ١٧٢١ مدني فرنسي ، وقسارن المادة ٦٨٧ اردني) ، أما التقنين المصري (م ٥٧٧) ، والتقنينات التي تابعتها ، فتلتزم المأجر بالتعويض ما لم يثبت انه كان مجهول وجود العيب .

ولما كانت احكام ضمان التعرض والعيب ليست مسن النظام العام ، فانه يجوز للمتقاعدين أن يتفقا على ما يخالفا بالتشديد او بالتخفيف او بالاعفاء ولكن شرط الاعفاء من الضمان او التخفيف منه ، يقع باطلا طبقا لنص المادة ٥٨٤ من المشروع ، اذا كان المأجر قد تمعد اخفاء سبب الضمان غشا منه . اما اذا كان المأجر يعلم سبب الضمان ولكنه لم يتمعد اخفائه عن المستأجر ، واشترط عليه عدم الضمان او تخفيف مسئوليته عنه ، فان الشرط يكون صحيحا .

ويلاحظ ان التقنين المصري قد الحق بالعيب ، حالة خلو المأجور من صفة كفل المأجر للمستأجر وجودها فيه ، كما فعل ذلك في البيع . ومايرته في ذلك التقنينات العربية الأخرى - فيما عدا التقنين الاردني - ولكن المشروع أثر الفصل بينهما أيضا كما فعل في البيع (انظر المادة ٤٩٨ من المشروع) ، وأفرد لقوات الوصف نفا خاصا هو نص المادة ٥٨٥ فالمأجر يلتزم

كانهدام الدار المؤجرة كلها . ففي الحالة الاولى ، لا يجوز للمستأجر فسخ العقد الا في حضور المأجر « وأن فسخها في غيابه دون أن يخبره لم يعتبر فسخه وكراه المأجور يستمر كما كان » . وفي الحالة الثانية يكون له فسخها في غياب المأجر (م ٥١٨) ، ذلك انه اذا فات الانتفاع بالمأجور بالنية سقطت الاجرة (م ٤٧٨) ، والمقصود بالفسخ في حضور المأجر - كما تفيد عبارة المادة ٥١٨ - هو مجرد اخطاره به ، بحيث لا يترتب أثر الفسخ ، اذا وقع في غيبة المأجر ، الا منذ اتضاه بعلمه ، لانه يجب أن يلحق علم المأجر بالفسخ حتى يكون على علم به ، ولكن الفسخ في الحالتين لا حاجة فيه الى رضا المأجر أو قضاء الحاكم .

أما قانون ايجار العقارات الحالي - رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ - فلم ترد فيه نصوص تتعلق بأثر العيب على الأيجار . واذا كانت المادة السابعة من هذا القانون تلزم المأجر بتسليم العين المؤجرة وملحقاتها ، في حالة تصلح معها لان تعي بما أعدت له من المنفعة ، غير أنها لم ترتب على اخلال المأجر بهذا الألتزام سوى حق المستأجر في فسخ العقد او التعويض ان كان له مقتضى ، متفقة في ذلك مع المجلة في أثر خيار العيب .

وطبقا لنصوص المشروع ، يلتزم المأجر بضمان العيوب الخفية في المأجور - ولكن العيب الخفي في الأيجار لا يشترط فيه ان يكون قديما ، أي موجودا وقت العقد ، كما في البيع فالمأجر يضمن العيب الحادث أيضا اثناء تنفيذ العقد ، لأن عقد الأيجار عقد زمني مستمر ، فاذا طرأ على المأجور عيب في مدة الأيجار ضمنه المأجر . وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه الحنفي والمجلة .

ويتقرر الضمان على العيب المؤثر . ولكن بينما يعتبر العيب مؤثرا - وفقا للمجلة والفقه الحنفي - متنى فسوت المنفعة المقصودة من الأيجار ، أو اخل بها سواء كان الاخلال بالمنفعة كثيرا أو قليلا ، فان العيب لا يعتبر مؤثرا طبقا لنصوص المشروع الا اذا حال دون الانتفاع بالمأجور او اقص من هذا الانتفاع اقصا كبيرا (المادة ١/٥٨٢) ويرجع في تقدير ذلك الى قصد المتقاعدين كما هو مبين في العقد ، والى طبيعة المأجور والضرر الذي أجر من أجله ، كما لا يعتبر العيب مؤثرا اذا جرى العرف على التسامح فيه . وكذلك يجب ان يكون العيب خفيا ، بان يكون المستأجر غير عالم به وغير مستطيع ان يتبينه بنفسه ، او انه فحص المأجور بما ينبغي من العناية ، وهو يكون كذلك ايضا اذا اثبت المستأجر ان المأجر قد أكد له خلو المأجور من هذا العيب او انه قد تمعد اخفائه غشا منه . اما اذا كان المستأجر عالما بالعيب وقت التعاقد ، أو علم به وقت التسليم ولم يعترض فان المأجر لا يكون ضامنا . (المادة ٢/٥٨٢) .

او كانت المقولات التي تركت في المأجور تفي بضمان الاجرة وفاء تاما .

(ب) - وتنص المادة ٥٨٩ من المشروع على التزام المستأجر بأن يستعمل المأجور على النحو المتفق عليه ، فاذا لم يكن هناك اتفاق التزم باستعماله بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه العرف ، وفي ذلك يتفق المشروع مع الفقه الحنفي واحكام المجلة (قارن المواد ٤٢٦ و ٤٢٧ و ٥٢٧ من المجلة) .

ويتفرع عن هذا الالتزام ، انه لا يجوز للمستأجر بغير اذن المؤجر أن يحدث في المأجور تغييرا ينشأ عنه ضرر للمؤجر (مادة ٥٩٠ من المشروع) فان فعل ، كان ملزما باعادة المأجور الى الحالة التي كان عليها وبالتعويض ان كان له مقتضى ، كما يكون للمؤجر الحق في طلب فسخ الايجار ان كان ثمة مبرر لذلك ، وكل هذا تطبيق محض للقواعد العامة . ويتفق نص المشروع مع الفقه الحنفي الذي لا يجيز للمستأجر ان يحدث في المأجور تغييرا بغير اذن المؤجر .

على انه يجوز للمستأجر ان يضع في المأجور اجهزة او تركيبات تكفل له الانتفاع المقصود ، كتركيب اجهزة الهاتف والتبريد والاستقبال الاذاعي وما الى ذلك من الوسائل الحديثة التي شاع استعمالها ، بشرط مراعاة الاصول السليمة في وضعها وذلك ما لم يكن في وضع هذه الاجهزة او التركيبات اضرار بالمأجور أو اقصا من قيمته . فاذا كان تدخل المؤجر لازما لاتمام شيء من ذلك ، كان المستأجر ان يقتضى منه هذا التدخل ، على ان يتحمل بنفقاته (المادة ٥٩١ من المشروع) .

(ج) - وتعرض المواد ٥٩٢ - ٥٩٤ لالتزام المستأجر بالمحافظة على المأجور ، فتقتضى منه ان يبذل من العناية في استعماله وفي المحافظة عليه ما يبذله الشخص العادي ، وتوجب عليه ان يخطر المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كما تحمله باجراء الاصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال المألوف واذا كانت المجلة لم تورد نصا صريحا يقرر هذا الالتزام ، الا انه يستخلص ضمنا من بعض نصوصها (قارن المواد ٦٠١ - ٦٠٥) ، التي تلزم المستأجر بالضمان اذا تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتفسير منه في أمر المحافظة او بتعديه ، او مخالفته لماذونيته ، ولكن المجلة لم تحدد قدر العناية المطلوبة من المستأجر في قيامه بهذا الالتزام .

فبالنسبة للعناية الواجبة في المحافظة على المأجور ، حدد المشروع في المادة ٥٩٢ هذه العناية بأنها عناية الشخص العادي ، وليس هذا الحكم الا تطبيقا محضا للقواعد العامة التي تقتضى بأنه في الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء أو ان يقوم بادارته أو ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفي بالالتزام اذا بذل

بتسليم المأجور بالوصف المتفق عليه في العقد . فان فات هذا الوصف . كان للمستأجر ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة ، وذلك دون اخلال بحقه في التعويض ان كان له مقتضى .

٢ - التزامات المستأجر :

عرض المشروع في المواد ٥٨٦ الى ٥٩٨ لالتزامات المستأجر الرئيسية ، وهي الالتزام بدفع الاجرة ، والالتزام باستعمال المأجور بحسب ما اعد له ، والالتزام بالمحافظة على المأجور ، واخيرا الالتزام برده عند انتهاء الايجار .

(أ) - أما الالتزام بدفع الاجرة فهو الالتزام الرئيسي الذي يواجهه المستأجر منذ البداية . والغالب ان ينص عقد الايجار على المواعيد التي تدفع فيها الاجرة ، كان ينص على تمجيل الاجرة باكملها ، أو على تأجيلها ، أو على تسيطها السى اقساط تؤدي في اوقات معينة ، فيلتزم المستأجر بهذه المواعيد، واذا لم ينص عقد الايجار على مواعيد دفع الاجرة اتبع العرف في تعيينها (المادة ٥٨٦ / ١) ، أما مكان دفع الاجرة فهو موطن المستأجر ، لانه هو المدين بها ، وليس هذا الا تطبيقا للقواعد العامة ، فاذا وجد اتفاق او عرف بغيره وجب اتباعه (المادة ٥٨٦ / ٢) . وغنى عن البيان انه اذا لم يتم المستأجر بهذا الالتزام ، فللمؤجر ان يلزمه القيام به طبقا للقواعد العامة ، وله في ذلك اما ان يطلب تنفيذ الالتزام عينيا ، أو ان يفسخ الايجار، مع طلب التعويض في الحالتين ان كان له محل .

وتنص المادة ٥٨٧ من المشروع على أن الوفاء بالاجرة عن وحدة زمنية معينة يعتبر قرينة على الوفاء بالاجرة عن المدة السابقة ، حتى يقوم الدليل على العكس . لان المتعاد ان لا يقبل المؤجر قبض قسط من الاجرة الا اذا قبض القسط الذي قبله . وبفضل هذه القرينة لا يضطر المستأجر الى الاحتفاظ ببخالصات الوفاء بالاجرة طوال المدة التي لا تسمح بعبدها الدعوى ، ويكفيه ان يحتفظ بالمخالصة الاخيرة ، ولكنها قرينة قابلة لابتناء العكس ، ويكون عبء هذا الابتناء على عاتق المؤجر .

هذا ولم يلزم المشروع مستأجر القطار بأن يضع في القطار المأجور ، مقولات تضمن الوفاء بالاجرة عن مدة معينة كما فعل القانون المصري في المادة ٥٨٨ ، وهو مسلك اتبعته غالبية القوانين العربية الاخرى (السوري والعراقي والسوداني والاردني واللبناني والتونسي والمغربي) غير ان المشروع آثر ان يعطي للمؤجر بمقتضى المادة ٥٨٨ حق حبس المقولات الموجودة في المأجور ولو لم تكن مملوكة للمستأجر ، مادامت مثقلة بامتياز المؤجر ، كما اعطاه الحق في المانعة في نقلها وفي استردادها اذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه . الا اذا كان النقل أمرا اقتضته حرفة المستأجر او المألوف في شؤون الحياة

واجزئتها الميكانيكية والكهربائية مما يقتضيه الاستعمال المألوف للسيارة . أما الاصلاحات الكبيرة لشيء مما تقدم فهي على المؤجر . ما لم يثبت انها مرتبطة على خطأ المستأجر أو احد تابعيه .
(د) - وتعرض المواد من ٥٩٥ - ٥٩٨ لاتزام المستأجر برد المأجور عند انتهاء الايجار ، وهي تقابل المواد ٥٣١ و ٥٩١ - ٥٩٥ و ٦٠٦ من المحلة ، والمادة ٢٣ من قانون ايجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ ، مع ملاحظة ما يأتي :-

١ - يضح المشروع في المادة ٥٩٥ منه على عاتق المستأجر الالتزام برد المأجور وملحقاته عند انتهاء الايجار . اما في المحلة فان المستأجر لا يلتزم الا برفع يده عن المأجور عند انقضاء الاجارة (م ٥٩١) ، فلا يكون له بعد انقضائها ان يستعمل المأجور ، لان الثابت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية . ولكن المستأجر لا يلزمه رد المأجور واعادته . بل يلزم الأجر أن يأخذه عند انقضاء الاجارة ولا يلزم المستأجر الا تسليمه اياه (م ٥٩٣ و ٥٩٤) .

٢ - طبقا للقواعد العامة ولتصوص المشروع (المادة ٥٩٧) يتحمل المستأجر مصروفات رد المأجور ان وجدت . وكل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره . اما في المحلة ، فان مصروفات رد المأجور تكون على المؤجر (م ٥٩٥) ، لان المستأجر لا ينال منافع المأجور مجانا فلا يلزمه ان يتحمل مؤونة الرد ومضرتة . ففي الاجارة تجب مؤونة الرد على رب المال على عكس العارية ، ففيها تجب مؤونة الرد على المستعير . وهذا اذا كان الاخراج باذن رب المال . اما اذا حصل الاخراج بغير اذنه فمؤونة الرد على الذي أخرجه مستعيرا كان أو مستأجرا (هندية) .

٣ - بين المشروع ان المستأجر اذا أدخل بالتزامه بالتسليم يجب عليه تعويض المؤجر عما يلحقه من ضرر وذلك دون اخلال بحق المؤجر في تسلم المأجور (المادة ٥٩٥) وهو ما يتفق مع أحكام المحلة والفقه الحنفي فالمأجور عندهم يكون امانة في يد المستأجر فاذا استمر في استعماله بعد انقضاء الاجارة دون اذن المؤجر يكون غاصبا ويكون ضامنا لتلف المأجور ولا تلزمه الاجارة . أما قانون ايجار العقارات الحالي . فيلزم المستأجر بأن يدفع من المدة الزائدة تمويضا يعادل ضعف الاجارة (م ٢٣ / ١) .

٤ - يقرر المشروع ان على المستأجر ان رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها الا ما يكون قد أصاب المأجور من هلاك او تلف بغير خطأ يسأل عنه المستأجر ، واذا كان تسليم المأجور قد تم دون بيان لحالته ، افترض ان المستأجر قد تسلمه في حالة حسنة حتى يقوم الدليل على العكس (المادة ٥٩٦ من المشروع) وقارن(المادة ٣٥٣/٢٣ من قانون ايجار العقارات الحالي) أما المحلة ، فلم يرد فيها نص عن الحالة التي يجب ان يكون عليها المأجور عند تسليمه ومع ذلك فانه يرتب على اعتبار المأجور امانة في يد المستأجر أن يلتزم هذا الاخير برده بالحالة التي يكون عليها عند انقضاء الاجارة

في تنفيذها من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المتصور (قارن المادة ٢٠٩ من قانون التجارة الحالي) فلما يجر هنا موضوع ، والمطلوب من المستأجر هو عناية الشخص العادي ، لا غايته هو في شئونه نفسه والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية ، ومن ثم يكون قد وفي بالتزامه متى بذل العناية المطلوبة منه ولو لم يتحقق الغرض المتصور من هذه العناية ، وهو سلامة المأجور .

ولا يلتزم المستأجر بعناية الشخص العادي في المحافظة على المأجور فحسب ، بل يلتزم بهذه العناية ايضا في استعماله فيجب عليه ان يستعمل المأجور استعمالا مألوفا ، فان استعمله استعمالا غير مألوف ، وترتب على ذلك هلاك المأجور أو تلفه أو اصابته بأي ضرر كان مسؤولا عن تعويض المؤجر .

كذلك لا تقتصر مسؤولية المستأجر في المحافظة على المأجور وفي استعماله الاستعمال المألوف ، على افعاله الشخصية ، بل تمتد ايضا الى افعال تابعيه ويقصد بهم الاشخاص الذين تكون صلتهم بالمستأجر هي التي مكنت لهم من الاضرار بالمأجور ، كاهل بيته وخدمه وعمله والمستأجرين من الباطن . فاذا أصاب المأجور تلف أو هلاك ، وقع على المستأجر عبء الاثبات . فيكون عليه ان يثبت انه بذل عناية الشخص العادي ، بأن استعمل المأجور استعمالا مألوفا ، وبانه اتخذ الاحتياطات المعتادة في المحافظة عليه . فان اثبت ذلك ، يكون قد اثبت انه نفذ التزامه في المحافظة على المأجور: فلا يكون مسؤولا عما اصابه من تلف أو هلاك ، أما اذا لم يستطع اثبات ذلك ، أو اثبت المؤجر أن المستأجر لم يبذل عناية الشخص العادي بل قصر في اتخاذ الاحتياطات المعتادة ، فانه يسقى على المستأجر للتخلص من المسؤولية ، ان يثبت انه بالرغم من عدم بذله عناية الشخص العادي ، فان تلف المأجور أو هلاكه انما يرجع الى سبب اجنبي .

وفي سبيل العناية بالمحافظة على المأجور ، أوجب المشروع في المادة ٥٩٣ على المستأجر ان يبادر الى اخطار المؤجر بكل ما يهدد سلامة المأجور مما لا يستطيع ان يعلمه من تلقاء نفسه كأن يحتاج المأجور الى اصلاحات مستعجلة أو ينكشف فيه عيب ، أو يقع عليه غضب . فاذا لم يتم المستأجر بهذا الواجب واصيب المؤجر بضرر من جراء ذلك ، كان المستأجر مسؤولا عن تعويضه .

كذلك أوجب المشروع في المادة ٥٩٤ على المستأجر اجراء الاصلاحات البسيطة - أو التأجيلية - التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالا مألوفا ففيه تدخل في العناية الواجب بذلها في استعمال المأجور . فاذا كان المأجور منزلا مثلا: كان على المستأجر اصلاح التوافذ والابواب وصانير المياه والاقفال والمفاتيح والاجراس الكهربائية وغير ذلك من الاصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال المألوف بالنسبة للمنازل . واذا كان المأجور سيارة تحمل المستأجر بالاصلاحات البسيطة اللازمة لايوائها وعجلاتها

وهو ما يتفق مع احكام المشروع الفرنسي الايطالي والتقنيات العربية التي أخذت عنه .

الثالث - استحداث الزيادات بأمر المؤجر ، فبإدراك المؤجر للمستأجر ما يفقه بالقدر المعروف ، أي بما لا يزيد على المألوف .

وقد أقر المشروع أن يأخذ في ذلك بأحكام الفقه الحنفي مع بعض التعديل ، فإذا أحدث المستأجر في المأجور بناء أو غراساً أو أية تحسينات أخرى تزيد في قيمته ، كان له عند انقضاء الإيجار أن يتركها أو أن يزيلها على ثقته إذا لم يكن في ذلك اضرار بالمأجور فإن لم يتم المستأجر بإزالة هذه الزيادات فإن للمؤجر أن يطالبه بإزالتها ، كما أن له أن يستبقها بقيمتها مستحقة الإزالة ، دون اخلال بحقه في التعويض عما تسببه الإزالة من ضرر إذا كانت الزيادات قد أضيفت بغير إذن منه وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره (المادة ٥٨٨ من المشروع) .

(ثالثاً) التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن :

لم تعرض المجلة أو الفقه الحنفي للتنازل عن الإيجار ، ولكنهم عرضوا للتأجير من الباطن ، فأجازوا للمستأجر أن يتصرف في منفعة العين المؤجرة معاوضة عن طريق الاجارة ، أو تبرعاً عن طريق الاعارة ، إذا كان المأجور مما لا يتفاوت استعماله والارتفاع به باختلاف الناس ، حتى ولو شرط المؤجر أن يستعمل المستأجر المأجور بنفسه وليس له إيجاره من غيره . لأن كل ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقيد فيه لئولاً لأنه غير مقيد . فلو استأجر أحد داراً على أن يسكنها كان له أن يسكن غيره فيها (المجلة ٤٢٨) ، لأن السكنى لا تتفاوت فيها الناس ، ولكن كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقيد ، فلو استكرى أحد دابة لركوبه ليس له أن يركبها غيره (المجلة ٤٢٧) ومن استأجر ثياباً على أن يلبسها بنفسه ، فليس له أن يلبسها غيره .

والاجارة من الباطن تجوز عند الحنفية بشئ الاجرة الاصلية أو بأقل أو بأكثر ، فإن كانت الاجرة الثانية من جنس الاجرة الاولى ، فإن الزيادة لا تطيب للمستأجر وتتصدق بها اذا كان قد زاد في المأجور زيادة ، كما لو حفر في الدار بئراً أو أصلح أبوابها أو شيئاً من حوائطها ، وأن كانت الاجرة من خلاف جنس الاجرة الاولى طابط له الزيادة .

وقد اختلفت التقنيات الاجنبية في شأن التنازل عن الإيجار او الإيجار من الباطن ، فبعضها يجيزه ما لم يوجد شرط مانع (١٧١٧) فرنسي و ٤١٩ مشروع فرنسي ايطالي) ، وبعضها لا يجيزه الا بإذن من المؤجر (١/٥٤٩ الماني) وبعض آخر يجيزه بشرط الا ينتج منه ضرر للمؤجر (١/٢٦٤ التزامات سويسري) .

أما التقنيات العربية فتجيز غالبيتها التنازل والإيجار ما لم يقض الاتفاق أو العرف (بغير ذلك) . (٥٩٣ مصري ، ٥٦٠ سوري ، ٧٧٥ عراقى ، ٥٩٢ ليبي ، ٥٥٤ صومالي ، ٥٨٤ لبناني ،

الا اذا كان ما لحق المأجور من عيب أو تلف يرجع الى تقصير المستأجر في حفظه أو تمدبه عليه ، أو مخالفة ما ذوبته بشأنه .

٥ - وفيما يتعلق بالزيادات التي يكون المستأجر قد اضافها الى المأجور أثناء الاجارة ، فعند الحنفية ، اذا أقام المستأجر في المأجور بناء أو غرس فيه اشجاراً ، لزمه عند انقضاء مدة الإيجار أن يهدم البناء أو يقطع الاشجار وأن يسلم المأجور فارغاً من البناء والغرس وتوحيماً لعدم نهايتها . فإذا كان في الازالة ضرراً بالمأجور كان للمؤجر ابقاء البناء أو الغرس مقابل دفع قيمته مستحقاً للهدم أو التلغ دفعا للضرر عنه اما اذا لم يكن في ذلك ضرر بالمأجور فلا يكون للمؤجر ابقاء البناء أو الغرس الا برضاء المستأجر . ولكن المجلة تعطي الخيار للمؤجر في جميع الاحوال ، فان شاء قطع البناء والشجر ، وان شاء ابقاه واعطى قيمته كثيرة كانت أو قليلة (م ٥٣١) .

أما التقنيات العربية ، فقد اختلفت في ذلك اختلافاً بينا . فالتقنين الاردني يأخذ بأحكام الفقه الحنفي كاملة (المادة ١/٧٥) وقانون إيجار العقارات الكويتي ، يعبر المستأجر بين تركه التحسينات أو ازالتها على ثقته دون اضرار بالمعار ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (٤/٣٣٣) فليس للمؤجر أن يطلب ابقاء ما زاده المستأجر الا برضائه وليس للمستأجر اذا اختار ابقاء هذه التحسينات ، أن يطلب من المؤجر عوضاً عنها .

ولكن غالبية هذه التقنيات تستقي أحكامها من المشروع الفرنسي الايطالي (المادة ٤٣٥) ، فتفرق بوجه عام ، بين ما اذا كانت هذه الزيادات قد أحدثها المستأجر باذن المؤجر ، أو على الاقل بعلمه ، ودون معارضته ، أو أحدثها بغير علمه أو رغم معارضته ففي الحالة الاولى ، يستبقى المؤجر هذه الزيادات ، ويلتزم بأن يرد للمستأجر أدنى القيمتين ، ما يفقه في هذه التحسينات او ما زاد في قيمة العقار . وفي الحالة الثانية يجوز له ان يطلب ازلتها (اذا اثبت انها لا تعود عليه بفائدة) وان يطلب أيضاً تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المعار من الازالة . وله أن يحتفظ بها على أن يرد أدنى القيمتين المتقدمتين ، ويجوز أن ينظر القاضي الى أجل اللوفاء بها (قارن المواد ٥٩٢ مصري ، ٥٥٩ سوري ، ٥٩١ ليبي ، ٤٨٣ سوداني ، ٥٨٣ لبناني ، ٥٥٣ صومالي ، ٥٠٤ جزائري) .

أما التقنين العراقي ، فقد سلك مسلكاً وسطاً ، وميز بين فروض ثلاثة - :

الاول - استحداث الزيادات رغم معارضة المؤجر أو دون علمه فيلزم المستأجر بالازالة الا اذا كان ذلك يضر بالمأجور فيستبقى المؤجر ما استحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للتلغ وفي هذا اتفقت احكام التقنين العراقي مع احكام الفقه الحنفي .

الثاني - استحداث الزيادات بعلم المؤجر ودون معارضته ، فيرد للمؤجر للمستأجر الاقل مما افقته او ما زاد في قيمة المأجور ،

١ (رابعا) انتهاء الايجار :

تعرض المواد من ٦٠٤ الى ٦٠٦ لانتهاه الايجار باقتضاء مدته ، وللتجديد الضمني للايجار وهي تقابل المادة ١٩ من قانون ايجار العقارات رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ مع ملاحظة ما يأتي : -

١ - يميز المشروع بين تجديد الايجار تجديدا ضمني وبين امتداد الايجار فاذا كان الايجار لمدة محددة وانقضت ، انتهى الايجار باقتضاءها دون حاجة الى تنبيه (مادة ٦٠٤) . فان بقي المستأجر مع ذلك منتفعا بالمأجور دون رضاه المؤجر فانه يكون مغتصبا ويجوز الحكم عليه بالرد وبالتعويض . أما ان بقى المستأجر منتفعا بالمأجور بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فان هذا يكون تجديد للايجار السابق أى ايجارا جديدا بشروط الايجار الاول ولكن لمدة غير محددة تسرى في شأن تجديدها احكام المادة ٥٦٧ من المشروع (مادة ١/٢٠٥) .

وإذا اشترط في الايجار انه لاينتهي الا بعد حصول التنبيه في ميعاد معين ، فان الايجار ينتهي بحصول هذا التنبيه في الميعاد . فاذا لم يصدر هذا الاخطار في الميعاد ، امتد الايجار الاول الى مدة أخرى ولا يعتبر ذلك تجديدا (مادة ٦٠٤)

هذا ويلاحظ ان انتهاء الايجار باقتضاء المدة ، لنا يكون حيث لايتعارض مع الاحكام الاستثنائية الواردة في بعض التشريعات والتي تقضى بامتداد الايجار بحكم القانون بعد اقتضاء مدته ، ومن ثم يجب تطبيق هذه الاحكام الاستثنائية مادامت سارية .

٢ - وقد كان من مقتضى اعتبار التجديد الضمني ايجارا جديدا ، الانتقال اليه تأمينات الايجار السابق من تلقاء نفسها - سواء كانت هذه التأمينات مقدمة من المستأجر او مقدمة من الغير - بل كان لا بد في انتقالها من اتفاق جديد تطبيقا لنقواعد العامة . ولكن المشروع رأى الخروج على هذه القواعد فنص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ على انتقال التأمينات التي قدمها المستأجر ضمنا للايجار السابق الى الايجار الجديد ، مع مراعاة القواعد المتعلقة بشهر الحقوق . ومن ثم فلا يشترط في انتقال الرهن الذي يكون المستأجر قد قدمه في الايجار السابق ورقة رسمية جديدة ، بل ينتقل هذا الرهن بسنده الاصيل الى الايجار الجديد ، ولكن مع مراعاة قيده قيда جديدا يأخذ مرتبة من وقت هذا القيد حتى لا يضر ذلك بحقوق الغير .

أما التأمينات المقدمة من غير المستأجر فلم ير المشروع الخروج فيها على القواعد العامة ، ولذا فانها لا تنتقل الى الايجار الجديد الا برضاء من قدمها ، سواء كانت هذه التأمينات شخصية أو عينية ومن ثم فانه يشترط في انتقال الرهن الذي يكون الكفيل قد قدمه في الايجار الاول ورقة رسمية جديدة غير ورقة الرهن السابق .

٧٧٢ تونس ، ٦٦٨ مغربي) وشذ بعض منها فمض التنازل والايجار الا بوافقة المؤجر أو باذنه (٤٨٤ سوداني ، ٥٥٥ جزائري ، ٧٠٣ اردني) ، وكذلك فعل قانون ايجار العقارات الكويتي الذي علق جواز التنازل والتأجير على اذن كتابي صريح من المؤجر (مادة ١٤) .

ويقرر المشروع للمستأجر حق التنازل عن الايجار والايجار من الباطن ، ما لم يوجد شرط يمنع من ذلك أو يتبين ان شخصية المستأجر كانت محل اعتبار عند التعاقد (مادة ٥٩٩) .

فاذا وجد الشرط المانع من التنازل فانه يقتضى المنع من الايجار من الباطن ، وكذلك العكس (مادة ٦٠٠ من المشروع) وهو حكم يبرره ان المتعاقدين لا يدركان عادة ما بين التنازل والايجار من الباطن من الفروق الدقيقة ، ومع هذا فليس ثمة ما يمنع من ظهور نية في منع احد المعلنين دون الآخر وقاضي الموضوع هو الذي يستظهر هذه النية دون معقب عليه في ذلك .

ويعرض المشروع بعد ذلك لحكم التنازل عن الايجار والايجار من الباطن ، ففي حالة التنازل عن الايجار ، يعطى المتنازل له محل المستأجر الاصلي في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد الايجار . ويكون للمؤجر ان يطالبه بجميع الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر الاصلي بطريق الدعوى المباشرة كما يكون للمتنازل له ان يطالب المؤجر ، ويطريق الدعوى المباشرة أيضا ، بجميع حقوق المستأجر الاصلي ، ومع ذلك يبقى المستأجر الاصلي ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته (مادة ٦٠١ من المشروع) .

وفي حالة الايجار من الباطن ، تبقى العلاقة ما بين المؤجر والمستأجر الاصلي خاضعة لاحكام عقد الايجار الاصلي المبرم بينهما ، أما العلاقة بين المستأجر الاصلي والمستأجر من الباطن ، فتسرى عليها احكام عقد الايجار من الباطن . ومع ذلك يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الاصلي وقت ان يذره المؤجر ، دون ان يكون للمستأجر من الباطن ان يتسكك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستأجر الاصلي ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وبسند ثابت التاريخ (مادة ٦٠٢ من المشروع) .

وفي الحالتين - حالة التنازل وحالة التأجير - تبرأ ذمة المستأجر الاصلي قبل المؤجر ، فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الايجار وفيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاصلي من التزامات في حالة الايجار من الباطن ، اذا صدر من المؤجر قبول صريح أو ضمني بالتنازل عن الايجار أو بالايجار من الباطن بعد حصول ايهما . ويعتبر قبولا ضمنيا استيفاء المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون ان يبدى أى تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلي (مادة ٦٠٣ من المشروع) .

طبقاً لقواعد الاتراء بلا سبب . أما اذا عجز المالك الجديد عن الاتبات فان دفع الاجرة للمؤجر يكون قد تم صحيحاً ويستطيع المالك الجديد أن يرجع على المؤجر بما استوفاه من الاجرة عن المدة التالية لتصرف الناقل للملكية (المذكورة الايضاحية للقانون).

ويلاحظ فيما يتعلق بنصوص المشروع ما يأتي :-

١ - ان الايجار لا يكون نافذاً في حق من انتقلت اليه ملكية المأجور ما لم يثبت انه كان يعلم به أو كان له تاريخ ثابت سابق على السبب الذي ترتب عليه انتقال الملكية (مادة ٦٠٧) ، ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بمقدد الايجار حتى لو كان غير نافذ في حقه على هذا الوجه . فقد يكون له مصلحة في ذلك كأن يرى أن الايجار بشرطه التي يتضمنها صفةً رابحة وانسه لن يجد مستأجراً بشروط أفضل . وقد تكون المدة الباقية لانتهاه الايجار أقل من مدة الاضرار الذي يترتب عليه للمستأجر حتى يرد المأجور .

٢ - انه يستوى أن يكون المأجور الذي انتقلت ملكيته عقاراً أو متقولاً .

٣ - أنه لا عبرة بالسبب الذي تنتقل به ملكية المأجور ، فيستوى أن تنتقل الملكية جبراً ، كما يقع في نزاع ملكية العقار وفي التنفيذ بالحجز على المنقول ، أو اختياراً بأي تصرف مثل البيع أو المقايضة أو الهبة أو بأي سبب آخر كالشفعة . ولكن يشترط أن يكون من انتقلت اليه الملكية خلفاً خاصاً للمؤجر .

٤ - حدد المشروع العلاقة ما بين المستأجر وبين كل من من تلقى الملكية والمؤجر الاصلى سواء في حالة عدم نفاذ الايجار في حق من تلقى الملكية أو في حالة نفاذه في حقه :-

ففي الحالة الاولى ، لا يجوز لمن تلقى الملكية بالرغم من عدم نفاذ الايجار في حقه أن يجبر المستأجر على رد المأجور دون اخطاره في الميادين المبين بالمادة ٥٧٧ ، أما المؤجر فانه يلزم بتعويض المستأجر عن حرمانه من الانتفاع بالمأجور فيما بقي من مدة الايجار . ويكون للمستأجر أن يحبس المأجور ولا يريده حتى يستوفى هذا التعويض أو يحصل على تأمين كاف للوفاء به (مادة ٦٠٨) سواء من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية ويكون لهذا الاخير أن يرجع على المؤجر بما دفعه للمستأجر وفقاً لقواعد الاتراء بلا سبب .

أما في حالة بقاء الايجار قائماً سواء لنفاذه في حق الخلف أو لتمسك الخلف به رغم عدم نفاذه ، فإن من انتقلت اليه الملكية يصل محل المؤجر في جميع ما يترتب عليه عقد الايجار من حقوق والتزامات (مادة ١/٦٠٩) ويلتزم المستأجر بسداد الاجرة اليه من وقت علمه بانتقال الملكية اليه . ووقع عبء اثبات العلم على الخلف الخاص فإذا أثبت أن المستأجر كان

٣ - اعتبر المشروع التنبيه بالاخلاء - سواء كان ضرورياً أو غير ضرورياً - قربة على أن نية المتعاقد الذي وجه التنبيه لانتصرف اليه التجديد الضمني . ولكنها قربة قابلة لاثبات العكس بصريح نص المادة ٦٠٩/١ إذ يجوز أن يكون من صدر عنه التنبيه قد عدل بعد ذلك ، وانصرفت نيته في وضوح السى التجديد الضمني ، وقبل المتعاقد الاخر ذلك منه . وفي هذه الحالة يعتقد التجديد الضمني بالرغم من هذا الاضرار ويقسم عبء اثبات ذلك على عاتق من يدعيه .

وقد يكون القصد من الاضرار أن المؤجر يقبل تجديد الايجار على أن ترفع الاجرة الى مبلغ معين يذكر في الاضرار ، أو على أن تعدل بعض شروط العقد بطريقة توضح في الاضرار . فإذا سكت المستأجر وبقي منتظماً بالمأجور بعد افضاء مدة الايجار ، فإن سكوته يعتبر رضاه وقبولاً للتجديد بالشروط الجديدة (مادة ٦٠٩/٢) .

وتعرض المواد من ٦٠٧ الى ٦٠٩ لأثر بيع المأجور على عقد الايجار . ويلاحظ أنه في الفقه الحنفي وفي المجلة ، لا أثر لبيع المأجور على عقد الايجار بل أن حق المستأجر يكون عندهم مفضلاً باعتبارها حتى للغير يتعلق بالمبيع . فلو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر ، يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري فقط ولكنه لا يكون نافذاً في حق المستأجر ولا تنفسخ به الاجارة ، أي أن البيع يكون موقوفاً على اجازة المستأجر ، فان اجازته نفذ في مواجهته وانقضت الاجارة ، وان لم يجزه ظل موقوفاً الى حين افضاء مدة الاجارة ، وهو ما أخذ به التتئين الاردني في المادة ٦٩١ .

أما قانون ايجار العقارات الحالي ، فان مقتضى القساعدة التي أوردتها المادة ١٦ منه ، انه اذا انتقلت ملكية العين المؤجرة الى شخص آخر بأي تصرف قانوني ناقل لها ، فان الايجار لا ينتهي ولكنه يظل قائماً وتنتقل الحقوق والتزامات الناشئة عنه الى المالك الجديد حتى ولو لم يكن للايجار تاريخ ثابت قبل انتقال الملكية وكل ما يشترط لذلك هو أن يكون المستأجر شاغلاً للعين المؤجرة في تاريخ انتقال الملكية ، ولكن الايجار لا ينفذ في حق المالك الجديد اذا هو اثبت صورته أو أثبت غشاً يبيطه . وهذا الحكم ورد تطبيقاً للقواعد العامة التي طبقها القانون أيضاً في المادة ١٨ منه ، على وفاء المستأجر معجلاً بالاجرة الى المؤجر ومن مقتضاها أنه لا يجوز للمستأجر أن يتمسك « بما عجله من الاجرة قبل من انتقلت اليه الملكية اذا اثبت هذا أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك ، ومتى ثبت العلم الفعلي أو العلم الافتراضي كان دفع الاجرة عن المدة التي تلت العلم غير سار في حق المالك الجديد الذي يحق له استيفاء الاجرة من المستأجر ، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه له

عذرا للمؤجر أن يجد مستأجرا بأجرة أعلى • كذلك لا يعتبر انهزام الدار التي يسكنها عذرا يبيح له فسخ الاجارة ليسكن بدل المستأجر ولو كان لا يملك دارا أخرى ، لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد .

وقد أخذ التقنين المصري هذا المبدأ عن الفقه الاسلامي ، فأجاز لكل من المتعاقدين أن يطلب اثناء العقد - اذا كان محدد المدة - قبل انقضاء مدته ، اذا وجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار مرهقا سواء تحقق الازهاق من مبدأ تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه ، على أن يراعى من يطلب اثناء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء ، وأن يعوض الطرف الآخر تعويضا عادلا تراعى فيه الظروف ، فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب الانهاء فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفى التعويض أو حتى يحصل على تأمين كاف (المادة ٦٠٨ ومذكرتها الايضاحية) • ونحت كثير من التقنينات العربية منحه التقنين المصري في الاخذ بهذا المبدأ (المواد ٥٧٥ سوري و ٧٩٢ عراقى و ٦٠٧ لىبي و ٤٩٦ سودانى و ٧١٠ أردنى) ورأى المشروع بدوره أن يأخذ به ، فأجاز في المادة ٦١٠ للمستأجر وللؤجر على السواء اثناء العقد قبل انقضاء مدته للعذر الطارئ ، سواء كان المأجور عقارا أو متقولا ، مع مراعاة ما يأتي :-

١ - لم يشترط المشروع - كما اشترطت غالبية التقنينات الاخرى التي أخذت بهذا المبدأ - أن يكون الايجار محدد المدة ، وذلك حتى لا يكون الطرف المرفق في الايجار محدد المدة في حالة أفضل منه في الايجار غير محدد المدة ، وهو ما فعله التقنين الاردنى أيضا .

٢ - لم يشترط المشروع ، في الظروف التي تجد لاحد المتعاقدين بعد ابرام الايجار ، سوى أن تكون ظروفها غير متوقعة ، تجعل استمرار الايجار مرهقا له • ومن ثم يعتد بالعذر الطارئ حتى لو كان عذرا شخصيا مقصورا على طرف العقد دون غيره من الناس ولا يشترط أن تكون هذه الظروف عامة ، فيكفي أن يجعل العذر الطارئ تنفيذ الايجار مرهقا لا مستحيلا • والازهاق الذي يقع فيه أحد الطرفين معناه أن تقع به خسارة فادحة لو انه استمر في تنفيذ الايجار الى نهاية مدته • ولكنه يجب أن تكون هذه الظروف غير متوقعة ولا يستطاع دفعها ، فان كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها أو في الاستطاعة دفعها فلا يعتد بها كمعذر طارئ ، كل ذلك متروك تقديره لقاضى الموضوع بعد الموازنة بين مصالح طرفي العقد •

ولم يقتصر المشروع على تقرير المبدأ القاضى باتهاء الايجار بالعذر الطارئ ، على النحو السابق ، بل عدل الى ايراد تطبيقات تشريعية مختلفة لهذا المبدأ ، ففرض في المواد التالية لجواز اثناء الايجار بسبب موت المستأجر وبسبب تغيره

يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية ، أو كان من الفروض حسنا أن يعلم بذلك ، كان دفع الاجارة عن المدة التي تلت هذا العلم غير سار في حقه (المادة ٦٠٩ / ٢) ، وله أن يستوفى الاجارة مرة ثانية من المستأجر ، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما دفعه له طبقا لتواعد الاتراء بلا سبب ، أما اذا عجز متلقى الملكية عن الاثبات المتقدم ، فان دفع المستأجر الاجارة للمؤجر يكون صحيحا ساريا في حق متلقى الملكية ، ولهذا أن يرجع على المؤجر بما استوفاه من المستأجر من وقت التصرف الناقل للملكية •

وغنى عن البيان أن الاحكام المتقدمة تسرى على ما عجله المستأجر دون غش أو تواطؤ مع المؤجر ، من الاجارة عن مدة لاحقة ، حتى لو كانت هذه المدة تالية للوقت الذي علم فيه بانتقال الملكية ، ما دام تمجيل الاجارة كان سابقا على هذا العلم •

وأخيرا يعرض المشروع في المصادق من ٦١٠ الى ٦١٥ لاتهاء الايجار بالعذر ، وهو مبدأ مأخوذ عن الفقه الاسلامي • فقد اجاز الحنفية فسخ الاجارة بالعذر ، اذا استازمت ضررا ليس من مقتضى عقد الاجارة ، اذ لا يجوز تحميل أحد المعاقدين ضررا لا يقتضيه العقد • فإذا كان باستيفاء المقصود عليه ضرر بالنفس أو المال ، تنفس الاجارة ، لانه لما كانت المنافع • وهي المقصود عليه - غير مقبوضة « فصار العذر في الاجارة كالمبيع قبل القبض في البيع ، تنفس به ، اذ المعنى يجمعهما وهو عجز المعاقدين عن المضي في موجه الا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به » • وإذا كان العذر ظاهرا فسخت الاجارة بلا حكم حاكم ، وان كان غير ظاهرا فلا تنفس الا بحكم الحاكم أو برضاء الطرفين • وهذا الفقه قننته المجلة بالنص في المادة ٤٤٣ منها على انه « لو حدثت منافع لاجراء موجب العقد تنفس الاجارة » ومن أمثلة العذر الطارئ في الفقه الاسلامي أن يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه الا من ضمن العين المؤجرة فيكون هذا الدين عذرا له يبيح فسخ الاجارة لان في بقائها ضررا يصيبه في نفسه وهو الجس في دينه • أو أن يفسد المستأجر ، فإذا استأجر شخص من آخر حانوتا ليجتر فيه ثم أفلس ، فان له أن يفسخ الاجارة • وأما اذا كسدت سوق الحانوت طليسي لو أن يفسخ بذلك • ومن أمثله أيضا أن يغير المستأجر من حرفته أو ينتقل من التجارة الى الزراعة ، أو أن يصاب مستأجر الارض الزراعية بمرض يقمده عن زراعتها أو أن يترك الزراعة أصلا ، أو أن ينتقل المستأجر الى بلدة أخرى والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المقصود عليه الا بضر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ • • أما ابتناء الربح فليس عذرا يبيح فسخ الاجارة ، فلا يعتبر المئور على حانوت أجرته أقل أو مساحته أوسع عذرا للمستأجر يبيح له فسخ الاجارة ، كما لا يعتبر

واجبا بتسكن المستأجر من استيفاء المنفعة وان لم يستوفها فعلا ، غير أنه يجب على المؤجر في هذه الحالة ، أن يخصم من الاجرة قيمة ما اقتصد من نفقات بسبب عدم انتفاع المستأجر بالمأجور ، وكذلك قيمة ما حققه من نفع اذا استعمل المأجور في أغراض أخرى (مادة ٦١٥ من المشروع) .

الفرع الثاني - بعض أنواع الإيجار

تهتم الدولة اهتماما بالغا بزيادة الانتاج الزراعي ، وتحسينه ، وحمايته من الآفات . وفي هذا السبيل لم تال جهدا في عمل الدراسات وتنفيذ المشروعات التي تحقق هذه الاغراض ، كما انضمت الى كثير من الانشاقيات المتعلقة بالتنمية والاستثمار الزراعي ، حتى أخذت المساحات المزروعة في الكويت تزداد عاما بعد عام رغم ما يعترض هذه الزيادة من صعوبات .

وفي اطار هذه التوقعات ، حرص المشروع على تنظيم طريقتين لاستغلال الاراضي الزراعية : الاولى - هي طريقة الإيجار العادي وتسرى في شأنها في الاصل الاحكام العامة في عقد الإيجار ، ولكن المشروع خصها ببعض الاحكام التي تتلاءم مع طبيعتها . والثانية - هي طريقة المزارعة ، ولها خصائصها التي تميز بها عن الإيجار العادي ، وقد عنى المشروع بإيراد النصوص التي تضمن هذه الخصائص .

كذلك فان للوقت نظاما خاصا روعيت فيه مصلحة ، مما يبرر افراد إيجاره بأحكام خاصة تكفل رعاية هذه المصلحة ، ولا شك أن أحكام الفقه الاسلامي هي الخليفة وحدها بأن تكون مرجحا لتقنين هذه الاحكام لصدورها عن ادراك دقيق لحاجات الوقف وما يبنى له من حماية .

لكل هذا ، رأى المشروع أن يختص هذه الانواع من الإيجار بنصوص خاصة ، لما لها من أهمية عليا تبرر مثل هذا الافراد .

(اولا) - إيجار الاراضي الزراعية :

لم تقرد المجلة بابا خاصا لإيجار الاراضي الزراعية ، وانما اقتصرت على ايراد بعض نصوص متفرقة تتعلق بالصحة والفساد ، وحكم انتهاء الاجارة قبل ادراك الزرع ، ولكن الفقه الاسلامي عامة - والفقه الحنفي بوجه خاص - عرض بكثير من التفصيل لاحكام إيجار الاراضي الزراعية ضمن مباحث الإيجار .

وعندهم ان استئجار الارض للزرع يكون صحيحا اذا بين المستأجر ما يزرع أو لم يبين ، وقال على أن يزرع فيها ما شاء ، لان ما يزرع في الارض يتفاوت فلا بد من بيانه كيلا يفرض الى المنازعة . فلو لم يبين ما يزرع فيها أو لم يقل على أن

لمحل اقامته . أما افلاس المستأجر فقد ترك المشروع حكمه لنصوص قانون التجارة .

موت المستأجر - والاجارة عند الائمة الثلاثة لا تنفسخ بوفاة أحد المتعاقدين ، كما لا تنفسخ بوفاتها ، لانهما عقد كالبيع لا يفسخ بعد الانقضاء فيما لو توفي البائع أو المشتري أو الاثنان معا ، وعليه فاذا توفي المؤجر قام ورثته مقامه في أخذ الاجرة ، كما يقوم ورقة المستأجر مقامه فسي استيفاء المنفعة من المأجور .

أما عند الحنفية ، فان موت أحد المتعاقدين يوجب فسخ عقد الاجارة بشرط أن يكون عقد الاجارة لنفسه لا لغيره . ولم يرد في المجلة نص في هذا الشأن فكان يجب الحكم فيه طبقا للمذهب الحنفي . ولكن قانون إيجار المقارنات العالي أورد نصا (المادة ٢٢) يقضي بأن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ، وان جاز في حاله وفاة المستأجر لورثته أن يطلبوا اهاء المقعد دون أن يشترط لذلك أى شرط .

وقد نص المشروع في المادة ٦١١ على أن الإيجار لا ينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ، ولكنه في حالة موت المستأجر اجاز لورثته أن يطلبوا اتهاء المقعد اذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء المقعد أثقل من أن تتحملها موردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم .

كما أجاز المشروع فسي المادة ٦١٢ لورثة المستأجر - وللؤجر أيضا - أن يطلبوا اتهاء المقعد اذا لم يكن الإيجار معقودا الا بسبب حرفة المستأجر أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، كما في المزارعة .

تغيير المستأجر محل اقامته :-

وتغيير محل الإقامة من الاعذار التي تسوغ اتهاء الإيجار في الفقه الحنفي . ولكن المشروع يشترط لذلك أن يكون النقل قد اقتضاه عمل المستأجر حتى يكون عذرا طارئا ، (مادة ٦١٣) وغنى عن البيان أن هذا النص ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على خلافه . وفي جميع الحالات التي يجوز فيها اتهاء الإيجار بالمعذر الطارئ - أوجب المشروع على من يطلب اتهاء - أن يراعى ميعاد التنبيه المنصوص عليه في المادة ٥٦٧ (مادة ٦١٤ من المشروع) .

ومن ناحية أخرى ، احتاط المشروع في حالة معينة لم يعتد فيها بالمعذر ، وهي حالة عدم تسكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور انتفاعا كاملا ، اذا كان ذلك راجعا الى خطئه أو الى سبب يتعلق بشخصه . ففي هذه الحالة ، يبقى ملزما بالإيجار وبما يفرضه عليه المقعد من التزامات ، ما دام المؤجر قد وضع المأجور تحت تصرفه في حالة صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة . وهو ما يتفق مع أحكام الفقه الحنفي من أن الأجر يكون

أما مدة الأيجار ، فتحسب بالسنين الزراعية ، فإذا ذكر في العقد أن الأيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات . وكان المقصود من ذلك أنه عقد لمدة زراعية سنوية أو لعدة دورات (مادة ٦١٨) . ويتبع في ذلك العرف الزراعي . ولكن المهم أن تكون السنة الزراعية دورة زراعية كاملة وهي المدة التي تستغرقها الزراعة الشتوية والزراعة الصيفية . فإذا لم تحدد المدة ، اعتبر الأيجار منمقدا للمدة الكافية لحصد محصول السنة ، أي لسنة زراعية كاملة . مع مراعاة وجوب الاخطار في الميعاد المقرر لانتهاء الأيجار .

ويعرض المشروع في المادتين ٦١٩ و ٦٢٠ لتطبيق التزامات المستأجر والمؤجر فيما هو من خصائص الأرض الزراعية :

فالمستأجر - طبقا للاحكام العامة في الأيجار - يلتزم بأن يستعمل المأجور على النحو التفتق عليه ، فإن لم يكن هناك اتفاق ، التزم بأن يستعمله بحسب ما أعد له ووفقا لما يقتضيه العرف (مادة ٥٨٩ من المشروع) . كما لا يجوز له بدون إذن المؤجر أن يعهد في المأجور تغييرا يضر به ، (مادة ٥٩٠) . فإذا كان المأجور أرضا زراعية ، واشترط عليه المؤجر نظاما خاصا في زراعة الأرض يكون المستأجر ملتزما باتباع هذا النظام أما إذا كان الاستعمال غير مبين في العقد . فإنه يلتزم طبقا للمادة ١/٦١٩ بأن يستعمل الأرض المؤجرة وفقا لمتطلبات الاستغلال المألوف بحسب طبيعتها وما يجرى عليه العرف الزراعي .

كذلك لا يجوز له ان يدخل على الطريقة المتبعة في استغلال الأرض ، تغييرا يبقى الى ما بعد انتهاء الأيجار (مادة ٦١٩/٢) . كأن يحولها وهي تستغل لزراعة الخضروات السى زراعة محاصيل أخرى . فإذا أخل المستأجر بالتزامه ، جاز للمؤجر طبقا للقواعد العامة ، ان يطالبه بالتنفيذ عينا أو يطلب الفسخ ، مع طلب التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى .

وطبقا للاحكام العامة في الأيجار كذلك ، يلتزم المؤجر بتعهد المأجور بالصيانة ليبقى في حالة يصلح معها للاتقاع المقصود ، فيقوم بالاصلاحيات الضرورية لذلك (المادة ٥٧٢) ، أما الاصلاحيات البسيطة التي يقتضيها استعمال المأجور استعمالا مألوفاً فتكون على عاتق المستأجر (المادة ٥٩٤) والاصلاحيات التي يجوز ان تنطبقها الأرض الزراعية هي بدورها ، أما ان تكون اصلاحيات بسيطة - أو تأجيلية - وهذه على المستأجر ، واما ان تكون اصلاحيات كبيرة - أو غير تأجيلية - وهذه على المؤجر . وقد تكفلت المادة ٦٢٠ من المشروع ببيان كل من التوعين : فالمستأجر يلتزم بالاصلاحيات التي يقتضيها الاتقاع المألوف بالأرض المؤجرة ، ومن ذلك اعمال الصيانة المعتادة للآبار ومجارى المياه والمباني المعدة لسكن العمال أو

يزرع فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهاة . ولو زرعهما بعد ذلك لا تعود صحيحة في التيقاس ، وفى الاستحصان يجب المسى وينقلب العقد صحيحا (قارن المادتين ٤٥٤ و ٥٢٤ من الملحة) ولا تصح اجارة الأرض المشغولة بالزراعة الا اذا كانت تلك الزراعة بغير حق ، حتى يصح قلعها وتسليم الأرض للمستأجر . أما اذا كانت بحق كان كانت الأرض مستأجرة لشخص فزرعهما ولم يحصد زرعهما فانه لا يصح اجارتهما لآخر . ولكن يجوز تأجير الأرض المشغولة بالزراع اذا أدرك الزرع ، لان صاحبه يؤمر بحصاده وتسليم الأرض . وكذلك يصح تأجيرها وهي مشغولة ، اذا كان العقد مؤجلا الى زمن يدرك فيه الزرع أو ان حصاده . وللمستأجر الشرب والطريق بغير نص ، فله الاتقاع بالمساقى الموجودة في الأرض وسقيها منها . وله الاتقاع بالطريق الموصلة اليها للملوكة للمؤجر وان لم ينص عليها في العقد . واذا استأجرها مدة تسع أن يزرعها مرتين ، فان له أن يزرعها مرتين ، وفى الثانية ، استأجر أرضا ستة على أن يزرع فيها ما شاء ، فله أن يزرع زرعين ديميسا وخريسفا .

وبمراعاة هذه الاحكام أورد المشروع في المواد من ٦١٦ الى ٦٢٥ بعض الاحكام الخاصة بايجار الاراضى الزراعية تتعلق بالادوات الزراعية التي توجد في الأرض ، وبالسنة الزراعية ، وبكيفية استغلال المستأجر للأرض والاصلاحيات التي يقوم بها ، ويتعدى انتفاع المستأجر بالأرض ، أما تعذر تهيئتها للزراعة أو اهلاكها الزرع ، ويحق للمستأجر عند انتهاء الأيجار أن يبقى في الأرض حتى تنضج العلة . وبواجبه في أن يسمح لخلفه بتهيئة الأرض وبذورها .

وقد بدأ المشروع بالنص في المادة ٦١٦ منه على سريان أحكام الأيجار على ايجار الاراضى الزراعية مع مراعاة أحكام المواد التالية ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها . فالاصل ، هو أن تسرى في شأن ايجار الاراضى الزراعية ، الاحكام العامة في عقد الأيجار . ولكن المشروع خص ايجار هذه الاراضى ببعض الاحكام التي تتلاءم مع طبيعتها ، ما لم يوجد اتفاق يخالف حكما منها . والى جانب هذه الاحكام يجب اتباع العرف الزراعي أيضا ، لان له هنا أهمية خاصة ، فهو كثيرا ما يكمل الاحكام التي نص عليها القانون بل كثيرا ما ينسخها ويحل محلها ، اذا لم تكن من النصوص الأمرة .

وتعرض المادتان ٦١٧ و ٦١٨ من المشروع لخصائص ايجار الاراضى الزراعية ، فهذا الأيجار ، وان كان يشمل الشرب والطريق بغير نص - كما هو في الفقه الاسلامى ، غير انه لا يشمل الادوات الموجودة في الأرض ، الا اذا اتفق على ذلك ، فاذا تناولها الأيجار التزم المستأجر أن يرعها ويتعهدا بالصيانة بحسب المألوف في استعمالها (مادة ٦٢٣) .

طريق آخر كالحصول على تعويض من الحكومة ، فانه لا يكون له ان يطلب اسقاط الاجرة أو اقصاها .

وغني عن البيان ، ان هلاك المحصول كله أو بعضه بعد حصاده - أي بعد استيفاء المستأجر لمنفعة الارض - لا يسقط شيئاً من الاجرة في مقابل ما يهلك من المحصول ، بل يتحمل المستأجر تبعه الهلاك ، لان المحصول هلك على ملكه بعد أن استوفى منفعة الارض بالكامل . وكل ذلك ما لم يكن متفقاً على أن يكون للمؤجر جزء معلوم من المحصول ، إذ يتحمل المؤجر عندئذ نصيبه فيما هلك ، على ألا يكون الهلاك قد وقع خطأ المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم (مادة ٦٢٣) .

وبعرض المشروع في المادة ٦٢٤ لحالة اقصاء مدة الايجار قبل أن يدرك الزرع أو ان حصاده . وفي ذلك تنص المحللة في المادة ٥٢٦ على انه « لو اقتضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع فللمستأجر أن يبقى للزرع في الارض الى ادراكه ويعطى أجر المثل » . وقد اخذ المشروع بهذا الحكم مع اشتراط أن يكون عدم ادراك الزرع راجعاً الى سبب لا يد للمستأجر فيه . فإذا كان ذلك راجعاً الى خطأ المستأجر ، كان يكون قد تأخر في الزرع كان هو المسئول عن ذلك . اما اذا كان عدم ادراك الزرع لا يرجع الى خطأ المستأجر ، فان الايجار يمتد بحكم القانون ولكن للمدة اللازمة لادراك الزرع أو ان حصاده ، ويدفع المستأجر للمؤجر اجر المثل عن المدة التي بقى فيها الزرع بالارض .

وطبقاً للمادة ٦٢٥ من المشروع يلتزم المستأجر بتسكين المستأجر اللاحق له من تهيئة الارض للزراعة ومن بذرها ، وذلك حتى لو كانت مدة الايجار السابق لم تقض ، بل حتى لو كان المستأجر السابق لم ينته من جنى محصوله ، فيترك المستأجر اللاحق يدخل في الارض ليهيئها للزراعة وبزرها ، ما دام لا يعود عليه ضرر من ذلك وهو حكم يلبه التعاون الواجب بين المستأجر السابق للارض الزراعية والمستأجر اللاحق له .

(ثانياً) - الزراعة :

المزارعة عقد على الشركة في الزرع ، ولذلك عرضت المجلة لها في أحد ابواب كتاب الشركات (الباب الثامن من الكتاب العاشر) .

وقد عرفها المشروع - وفقاً لتعريف الحنفية لها - بانها عقد على زرع الارض ببعض ما يخرج منها (مادة ٦٢٦) ، ثم اورد بعد ذلك الاحكام الخاصة بها مأخوذة بحسب الاصل من الفقه الحنفي وخصوصاً ما تعلق منها بمصرقات الزراعة وتوزيع العلة بين المزارع وصاحب الارض . فالاحكام التي تنظم المزارعة هي في الاصل احكام الايجار مع مراعاة الاحكام

للاستغلال كزراي المواسي والمخازن ، وعموماً كل ما يقتضيه الانتفاع المألوف كجز الحشائش وتزج الاعشاب الضارة ، والترميمات البسيطة التي تقتضيها استعمال الادوات الزراعية . أما الاسلحات غير التأجيرية - أو الكبيرة - التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة المقصودة ، فيلتزم بها المؤجر . وكل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره .

وتعرض المواد من ٦٢١ الى ٦٢٣ لحرمان المستأجر من الانتفاع بالارض الزراعية لقوة قاهرة ، أما لانه لم يتمكن من تهيئة الارض للزراعة أو لان المحصول قد هلك قبل حصاده ، كما تعرض لهلاك المحصول بعد ذلك :

وفي الفقه الاسلامي ، يفرضون بوجه عام بين عدم تمكن المستأجر من زرع الارض ، وبين تلفه الزرع بجائحة أو آفة . ففي الحالة الاولى لا يلزمه الاجر لانه لم يتمكن من زرعها . اما في الحالة الثانية ، فعند الحنفية انه اذا أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق وجب اجر ما قبل الاصابة وسقط ما بعدها ، لكن هذا اذا بقي بعد هلاك الزرع مديلاً يتمكن من إعادة الزراعة ، فان يتمكن من إعادة مثل الاول أو دونه في الضرر يجب الاجر . وعند المالكية ، تلزم الاجرة بتسكين المستأجر من زرع الارض ولو تلف الزرع بجائحة غير ناشئة من الارض كتلفه بجراد أو جليد أو صقيع ، لانه لا يدخل للارض في تلفه فيستحق ربحاً اجرتهما ولا تلزم الاجرة فيها اذا تلف الزرع بجائحة ناشئة من الارض كتلفه بدودها أو فأرها أو عطشها لعدم نزول المطر عليها أو عدم وصول الماء لها أو نحو ذلك من آفات الارض لان تلفه راجع الى الارض فلا اجرة لها .

وقد اخذ المشروع بهذه التفرقة مع بعض التعديل . فاذا استحال على المستأجر تهيئة الارض للزراعة أو بذرها ، أو هلك البذر كله أو اكثره ، وكان ذلك بسبب اجنبي لا يد له فيه ، سقطت الاجرة عنه كلها أو بعضها بحسب الاحوال ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (مادة ٦٢١/١ من المشروع) .

أما اذا تمكن المستأجر من تهيئة الارض للزراعة ومن بذرها ، ثم هلك الزرع كله قبل حصاده ، بسبب اجنبي لا يد للمستأجر فيه ، فانه يجوز له ان يطلب اسقاط الاجرة كلها (مادة ٦٢١/٢) . وإذا هلك بعض الزرع وترتب على هلاكه تقص كبير في ربح الارض - ويزترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع - فانه يكون للمستأجر أن يطلب اقصا الاجرة بما يتناسب مع ما تقص من ربح الارض (٦٢١/٣) .

وفي جميع الحالات لا يكون للمستأجر ان يطلب اسقاط الاجرة أو اقصاها ، الا في حدود ما أصابه من ضرر (مادة ٦٢٢) فاذا كان ما عاد عليه من ربح في مدة الاجارة كلها يعوض عما أصابه من ضرر ، أو اذا كان قد عوض عن ذلك من أي

جزءاً شائعاً من الحاصلات ، وهذا شرط من شروط صحة المزارعة في الفقه الحنفي . فلا يجوز الاتفاق على أن تكون حصة احد الطرفين مقدارا محددا من المحصول ، أو محصول جزء معين من الارض (مادة ٦٣٣ / ٢) ، لاحتتمال الا يخرج الا هذا المقدار المحدد ، أو الا يخرج الا من هذه الارض المعنية فيؤدي ذلك الى قطع الشركة ، وبناء على ذلك ، فانه اذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب اجنبي لا يد لاحد الطرفين فيه ، هلكت عليهما معا ولا يرجع احد منهما على الآخر (مادة ٦٣٤) .

٧ - وتعرض النصوص الباقية (٦٣٥ - ٦٣٨) لانتهاه عقد المزارعة ، على أساس ان شخصية المزارع ملحوظة في هذا العقد . فهي تنتهي باقضاء مدتها ، وبمجزئ المزارع عن زراعة الارض ، كما تنتهي بومته ، ولكنها لا تنتهي بموت صاحب الارض .

فاذا انتهت المزارعة باقضاء مدتها . قبل ان يدرك الزرع أو وان حصاده ، يبقى الزرع حتى يتم ادراكه (مادة ٦٣٥) .

وإذا عجز المزارع عن زراعة الارض مرضه او لاي سبب آخر يقعده عن زراعتها ، فلا يجعل محله الا أحد من افسراد أسرته ، اذا كان ذلك مستطاعا بحيث يتحقق استغلال الارض استغلالاً مرضياً . فان لم يكن ذلك مستطاعا ، جاز لكل من الطرفين فسح العقد (مادة ٦٣٣) .

أما اذا مات المزارع ، فان الاصل ان المزارعة تنتهي بموته (مادة ٦٣٧) الا اذا رغب الورثة في الطول محله كما سيجيء .

وفي جميع الاحوال التي تنتهي فيها المزارعة قبل اقباض مدتها يجب على صاحب الارض ان يرد للمزارع او لورثته ما اقبضه المزارع على الزرع الذي لم يدرك مع تمويض يعادل اجر المثل عن عمله . على الا يجاوز جميع ذلك قيمة حصة المزارع من المحصول . ومع ذلك اذا انتهت المزارعة بموت المزارع ، فانه يكون لورثته الخيار بين تقاضي ما تقدم ذكره ، أو الحلول محل مورثهم في العمل حتى يدرك الزرع ما داموا يستطيعون القيام بذلك على الوجه المرضي (مادة ٦٣٨) وكل هذه احكام تتفق مع ما يقول به الفقه الحنفي .

(ثالثاً) - ايجار الوقت :

عرض المشروع لايجار الوقت في عشر مواد ، أخذها - كما فعل التقنين المصري - عن الفقه الاسلامي ، (مرشد الحيران) ، وهو مصدر النظام القانوني للوقت وما يتعلق به من أصل وادارة ، ولا يوجد لهذه النصوص مقابل في المجلة

الخاصة التي وضعتها المشروع في شأنها ، الا اذا وجد اتفاق أو عرف يخالف هذه الاحكام (مادة ٦٢٧ من المشروع) ، والاحكام الخاصة التي اوردها المشروع هي كالآتي :

١ - اذا لم تحدد للمزارعة مدة ، تكون مدتها هي تلك اللازمة لجمع المحصول المتفق عليه (مادة ٦٢٨) .

٢ - تختص المزارعة - خلافا لايجار الاراضي الزراعية - بأنها تشمل الآلات والادوات الزراعية التي توجد في الارض وقت التعاقد ، اذا كانت مملوكة لصاحب الارض . فهي تدخل دون اتفاق ولا تخرج الا بالاتفاق على خروجها ، ويرجع ذلك الى ان المزارعة شركة بين صاحب الارض والمزارع وصاحب الارض يكون شريكاً بالارض وما عليها من آلات وادوات (مادة ٦٢٩) .

٣ - العناية المطلوبة من المزارع في زراعة الارض هي العناية التي يبذلها الشخص العادي (مادة ٦٣٠) .

٤ - ليس للمزارع أن يدل غيره في المزارعة أو يشركه فيها الا برضاء صاحب الارض (مادة ٦٣١) ، وذلك على اساس ان شخصية المزارع ملحوظة في هذا العقد .

٥ - أما مصروفات الزراعة ، فان الاصل فيها ، طبقاً للفقه الحنفي ، أن ما كان منها قبل القسمة يكون على الاشتراك بين المزارع وصاحب الارض ، وما كان منها بعد القسمة يكون على كل واحد في نصيبه خاصة لتبني ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر . فاذا كانت الارض والبقر (الماشية) لاحدهما والبذر والعمل للاخر بطلت المزارعة ، لان رب البذر يصير مستأجراً بالبذر وانه لا يجوز لكون الاتفاقات بالاستهلاك ، أو يصير مستأجراً للبقر مع الارض ببعض الخارج وانه لا يجوز لعدم التعامل وهو ظاهر الرواية . وعن ابي يوسف انه يجوز لما فيه من العادة ، وكذلك قال بعض شيوخ المالكية الاندلسيين ، انه لا يشترط في صحة المزارعة سلامتها من كراء الارض بما يخرج منها .

وفي ضوء ذلك قسم المشروع في المادة ٦٣٢ فقات الزراعة ، على أساس أن ما يخدم المحصول يتحملة المزارع ، وان ما يخدم الارض ذاتها يكون على صاحب الارض ، ويتحمل الطرفان كل نسبة حصته في الغلة فقات البذر والتسميد وثمان المبيدات ومصروفات الحصاد وما يتلوه حتى القسمة لانه في صالحهما معا ، وهو ما أخذ به أيضا التقنين الاردني في المادة ٧٣٠ منه .

٦ - وتوزع الغلة بين الطرفين ، على أساس وجود الشركة ، بالنسبة المتفق عليها أو بالنسبة التي يعينها العرف . فاذا لم يوجد اتفاق ولا عرف كان لكل منهما نصف الغلة (مادة ٦٣٣ / ١) . وحصة كل من الطرفين يجب ان تكون

مترادفة ، فإذا زادت المدة انقصت الى ثلاث سنين ، ومع ذلك يجوز الايجار لمدة أطول إذا أذن القاضي في ذلك ويأذن للضرورة ، أو إذا كان الناظر هو الواقف أو المستحق الوحيد ، وحينئذ يسرى الإيجار ما دامت نظارته باقية ، فإذا انتهت كان للناظر الذي يخلفه أن ينقص المدة الى ثلاث سنين (مادة ٦٤٦) وهذه الأحكام تتفق مع ما يقول به الحنفية .

أما المالكية ، فقد ذهبوا الى التفصيل وقالوا لا يصح التأجير في الدور ونحوها أكثر من سنة سواء كانت موقوفة على معين كفلان وأولاده أو لا ، كالفقراء ، وكالمساجد . وأما الأرض فانه لا يصح تأجيرها أكثر من ثلاث سنين سواء كان المؤجر الناظر الاجنبي أو المستحق ان كانت على معين . أما ان كانت موقوفة على غير معين كالفقراء ، فانه يصح تأجيرها الى أربع سنين بدون زيادة ، فان كان المستأجر ممن يؤول الوقف له فانه يصح أن يؤجرها له زمنا طويلا كمسكن سنين ونحوها لان الوقف يرجع اليه ، اذا وجدت ضرورة تقتضي مد زمن الاجارة أكثر من المدة التي تقدمت كما اذا تهدم الوقف وليس له بيع يبنى منه فانه يصح للناظر أن يؤجر ليني بها ولو طال الزمن كاربين عاما .

وقد فضل المشروع أن يتجنب هذا التفصيل فأخذ بما قالت به الحنفية .

٥ - وأخيرا ، فان الأحكام التي أوردتها المشروع نسي إيجار الوقف يقتصر تطبيقها على حالة ما اذا كان المأجور عينا موقوفة ، وفي المسائل التي عرضت لها هذه الأحكام ، فإذا وجدت مسألة في إيجار الوقف لم يمرض لها نص من النصوص الواردة في هذا الصدد ، سرت على هذه المسألة أحكام عقد الإيجار في كل ما لا يتعارض معها (مادة ٦٤٨) وكل ذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الاستثنائية الواردة في قانون إيجار الأماكن فيما اذا كانت العين الموقوفة من المباني .

الفصل الثاني الإعارة

الإعارة من أعمال البر التي تقتضيها الانسانية ، لان الناس لا غنى لهم عن الاستعانة ببعضهم بعضا ، فهي مندوبة بحسب ذاتها ، وقد ثبت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم ، استعار فرسا من أبي طلحة فركبه ، واستعار درعا من صفوان بن أمية يوم حنين ، فقال له صفوان : أنصب يا محمد أو عاربه ، فقال له بل عاربه مضنوية . وقد أجمع المسلمون على مشروعيتها باعتبارها داخلية في قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) فسدت حاجات الناس من أنواع البر التي تتوق بها الروابط

تقوى لم تعرض لإيجار الوقف على أهميته العملية ، فنسرت الامر للمحاكم تقضي فيه طبقا لمذهب الامام مالك ، على ما اشارت اليه المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء وما ورد في الامر السامي الصادر في ٢٩ جماد الثاني ١٣٧٠ هـ (ج ابريل ١٩٥١ م) ، بتطبيق احكام شرعية خاصة بالواقف .

وتعرض النصوص التي أوردتها المشروع في شأن إيجار الوقف للمسائل الآتية : من له الحق في إيجار الوقف . ومن له الحق في استئجاره ، وكيف تحدد اجرة الوقف ، ومدة إيجاره .

١ - فللناظر وحده ولاية إيجار الوقف . اما الموقوف عليه فلا يملك الإيجار ولو انحصر فيه الاستحقاق الا اذا أذن له في ذلك الواقف أو الناظر أو القاضي (مادة ٦٣٩) ، كذلك فان الناظر هو الذي يقبض الاجرة ، الا اذا أذن لغيره في قبضها (مادة ٦٤٠) ، والايجار لا ينتهي بموت الناظر ولا بعزله ، بل يسرى إيجاره الصحيح على الناظر الذي يأتي بعده (مادة ٦٤٧) .

ولا يجوز للناظر أن يستأجر الوقف ولو بأجر المثل ، كما لا يجوز له أن يؤجره لزوجه أو لاحد من أصوله أو فروع (مادة ٦٤١) .

٣ - واجرة الوقف يجب ألا يكون فيها غبن فاحش ، فلا يجوز أن تقل عن أربعة أخماس اجرة المثل ، الا اذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فيجوز اجارته بالبنين الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين . والعبرة في تقدير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار ، ولا يعتد بالتغير الحاصل بعد ذلك (المادتان ٦٤٢ و ٦٤٣) . وإذا أجر الناظر الوقف بالبنين الفاحش سرت في ذلك الأحكام العامة للمناقعة بالبنين (المواد ١٦٣ وما بعدها) .

٤ - أما مدة الإيجار ، فيراعى فيها شرط الواقف ، فان عين مدة وجب التقيد بها ، الا اذا كان الناظر مأدونا بالتأجير بما هو أشع للوقف ، فإذا لم يوجد من يرغب نسي استئجار الوقف المدة التي عينها الواقف أو كانت الاجارة لأكثر من تلك المدة أشع للوقف ، جاز للناظر - بعد استئذان القاضي - أن يؤجر لمدة أطول (مادة ٦٤٤) وكل هذا قدر متفق عليه عند الائمة الاربعة .

وإذا لم يعين الواقف مدة الإيجار ، فالمباني لا يزيد إيجارها عن سنة والأراضي لا يزيد إيجارها على ثلاث سنين ، الا اذا قدر الناظر ان المصلحة تقتضي الزيادة في إيجار المباني أو النقص في إيجار الأرض (مادة ٦٤٥) ، وفي كل حال يجب ألا تزيد مدة الإيجار على ثلاث سنين ولو تم ذلك بمقود

وتسرى بها الآلة وتآكل المادة ، وذلك ممدوح في نظر الإسلام .

وقد وضع المشروع الاعارة الى جانب الايجار ، باعتبارها من العقود التي ترد على المنفعة ، أما المجلة ، فقد وضعتها الى جانب القلطة والابداع ، وجمعت بينهما في كتاب واحد هو الكتاب السادس المتعلق بالامانات ، وهو ما فعله أيضاً ابن نجيم في اشباهه .

والمشروع يتفق مع المجلة في غالبية الاحكام التي اوردتها ، ولكنه يختلف عنها في بعض آخر . فالاعارة فيه عقد رضائي كما يقول المالكية - ومن ثم يكون التسليم التزاماً في ذمة المير لا ركناً في العقد ، على عكس المجلة التي تنص على أن القبض شرط في العارية .

والاعارة في المشروع عقد لازم ، على خلاف المجلة التي تجعله عقداً غير لازم ، وهي لا تخول المستعير أن يعير العارية مطلقاً ، الا باذن المير ، كما انها لا تنتهي بموت هذا الاخير ولكنها تنتهي فقط بموت المستعير . وعلى هذا الاساس عرف المشروع الاعارة في المادة ٦٤٩ منه بأنها عقد يلتزم به المير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بنفسه من غير عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بمسد الاستعمال ، والخصائص التي يمكن استخلاصها من هذا التعريف ، ان الاعارة عقد رضائي وليس بعقد عيني ، وهو كذلك عند المالكية ، على عكس المجلة التي تنص على أن القبض شرط في العارية (م ٨١٠) . وهي أيضاً عقد ملزم للجانبين ودائماً من عقود التبرع ، وتخول المستعير أن يستعمل العارية بنفسه وليس له أن يستأجرها . ويفهم من التعريف أيضاً ، أن العارية يجب أن تكون شيئاً غير قابل للاستهلاك ، وذلك لأن المستعير يأخذ الشيء ليستعمله وليرده بينه ، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله المستعير فانه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يردّه بعينه ، وكما يعبر الفقه الاسلامي يجب أن يكون قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه أو ذاته ، فلا تصح العارية فيما لا ينتفع به الا باستهلاك عينه .

(اولا) آثار الاعارة :

١ - التزامات المير :

تمرض المواد ٦٥٠ - ٦٥٢ لالتزامات المير ، فهو يلتزم بأن يسلم العارية للمستعير ، وبأن يرد له ما أفتقه من مصروفات لحفظ العارية من الهلاك وبأن يضمن له الاستحقاق والعيوب في حدود معينة :

(١) - فالمير طبقاً لنص المادة ٦٥٠ يلتزم أن يسلم المستعير العارية بالاطالة التي تكون عليها وقت انعقاد العقد . فالتسليم التزام في ذمة المير ما دامت الاعارة عقداً رضائياً .

وتسرى على هذا الالتزام قواعد التسليم بوجه عام ، وهي تنص القواعد المقررة في التزام البائع بتسليم البعيع للمشتري ونفسى التزام المقرض بتسليم القرض للمقرض ونفسى التزام المؤجر بتسليم المأجور للمستأجر .

وإذا كان من مقتضى هذه القواعد أن تكون مصروفات التسليم على المير لانه هو المدين بالتسليم ، غير أن المشروع يقضى بأن تكون مصروفات التسليم على المستعير (م ٦٥٥) لانه لا يدفع أجراً ، وهو ما فعله التقنين العراقي في المادة ٨٥٦ منه (وأنظر أيضاً المادة ٧٤٥ لبنائسي) ويتم تسليم العارية بالاطالة التي تكون عليها وقت انعقاد الاعارة - على خلاف الايجار - لان الاعارة عقد تبرع لا يدفع فيه المستعير مقابلاً للانتفاع بالعارية .

(ب) - ولما كانت ملكية العارية وثمارها للمير ، فانه هو الذي يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة عليها من الهلاك ، فإذا اضطر المستعير الى القيام بهذه النفقات كسئ يحفظ العارية الى أن يردّها وجب على المير أن يرد اليه هذه النفقات (مادة ٦٥١ من المشروع) بل انه يلتزم بردها حتى لو هلكت العارية دون خطأ من المستعير .

وغنى عن البيان ، أن هذه المصروفات هي غير المصروفات التي يقتضيها استعمال العارية الاستعمال المعتاد ، وكذلك مصروفات صيانة العارية الصيانة المعتادة ، وهذه كلها يتحملها المستعير وفقاً للمادة ٦٥٥ من المشروع .

(ج) - أما ضمان الاستحقاق والعيوب ، فالاعارة في ذلك كالهبة - وكلاهما من عقود التبرع - فكما أن الواهب لا يضمن الاستحقاق ولا العيوب ، الا اذا وجد اتفاق على الضمان ، أو تعمد الواهب اخفاء سبب الاستحقاق أو اخفاء العيب ، أو كانت الهبة مقترنة بتكليف فكذلك ضيق المشروع في المادة ٦٥٢ من التزام المير بهذا الضمان فجعل الاصل هو عدم ضمانه لاستحقاق العارية وعدم ضمانه لما يوجد فيها من عيوب ، الا اذا كان هناك اتفاق على الضمان ، أو كان قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو تعمد اخفاء العيب ، وعقبه الاتيات يقع على المستعير ، فعليه أن يثبت أن المير قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو تعمد اخفاء العيب ، ومتى أثبت ذلك رجع على المير بالتعويض . ولكن في ضمان العيوب لا يلزم المير بتعويض المستعير الا عن الضرر الذي يسببه العيب ، فلا يعوض المستعير اذن عن العيب ذاته ، أي عن نقص الانتفاع بالعارية بسبب العيب وانما يعوضه فقط عما سببه العيب من أضرار .

٢ - التزامات المستعير :

وتعرض نصوص المواد من ٦٥٣ - ٦٥٧ لالتزامات المستعير ، فهو يلتزم بأن يستعمل العارية وفقا للعقد ، وأن يحافظ عليها في أثناء الاعارة وأن يردّها بعد انتهائها .

(١) فإذا قيد المعير الاعارة بزمان أو مكان أو بنوع معين من أنواع الاستعمال لم يكن للمستعير أن يستعمل العارية في غير الزمان والمكان الميعنين ، أو أن يخالف الاستعمال المأذون به الى ما يتجاوز ضررا (المادة ٦٥٣ / ١) ولكن يكون له أن يخالفه باستعمال العارية بما هو مساو لنوع الاستعمال الذي قيدت به أو بنوع أخف منه .

أما اذا كانت الاعارة غير مقيدة بأي قيد ، فانه يجوز للمستعير أن يستعمل العارية في أي زمان أو مكان وبأي استعمال أراد ، بشرط الا يجاوز المألوف في استعمالها (٢ / ٦٥٣) فلا يستعمل العارية الا فيما تقبله طبيعتها أو يحدده العرف في ذلك (قارن المواد ١١٦ - ١١٨ من المحلّة) . وفي الحالين ، لا يكون المستعير مسئولا عما يلحق العارية من تغيير أو تلف أو نقصان (استهلاك تدريجي) بسبب الاستعمال ، ما دام لم يخرج في استعمالها عن الحدود المتقدمة (٣ / ٦٥٣) لان ذلك يعتبر ملازما لطبيعة الاعارة وعلى المعير أن يتوقعه .

ولما كان حق المستعير مقصورا على استعمال العارية دون استغلالها فانه لا يجوز له أن يؤجرها الى الغير أو أن يعيرها الا اذا ثبت أن المعير قد أذن له في ذلك صراحة أو ضمنا (٦٥٤) . وفي هذا يتفق المشروع مع المحلّة والفقه الحنفي ، فيما عدا أهم يفرقون في الاعارة بين ما يختلف باختلاف المستعمل ، وهذا ليس للمستعير أن يعيره أن عين المعير مستعملا ، وبين ما لا يختلف باختلاف المستعمل وهذا يكون للمستعير أن يعيره سواء عين المعير مستعملا أو لم يعين (قارن المواد ١١٩ - ٨٣٣ من المحلّة) .

فإذا كان الاستعمال ، وكذلك الاعداد له ، يقتضى نفقة ، فان المستعير هو الذى يتحمل بها ، كما يتحمل نفقات الصيانة المتأداة التي يقتضيها هذا الاستعمال (المادة ٦٥٥ من المشروع) .

(ب) - ويلتزم المستعير أن يبذل من العناية في المحافظة على العارية ما يبذله في المحافظة على ماله دون أن ينزل فسى ذلك عن عناية الشخص العادي (م ٦٥٦ من المشروع) . ولكن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه سواء بتشديد مسؤولية المستعير أو بالتخفيف منها .

(ج) - وأخيرا على المستعير أن يرد العارية عند انتهاء الاعارة وتسرى في ذلك القواعد العامة . فيجب أن يرد

العارية بذاتها لا شيئا غيرها ولو مائلا ، وأن يرد معها ملحقاتها وتوابعها وزيادتها متحلا في ذلك كله مصروفات الرد لانه هو المدين في هذا الالتزام .

وترد العارية بالحالة التي تكون عليها وقت الرد ، دون اخلال بمسئولية المستعير عما يكون قد أصابها من هلاك أو تلف أو تعيب (مادة ٦٥٧ / ١) ، الا اذا أثبت أنه قد بذل العناية المطلوبة منه ، أو أثبت أن الهلاك أو التلف أو التعيب كان بسبب اجنبى . فاذا كان المستعير قد أساء استعمال العارية أو استخدمها في غير ما أعدت له ، أو في غير الزمان والمكان الميعنين ، أو أهمل في صيانتها أو في حفظها ، أو تصرف فيها دون إذن المعير ، أو عهد في حفظها الى شخص آخر دون ضرورة تدعو لذلك ، كان هذا تقصيرا منه يستوجب مسئوليته .

ويتم الرد في المكان الذى يكون المستعير قد تسلم فيه العارية ، ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٦٥٧ / ٢) .

وغنى عن البيان أن مؤونة رد العارية تكون على المستعير لانه المدين في هذا الالتزام .

ثانيا (انتهاء الاعارة) :

ويعرض المشروع في المواد ٦٥٨ - ٦٦٠ لانتهاء الاعارة :

١ - فمى تنتهى أولا بانقضاء المدة المتفق عليها (سواء انتهى الاستعمال الذى أعيرت من أجله العارية أو لم ينته) . كما تنتهى أيضا بنمام استعمال العارية فيما أعيرت من أجله ، اذا لم يتفق على مدة (مادة ٦٥٨ / ١) .

فاذا لم يكن هناك سبيل لتحيين مدة الاعارة ، جاز للمعير أن يطلب انتهاءها في أى وقت (مادة ٦٥٨ / ٢) . وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل انتهاء الاعارة ، غير أنه اذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله (مادة ٦٥٨ / ٣) .

٢ - وقد تنتهى الاعارة ايضا قبل انقضاء مدتها ، اذا عرضت للمعير حاجة للعارية ، او اذا مات المستعير ، فعلى الرغم من ان الاعارة تلزم المعير ، غير ان المشروع قدر انه قد تعرض للمعير حاجة ضرورية العارية لم تكن متوقعة ، وبذلك يكون اولى من المستعير بالاتفاح بماله ، فأجاز له عندئذ اناء الاعارة قبل انقضاء اجلها واسترداد العارية . بشرط ان تكون الحاجة التي تعرض له ضرورية وغير متوقعة ، وهو امر يترك تقديره لقاضى الموضوع بغير معقب عليه في ذلك (مادة ٦٥٩) .

وقد يموت المستعير قبل انقضاء مدة الاعارة ، فتنتهى بموته لان شخصيته محل اعتبار في العقد ، وقد قصد المعير ان

فى عرض الاحكام : فهو بعد أن يعرف عقد المعاولة ، يتناول فى فرع أول القواعد العامة التى تنطبق على جميع أنواع المعاولات ، ثم يتكلم فى فرع ثان عن بعض الاحكام الخاصة بمعاولات المباني والانشاء ، اعتبارا لاهميتها . ويعرض المشروع فى القواعد العامة ، للازمات كل من الماقل ورب العمل ولاحكام التنازل عن المعاولة والماقل من الباض ، ثم لاسباب انتهاء المعاولة ، كما يعرض فى الاحكام الخاصة بمعاولات المباني والانشاء للتعديلات والاضافات التى قد ترد على المايسة أو التصميم التى تيرم المعاولة على اساسه ، وللاحكام المتعلقة بمسئولية الماقل والمهندس سنا يحدث من خلل فيما يشيدانه من مباني أو يقبانه من نشآت .

الفرع الاول - القواعد العامة للمعاولات

يبدأ المشروع هذا الفرع بتعريف المعاولة فيعرفها في المادة ٦٦١ بأنها عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعا له أو تابعا عنه .

وبهذا التعريف ينفصل عقد المعاولة عن عقدين آخرين ، كانا مختلطين به في المجلة ، وهما عقد البيع وعقد الإيجار . ويخلص منه أن عقد المعاولة عقد ملزم للجائين ومن عقود المعاوضة ، يقع التراضى فيه على العمل المطلوب تأديته من الماقل وعلى المقابل الذى يتعهد رب العمل بأداؤه .

ويبرز هذا التعريف أيضا عنصرين هامين في عقد المعاولة هما عدم تبعية الماقل لرب العمل ، وعدم نيابته عنه في تأدية العمل المتعاقد عليه ، بما يكفل تمييز عقد المعاولة عن عقد العمل وعن عقد الوكالة .

فالذى يميز المعاولة عن عقد العمل هو ان الماقل لا يخضع لإدارة رب العمل واشرافه ، بل يعمل مستقلا ، طبقا لشروط العقد المبرم بينهما ، ومن ثم فلا يعتبر الماقل تابعا لرب العمل ولا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه مسؤولية التبع عن تابعه .

كذلك فان الذى يميز المعاولة عن الوكالة هو ان الماقل وهو يؤدي العمل لمصلحة رب العمل ، لا يئوب عنه وانما يعمل استقلالا ، أما الوكيل ، وهو يقوم بالتصرف القانوني لمصلحة موكله يكون تابعا عنه ويمثله في التصرف الذى يقوم به فيصرف أثر هذا التصرف الى الموكل .

(اولا) تقديم مواد العمل :

كانت المجلة تميز - كما تقدم - بين الاستصناع ، وهو نوع من البيوع ، يقدم فيه الصانع العمل والعين معا ، وبين استئجار ارباب الحرف والصنائع وهو اجاره على العمل يقدم الاجير فيها عمله فقط ويكون اجيرا مشتركا اذا كان غير مقيد بأن يعمل للمستأجر دون غيره .

يعبره هو فلا تنتقل العارية الى ورثته الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك (مادة ٦٦٥) . والالتزامات التى تكون قد نشأت في ذمة المستعير بسبب الاعارة كالتزامه بالرد والتزامه بتعويض المير فيما لو كان قد قصر في المحافظة على العارية أو في استعمالها ، كل هذه الالتزامات تبقى في تركة المستعير وللمعير ان يطالب بها .

أما موت المعير فلا ينهى الاعارة (عكس ذلك الفقه الحنفي والمادة ٨٠٧ من المجلة) ، وتنتقل حقوق المعير الى ورثته وكذلك تنتقل التزاماته في حدود تركته .

وغنى عن البيان ان الاعارة كعقد ملزم للجائين ، يجوز ان تنتهى بالفسخ ، فاذا أخل المستعير بالتزامه وأساء استعمال العارية أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليها ، كان للمعير أن يطلب الفسخ وفقا للقواعد العامة .

الباب الثالث

المقود الواردة على العمل

الفصل الاول

المعاولة

لم تعرض المجلة لعقد المعاولة تحت هذا العنوان ، وانما عرضت له في أحد فصول الباب السابع من كتاب البيوع وفي بعض نصوص متفرقة من كتاب الاجارة . فاذا قدم الصانع العمل والعين معا انعقد البيع استصناعا وطبقت عليه أحكام البيع ، واذا كانت العين من المستصنع ، كان الصانع اجيرا مشتركا وطبقت عليه أحكام الاجارة .

وكان التصد من ذلك ، وقت وضع المجلة ، تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، فكان وضع الصانع بالنسبة للمستصنع أقرب ما يكون الى وضع العامل بالنسبة لرب العمل . ولكن هذا النظر أصبح غير متلائم مع الحاجات الحاضرة والتطورات الاقتصادية الحديثة ، فقد تعددت أشكال المعاولة وصورها ، ووزاد حجما زيادة ضخمة لها أثرها في اقتصاد البلاد وفي أوضاع العاملين في هذا القطاع ، ووجب أن ينظم عقد المعاولة تنظيمًا شاملا ، يتفق مع أهيمته الاقتصادية والاجتماعية ويواجه جميع الصور المختلفة للمعاولات ، وهو ما فعلت اليه الحكومة ، فأعدت مشروع تنظيم عقد المعاولة مستمدة أحكامه من التقنين المصرى ومشروعه التمهيدى . ولكن هذا المشروع لم يستكمل الخطوات اللازمة لاصداره .

وقد أخذ المشروع فى اعتباره هذا المشروع السابق وأدخل على أحكامه كثيرا من التعديلات ، كما غير من ترتيبه

الكفاية الفنية الكافية ، فإذا صار شيء من المواد المسلمة اليه غير صالح للاستعمال بسبب اهماله أو بسبب فصول فني من جانبه ، التزم برد قيمته الى رب العمل مع التعويض ان كان له مقتضى . ولما كانت مسؤولية المتقاول في هذا الخصوص مسؤولة عقدياً ، فان عبء اثبات اهمال المتقاول ، أو عدم بذله عناية الشخص العادي ، أو تسببه بقصور كفايته الفنية في جعل المتقاول او بعض منها غير صالح للاستعمال ، يقع على رب العمل ، وللمتقاول من جانبه ان يدرأ عن نفسه المسؤولية بأن يثبت انه بذل عناية الشخص العادي ، وانه قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن ، أو ان التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فترتفع مسؤوليته .

(ثانياً) التزامات المتقاول :

يلتزم المتقاول بانجاز العمل المعهود به اليه ، ثم بتسليمه بعد ، انجازه كما يلتزم بضمانه بعد التسليم ، ويعرض نص المادة ٦٦٦ للالتزام الاول من هذه الالتزامات .

فأولاً ، يجب على المتقاول ان ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المتقولة ، وطبقاً للشروط الواردة فيه ، وبخاصة طبقاً لدفت الشروط اذا وجد هذا الدفت فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها ، وجب اتباع العرف وبخاصة أصول الصناعة والقن في العمل الذي يقوم به المتقاول فكل صناعة أو عمل أصول وقوانين تجب مراعاتها دون حاجة الى ذكرها في العقد .

كذلك يلتزم المتقاول بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها . فان لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب ان ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بانجازه تبعاً لمقدرة المتقاول ووسائله ، وبمراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة ، وحسب عرف حرفته ، فإذا احتاج المتقاول ، في انجازه للعمل ، الى أدوات ومهمات أو ايدى عاملة وجب عليه ان يأتي بها ، ويكون ذلك على تقته فأدوات العمل ومهمات مثل آلات البناء وعدة التجار أو السباك وأدوات الخياط وغير ذلك تكون على المتقاول بغير نص مالم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغيره (قارن المادة ٥٧٤ من المجلة) ، كذلك اذا احتاج المتقاول ، في انجازه للعمل ، الى ايدى عاملة أو الى أشخاص يعاونونه ويمطون تحت اشرافه ، فانه يكون على المتقاول ان يأتي بهم ويتحمل بأجورهم مالم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغير ذلك .

ويخول نص المادة ٦٦٧ رب العمل حق مراقبة تنفيذ العمل ، فالمتقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل ، وهذا هو ما يميز المتقولة عن عقد العمل كما تقدم غير انه من حق رب العمل ان يتعهد العمل وهو في يد المتقاول ليراقب ماذا كان يتم تنفيذه طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وما اذا كان المتقاول يقوم بتنفيذه ، طبقاً لاصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . فرب العمل

وقد تابع المجلة في ذلك بعض التقنيات كالتقنين العراقي وكذلك المشروع السابق ، ولكن المشروع الحالي حرص على أن يجمع بين الصورتين تحت اواء المتقولة فطبقاً لنص المادة ٦٦٢ من المشروع يجوز ان يقتصر التزام المتقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه على ان يقدم رب العمل المواد اللازمة للعمل ، كما يجوز أن يلتزم المتقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها الى جانب التزامه بتنفيذ العمل ، وفي الحالتين يكون العقد مقاوله وليس اجارة في الحالة الاولى واستصناعاً في الثانية .

وتعرض المادة ٦٦٣ للحالة الاولى ، فإذا التزم المتقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها ، فإذا لم تكن هناك شروط أو مواصفات ، وجب على المتقاول ان يتوخى في اختيار المواد أن تكون وافية بالغرض المقصود (١ / ٦٦٣) مستفاداً مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة المواد أو الغرض الذي أعدت له . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المواد من حيث جودتها ، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من اى ظرف آخر ، التزم المتقاول بأن يقدم مواداً من صنف متوسط طبقاً للقواعد العامة .

وعلى المتقاول أيضاً ضمان المواد المقدمة وفقاً لاحكام الضمان المقررة في عقد البيع (مادة ٢ / ٦٦٣) ، وذلك لانه يكون في هذه الحالة بائعاً للمواد التي يقدمها ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية .

وتعرض المادتان (٦٦٥ ، ٦٦٤) للحالة الثانية ، فإذا كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل ، فانه يجب على المتقاول في هذه الحالة ان يحافظ على المواد المسلمة اليه وان يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي ، فإذا نزل عن هذه العناية كان مسئولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها ، ثم يجب على المتقاول ان يستخدم هذه المواد طبقاً لاصول الفن ، فيجانب الافراط والتفريط فيها ، ويستعمل منها القدر اللازم لانجاز العمل دون نقص او زيادة ، وأن يؤدي حساباً ارب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي ان وجد . وإذا كشف في اثناء عمله ، ان بالمواد عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود ، كما اذا كان التماس الذي تسلمه من رب العمل لا يصلح لصنع الثوب المطلوب أو كانت الارض التي يراد اقامة البناء عليها بها عيوب تهدد سلامته ، وجب عليه أن يخبر رب العمل فوراً بذلك . كذلك اذا تبين له وجود عوامل اخرى من شأنها ان تعوق تنفيذ العمل في أحوال ملائمة وجب على المتقاول أيضاً اخطار رب العمل فوراً . فإذا أهمل في الاخطار ، كان مسئولاً عن كل ما يترتب على اهماله من نتائج . والفروض في كل ما تقدم ان المتقاول يتوافر على

ليس ملزماً ان ينتظر حتى ينتهي العمل ويقدمه له الما قول ، ليتبين ما اذا كان هذا الاخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة ، فيقبل العمل ، أو لم يراعها فيرفضه . بل الافضل أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى الما قول ذاته الوقت والجهد والمشقة ، اذا ماتم العمل معيياً او منافياً للشروط المتفق عليها ثم يرفضه بعهد ان يكون قد تم .

فاذا لاحظ رب العمل ان ماقول البناء مثلا قد أخل وهو يقيم البناء ، بالشروط والمواصفات المتفق عليها بأن لم يدعم الأساس او لم يصل به الى العمق الكافي أو تبين أن النجار الذي يصنع الالآت المطلوب قد استخدم في صنعه نوعاً من الخشب غير المتفق عليه او صنفاً أقل جودة ، فان لرب العمل في هذه الحالة حق التدخل لمنع الما قول من المضي قدماً في عمله المعبى او المخالف لشروط العقد . ويكون ذلك بأن ينذر الما قول بأن يصحح طريقة التنفيذ ويحدد له أجلاً معقولاً يصلح فيه العيب . فاذا انصاع الما قول لانذار رب العمل وقام باصلاح العيب في الاجل المحدد ، كان له ان يضي في عمله ولا سبيل عليه لرب العمل . أما اذا نازع الما قول في وجود العيب او المخالفة او سلم به ولكنه لم يقم باصلاحه في الاجل المحدد ، فانه يكون لرب العمل ان يرفع الامر الى القضاء ويطلب اما التصحح واما الترخيص له في انجاز العمل كله على الوجه الصحيح بواسطة ماقول آخر على نفقة الما قول الاول اذا كان هذا مسكناً وتصح به طبيعة العمل (١/٦٦٧) . وكل ذلك مع عدم الاخلال بحق رب العمل في التعويض ان كان له مقتضى .

وغنى عن البيان ان لرب العمل ان ينفذ العمل على نفقة الما قول دون ترخيص من القضاء ، اذا كان العمل مستعجلاً لا يحتمل الابطاء ، كما اذا كان الامر متعلقاً بتبريم منزل آيسل للمقنوط ، أو اقامة جناح في معرض على وشك الافتتاح ، وللقاضي بعد ذلك ان يبت فيما اذا كان رب العمل على حق فيما فعل .

كل ما تقدم اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مسكناً ، أما اذا كان هذا الاصلاح مستعجلاً، كما اذا قام ماقول البناء المبني وارتمق بأدواره الاولى على خلاف المواصفات والتصميم المعمود اليه بتنفيذه ، فعند ذلك لا يكون تدارك الخطأ مستطاعاً ولا يكون ثمة سبيل الى اصلاح طريقة التنفيذ الا بهدم البناء كله . وفي هذه الحالة يكون لرب العمل ، الحق منذ البداية في أن يطلب فسخ العقد في الحال دون حاجة الى انذار أو تحديث أجل (٢/٦٦٧) .

على انه يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ اذا كان العيب أو المخالفة من البساطة بحيث لا يخل اخلاقاً كبيراً بقيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقدر له ، وهو معنى المشروع بالنص عليه

دفعاً لكل شبهة (٣/٦٦٧) .

ومن ناحية أخرى ، فانه اذا تأخر الما قول في البده في تنفيذ العمل أو في انجازه تأخراً لا يرجي معه مطلقاً ان يتسكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، او اذا اتخذ مسلكاً يتم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه ، أو أتى فعلاً من شأنه ان يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً ، فان نص المادة ٦٦٨ من المشروع تجيز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم . وهذا النص منقول عن المشروع التمهيدى المصرى الذى اقتبسه بدوره عن تقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى وله مثيل في بعض التقنينات العربية كالتقنين العراقى واللبنانى والتونسى والمغربى . وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً اذا تأخر الما قول في تنفيذ التزامه تأخراً يصبح معه ثابتاً أو كبير الاحتمال انه لن يتسكن من اتمام العمل في الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بالتزامه .

ومثال ذلك ان يتفق عارض مع ماقول على أن ينجز صنع أشياء لعرضها في معرض فينتسح في تاريخ معين فيتأخر الما قول في البده في العمل أو في انجازه بعد البده فيه بحيث يتبين جلياً قبل حلول الميعاد المتفق عليه صراحة أو ضمناً ان الما قول لن يتمكن من انجاز العمل في الميعاد . فعندئذ يجوز لرب العمل ان ينتظر حلول الاجل المتفق عليه أو الاجل المقنوط ، ويبادر منسداً ان يتبين استحالة تنفيذ العمل في الميعاد الى طلب فسخ العقد . ولا يقتصر الامر طبقاً لهذا النص على حالة تأخر الما قول في البده في العمل أو في تنفيذ ، بل يتناول ايضاً حالة ما اذا صرح الما قول انه لن ينفذ العمل أو اتخذ مسلكاً يتم عن هذه النية ، أو أتى بفعل من شأنه ان يجعل تنفيذ التزامه في المدة المتفق عليها مستحيلاً ، كما لو تعاقدت فرقة تمثيلية مع صاحب مسرح على تقديم بعض العروض على مسرحه في خلال اسبوع معين وقبل حلول هذا الاسبوع تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على تقديم عروضه فانه في خلال الاسبوع ذاته ، ففى هذه الحالة يجوز لرب العمل - وهو صاحب المسرح - أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد ، فينتاح له أن يتعاقد مع فرقة أخرى بما يكفل له الا يفتي مسرحه بغير فرقة ، الأمر الذى قد يحدث له لو أنتظر حلول موعد التنفيذ الاول .

والى جانب التزام الما قول بانجاز العمل المعمود به اليه بموجب عقد الما قولة ، فانه يلتزم بتسليم العمل بعد انجازه . ويكون التسليم بوضع الشيء تحت تصرف رب العمل بحيث يتسكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق . ويكون تسليم كل شيء بحسبه ، فالحائك يسلم الثوب بعد صنعه الى رب العمل يداً بيد ، وكذلك النجار وغيره من أرباب الحرف والصناعات واما ماقول البناء يسلم البناء بالتخلية بينه وبين رب العمل ووضعه تحت تصرفه بحيث يتسكن من الاستيلاء عليه والانتفاع به ، وقد

المشروع يجوز للمقاول ان يكلفه القيام بذلك في اجل معقول يحدده ، فاذا انقضى الاجل دون ان يقوم رب العمل بالتزامه ، جاز للمقاول ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى .

ويلتزم رب العمل بتسليم العمل بعد اتمامه . والتسليم هنا ليس مجرد الاستيلاء على العمل بعد ان يضعه المقاول تحت تصرف رب العمل دون عائق من الاستيلاء عليه ، كما هو الحال في التزام المقاول بالتسليم بل انه يتضمن الى جانب ذلك تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه أو معاينته وهو ما تقتضيه طبيعة المقاولة فهي تقع على عمل لم يكن قد بدأ وقت ابرام العقد -- أى لم يكن موجوداً - فوجب عند اتمامه أن يستوثق رب العمل من أنه موافق للشروط المتفق عليها أو لاصول الصنعة ، ويكون ذلك بفحصه ومعاينته ثم الموافقة عليه أى تقبله والذي يقع عادة أن رب العمل يقوم بتقبل العمل ويتسلمه في وقت واحد ولكن لا يوجد ما يمنع من ان ينفصل التقبل والتسليم فيسبق احدهما الآخر أو يليه . فاذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن معاينة العمل وتسلمه رغم دعوته الى ذلك اعتبر انه قد تسلم العمل ووافق عليه (مادة ٦٧٣) ، ويشترط ، حتى يكون رب العمل ملزماً بتسليمه على هذا الوجه ان يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها ، أو لما تقتضيه اصول الصنعة في العمل محل المقاولة أى خالياً من العيوب ، وفيه عن البيان انه اذا حصل اختلاف بين الطرفين حول ما اذا كان العمل موافقاً أو غير موافق ، فانه يجوز لأيهما ان يطلب نذب خبير على تفهته لمعاينة العمل ووضع تقرير يثبت حالته ليكون محل اعتبار فيما لو رفع الامر الى القضاء .

وطبقاً للفقرة الاولى من المادة ٦٧٣ يجب أن يكون العيب أو المخالفة للشروط أو لاصول الصنعة التي تبرر امتناع رب العمل عن تسلمه جسيمة بحيث تجعل العمل غير صالح لغرض المقصود منه كما يستفاد من ظروف العقد وكل ذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٦٩١ فيما يتعلق بالمبني أو الانشاءات التي تقام على ارض مملوكة لرب العمل . فاذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامه ، بقي رب العمل ملزماً بالتسليم ، ولكنه يكون له الحق ، أما في طلب انقاص المقابل بما يتناسب مع أهمية العيب أو المخالفة ، وأما في طلب الزام المقاول بالاصلاح في أجل معقول يحدده اذا كان الاصلاح ممكناً ولا يتكلف نفقات تهبط المقاول (٢/٦٧٣) وفي جميع الاحوال يجوز للمقاول اذا كان العمل يمكن اصلاحه ، أن يقوم بهذا الاصلاح في مدة معقولة اذا كان هذا لا يسبب لرب العمل اضراراً ذات قيمة (مادة ٦٧٣ / ٣) .

على انه ليس لرب العمل أن يتسكك بالحقوق المتقدمة ، اذا كان هو المتسبب في احدث العيب ، سواء أكان ذلك

بم ذلك بتسليم مفاتيح البناء لرب العمل ، واذا كان المقاول قد نفذ العمل في شيء ظل في حيازة صاحبه ، كالمسالك يصلح مواسير المياه والدهان يدهن جدران البناء ، فان التسليم يكون بتخليه السبيل امام رب العمل ليتفحص بالشئ الذي تم العمل فيه . فاذا لم يتم المقاول بتسليم العمل كاملاً في الزمان والمكان المتفق عليهما ، فانه يكون قد اخل بالتزامه بالتسليم ، ويكون لرب العمل وفقاً للمواعيد العامة طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ ، مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى .

فاذا هلك الشئ أو تلف قبل تسليم العمل ، فان المادة ٦٩٩ من المشروع تنص على انه اذا كان الهلاك بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فلا يكون للمقاول أن يطالب لا بمقابل عمله ولا برد نفقاته ، فلو تماقت رب العمل مع نجار على صنع اثاث واحترق الاثاث أو سرق قبل أن يسلمه النجار وكانت الحريق أو السرقة بقوة قاهرة ولم يثبت تقصير في جانب النجار ، فان التبعة هنا يتحملها النجار فيما قدمه من عمل ومواد . وما انفقه من نفقات . وكل ذلك ما لم يكن رب العمل ، وقت الهلاك أو التلف مخلصاً ، بالتزامه بتسليم العمل بأن يكون المقاول قد أعدده بأن يتسلمه فلم يفعل .

فاذا كانت المواد مقدمة من رب العمل وهلك الشئ ، أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ، فلا يكون له ان يطالب المقاول بقيمة المواد مالم يكن المقاول وقت الهلاك أو التلف ، مخلصاً بالتزامه بتسليم العمل -- بأن يعفده رب العمل بالتسليم فلا يفعل -- ولم يثبت ان الشئ كان ليتلف لو انه قام بالتسليم دون ان يخل بالتزامه ، وتعتبر مواد العمل مقدمة من رب العمل ، اذا كان قد أدى للمقاول قيمتها أو عجله لمبلغاً تحت الحساب يشمل هذه القيمة (مادة ٧٠٠ من المشروع) . وغنى عن البيان انه اذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأ أحد الطرفين ، فانه يتحمل وحده تبعه الضارة الناجمة عن الهلاك .

(ثالثاً) التزامات رب العمل :

وتعرض المواد ٦٧١ الى ٦٧٩ ، للالتزامات رب العمل وهي : تمكين المقاول من اتمام العمل ، وتقبل العمل بعد اتمامه ، ودفع المقابل المتفق عليه .

فرب العمل يلتزم بأن يبذل كل ما في وسعه لتسكين المقاول من البدء من تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم اتمامه ومن ذلك استصدار أى ترخيص ادارى يكون لازماً للبدء في العمل مثل الترخيص بالبناء ، وتقديم المواد التي تستخدم في العمل ، أو الآلات والمعدات اللازمة لانجازه اذا كان رب العمل قد التزم بتقديمها ، وتقديم الرسومات والبيانات والمواصفات التي يكون متفقاً على ان يتم العمل على اساسها . فاذا لم يتم رب العمل بالتزامه ، فان نص المادة ٦٧١ مسن

ينجزه • ولهذا يقرر النص استثناء من القواعد العامة الا يستحق المقابل الا بعد انجاز العمل وتسلم رب العمل له (قارن المادة ٤٢٤ من المجلة) ونغني عن البيان ان دفع المقابل عند تسلم العمل مشروط فيه ان يكون العمل مطابقا للمواصفات والشروط المتفق عليها ، ولأصول الفن في هذا النوع من العمل ، والا كان لرب العمل ان يجبس المقابل ، طبقا للقواعد العامة •

فاذا كان العمل مكونا من اجزاء متميزة ، أو كان المقابل محددا على أساس الوحدة ، كأن يكون المقابل قد تمهد برصف طريق وحدد المقابل على أساس كل وحدة طويلة يتم رصفها ، فانه يجوز للمقاول طبقا لنص المادة ١/٦٧٧ من المشروع ان يستوفي من المقابل بقدر ما أنجز من العمل وذلك بعد اجراء معاينته وتقبله ، على ان يكون ما تم انجازه جزءا متميزا ، أو قسما ذا أهمية كافية بالنسبة الى العمل في جملة وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه •

ويفترض فيما دفع المقابل عنه ، أن رب العمل قد عينه وتقبله ، ما لم يثبت ان ما دفعه ليس الا مبلغا قدمه للمقاول تحت الحساب (مادة ٢/٦٧٧) •

والمقابل لا بد من وجوده في عقد المقاولة (قارن المادة ٤٥٠ من المجلة) والا كان المقدم من عقود التبرع ولا يعتبر مقاولا ، ويشترط فيه ان يكون ميعنا أو قابلا للتعيين (قارن المادة ٦٣٠ لبناني) غير ان المقابل وان كان ركنا في المقاولة الا انه لا يشترط ذكره في العقد ولا ان يحدده المتعاقدان • فاذا لم يحددها تكفل القانون بتحديدته وتبقى المقاولة صحيحة ، ويكفي ان يثبت ان العمل المعهود به الى المقاول ما كان ليتم الا لئلا مقابل ، حتى يفترض ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجود المقابل (قارن المادة ٦٣١ لبناني و ٢/٨٨٠ عراقي) وهو ما يستخلص ضمنا من ظروف التعاقد وبخاصة من أهمية العمل ومهنة من يتولاه • ويسكن القول بوجه عام ان اصحاب المهنة الحرة وكذلك ارباب الحرف والصنعة • يعملون بمقابل ، فاذا تعاقد العميل مع أحد منهم فللمفروض ان العمل يكون بمقابل ، حتى لو سكت المتعاقدان ولم يذكر شيئا عن ذلك ، أما مقدار المقابل فيحدده القانون كما تقدم •

والاصل ان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتحديد المقابل ، وهما قد يحددها بموجب مقياسية على أساس الوحدة • أو يحددها جزافا (اجبالا) على أساس تصميم متفق عليه • ولكنها قد يحددها على وجه تقريبي أولا يعرضان لتحديد مقداره اصلا فيتكفل القانون بتحديد هذا المقدار • وفي ذلك تختلف التقنيات : فالتقنين الاردني يعطي المقاول أجر المثل بالإضافة الى قيمة ما قدمه من المواد التي تطلبها العمل (المادة ٧٩٦) ، والتقنين اللبناني يعين بدل العمل بحسب

بإصداره أوامر تخالف رأى المقاول أم كان ذلك بأية طريقته اخرى وهو ما تنص عليه صراحة المادة ٦٧٤ من المشروع •

ويعرض نص المادة ٦٧٥ لاهم ما يترتب على تسلم العمل وتقبله من نتائج ، فمن وقت تسلم العمل لا يضمن المقاول العيوب والمخالفات الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي • ذلك انه اذا كان العيب في العمل واضحا يسكن للشخص العادي ان يكشفه بالمعاينة ، والمفروض انه اذا تقبل رب العمل ، العمل دون ان يعترض ، انه قبله ميعبا ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب • ومن ثم ينقضي ضمان المقاول لليب بمجرد تقبل العمل مع مراعات احكام الضمان الخاص فيما يتعلق بالمباني والمنشآت المنصوص عليها في المادة ٦٩٢ من المشروع (مادة ١/٦٧٥) •

أما اذا كانت العيوب خفية أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها رب العمل وقت تسلمه ثم كشفها بعد ذلك ، فانه يجب عليه ان يخطر المقاول بها بمجرد كشفها او في المدة التي يقضى بها عرف العرقه ، والا اعتبر انه قد قبل العمل • فاذا تم اخطار المقاول في الوقت المناسب كان لرب العمل الحقوق المنصوص عليها في المادة ٦٧٣ (مادة ٢/٦٧٥) • كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلافه ، فالاحكام المتقدمة ليست من النظام العام (وذلك على عكس احكام الضمان الخاص في حالة المباني والمنشآت) ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول بتحديد مدة ضمان العيب ، كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان او الاعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه لليب بمجرد تقبل العمل ولو كان العيب خفيا •

ونغني عن البيان انه اذا اخفى المقاول العيب غشا منه ، فلم يستطع رب العمل ان يكشفه وقت تقبل العمل فانه في هذا الغرض يكون المقاول مسئولا عن غشه ، وبمجرد ان يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان وهو فرض لا يجوز فيه الاتفاق على تخفيف الضمان ولا الاعفاء منه •

وتعرض المواد من ٦٧٦ - ٦٧٨ لالتزام رب العمل بدفع المقابل (الاجر) • ودفع المقابل يكون في الموعد المحدد في العقد ، اذا كان هناك اتفاق على ذلك ، وهو الغالب ، فاذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين وكان هناك عرف للصنعة يحدد مواعيد دفع المقابل ، وجب اتباع ما يقضي به هذا العرف •

واذا لم يوجد اتفاق او عرف ، فان المقابل يستحق دفعه عند تسلم العمل (مادة ٦٧٦) أي مؤخرا • وهذا الحكم هو الذي تقضي به طبيعة عقد المقاولة ، فهو عقد على تنفيذ عمل معين لقاء مقابل معين ، وبمجرد تمام العقد يصبح المقاول - وفقا للقواعد العامة - دائنا بالمقابل ولكن في نظير عمل لم

بوجه رسمى ، أما في حالة حصول التنازل بموافقة المتعاقد الآخر ، فان التنازل لا يكون ساريا في مواجهه الغير الا اذا كانت الموافقة ثابتة التاريخ . وغنى عن البيان ان للمعاول ايضا أن يتنازل عن مستحقته قبل رب العمل لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق وعندئذ تطبق أحكامها .

اما التنازل من الباطن وهو أكثر وقوعا في العمل خاصة في مقاولات المباني والانشاء ، حيث تتعدد الاعمال وتتشعب معد عرض المشروع له في المواد ٦٨١ - ٦٨٣ .

ويخص من النص الاول ان للمعاول أن يقول من الباطن في كل العمل أو في جزء منه ما لم يمنعه من ذلك شرط فسى المعد (قانون المواد ٥٧١ - ٥٧٣ من المجلة) . أو تكون طبيعة العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمعاول ، كأن يكون العمل محل المقاوله عملا فنيا ركن فيه رب العمل السى كفاية المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في ادائه . فمعدئذ يتحتم أن يقوم المقاول بالعمل شخصيا ، وغنى عن البيان أن هذا المنع لا يحول دون المقاول وبين الاستعانة بأشخاص آخرين ، فنيين أو غير فنيين ، في انجاز العمل ، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل يعملون عند المقاول بمعد عمل لا بعقد مقاوله .

فاذا لم يكن هناك شرط مانع أو لم تكن شخصية المقاول محل اعتبار عند التعاقد ، وعهد المقاول بتنفيذ العمل كله أو بعضه الى مقاول من الباطن فان المقاوله من الباطن تكون صحيحة ، وتفد حتى في حق رب العمل ، وتكون العلاقة ما بين المقاول الاصلى والمقاول من الباطن ، علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاوله من الباطن ، فيكون المقاول الاصلى بالنسبة الى المقاول من الباطن رب عمل ، وعليه جميع التزامات رب العمل ، كما يكون المقاول من الباطن بالنسبة الى المقاول الاصلى ، مقاولا ، عليه جميع التزامات المقاول فيما عدا الاحكام الاستثنائية المتعلقة بالضمان في المباني والانشاءات . (انظر المادة ٦٩٢ من المشروع) ولكن المقاول الاصلى يسأل ازاء رب العمل عن اعمال المقاول من الباطن (الفقرة الثانية من المادة ٦٨١) ، فاذا أخل المقاول من الباطن بالتزامه من انجاز العمل طبقا للشروط والمواصفات المتفق عليها والوصول للصنعة ، أو بالتزامه من تسليم العمل بعد انجازه أو ظهر في عمله عيب ، كان المقاول الاصلى مسئولا عن كل ذلك قبل رب العمل ، اما المقاول من الباطن فيكون مسئولا عن ذلك قبل المقاول الاصلى .

وجدير بالذكر ان مسؤولية المقاول الاصلى عن اعمال المقاول من الباطن هي مسؤولية عقدية تنشأ من عقد المقاوله الاصلى وليست مسؤولية متبوع عن تابعه ، فالمقاول من الباطن

العرف ، فاذا كانت هناك تعريفه أو رسم وجب تطبيقهما (المادة ٦٣٢ ، وقارن المادة ٦٣٢ الماني) أما التفتين المصرى والتفتينات الاخرى التي اخذت عنه ، فتوجب الرجوع في تحديد الاجر الى قبة العمل ونفقات المقاول (٦٥٩ مصرى ، وقارن ٣٧٤ التزامات سويسرى و ٤٧٩ بولوني) .

وقد آثر المشروع في المادة ٦٧٨ منه أن يجمع ذلك في عبارة « مقابل المثل وقت ابرام العقد » فعند الخلاف يعين القاضي مقدار المقابل على هذا الاساس وله ان يسترشد في ذلك بالعرف الجارى في الصنعة أو المهنة وبطبيعة العمل فقد يكون مقعدا في حاجة الى مهارة فنية كبيرة ، وقد يتضمن تبعات جساما ومسئوليات يتعرض لها المقاول ويدخل طبعا في الحساب ، نفقات المقاول وكمية العمل والوقت الذى استغرقه انجازه ، ومؤهلات المقاول وكفائته الفنية وسعته .

وقد حرص المشروع بعد ذلك على النص في المادة ٦٧٩ منه على أنه لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد ، وذلك دون اخلال بأحكام المادة ١٩٨ . وهو نص له مقابل في غالبية التفتينات العربية ، ويرد الاصل العام من أن ارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها (أى اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة أو غيرها من التكاليف) لا يكون له أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد ، فلا يجوز للمعاول عند ارتفاع هذه التكاليف ان يطالب بزيادة في المقابل كما لا يجوز لرب العمل عند انخفاض هذه التكاليف ان يطالب بانقاص المقابل وكل ذلك دون اخلال بأحكام نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في ائادة ١٩٨ من الاحكام العامة للتزامات .

(رابعا) التنازل عن المقاوله والمقاوله من الباطن :

ويعرض المشروع في المواد من ٦٨٠ - ٦٨٣ للتنازل عن المقاوله ، وللتنازل من الباطن .

ويأخذ التنازل عن المقاوله احدى صورتين ، الاولى ، ان يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاوله بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، والثانية ، أن يتنازل رب العمل عن عقد المقاوله ، كأن يبيع الارض التي قاو على انشاء بناء فيها ويتنازل في الوقت ذاته للمشتري عن عقد المقاوله وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات . وفي العالين ينص المشروع فسى المادة ٦٨٠ على عدم جواز التنازل الا بموافقة المتعاقد الآخر ، ما لم يوجد في العقد شرط يقضى بخلافه . فاذا تم التنازل بموافقة المتعاقد الآخر أو بناء على اجازته في العقد ، فبان التنازل له يحل محل التنازل في جميع حقوقه والتزاماته قبل المتعاقد الآخر . ولكن التنازل لا يكون ساريا في مواجهة الغير ، في حالة اجازته في العقد ، الا اذا أعلن للمتعاقد الآخر

وفي هذه الحالة فإن التزام المقاول ينقضى ، وينقضى التزام رب العمل المقابل له ، وينفسخ عقد المتأولة من تلقاء نفسه تطبيقاً للقواعد العامة . ومتى انتهى عقد المتأولة بالانقضاء على هذا الوجه ، استحق المقاول تعويضاً ، لا بموجب المتأولة وقد اتهمت ، ولكن بموجب مبدأ الاثراء بلا سبب ، فيقتضى تعويضاً من رب العمل ، اقل القيتين ، قيمة ما أفتقه من ماله ووقته ، وقيمة ما استفاد به رب العمل .

هذا ويلاحظ ان افلاس احد الطرفين لا يعتبر قوة قاهرة تمنع من التنفيذ ، بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة مدير تلبية الطرف المتلس، واذ امتنع مدير التلبية عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (قارن المادة ٨٢٢ من قانون التجارة الحالي) .

وتعرض المادتان ٦٨٦ و ٦٨٧ لموت المقاول ، ويلاحظ انه في الفقه الاسلامي يكون الاستصناع باطلا بوفاة المستصنع او الصانع . ولكن نصوص المشروع لم تعرض لموت رب العمل ، لان شخصيته لا تكون في العادة محل اعتبار في عقد المتأولة . ولذلك فلا تنتهي المتأولة بموته ، بل يبقى العقد قائماً بين المقاول وورثة رب العمل الذين يطولون محله في العقد طبقاً للقواعد العامة .

أما موت المقاول فهو يبطل المتأولة في الفقه الاسلامي ، وكذلك تنتهي به المتأولة في القانون الفرنسي (المادة ١٧٨٥) ولكن التقنيات العربية ، وبعض من التقنيات الاجنبية ، تميز في ذلك بين ما اذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد أو لم تكن ، وهو ما أخذ به المشروع في المادة ٦٨٦ منه .

فاذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية أو امكاناته محل اعتبار في التعاقد ، فان عقد المتأولة ينتهي بحكم القانون بمجرد موت المقاول (١/٦٨٦) ، دون حاجة لفسخه لا من ناحية رب العمل ولا من ناحية ورثة المقاول . والمقصود بالمؤهلات كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل . فيدخل فيها ما اشتهر عن المقاول من ناحية الكفاية الفنية والامانة وحسن المعاملة ، وما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه (سابقة الاعمال) ، ومقدار ملاءته ، وامكاناته . وتقديره ما اذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية وامكاناته محل اعتبار في التعاقد هو من مسائل الواقع التي يستلزم بتقديرها قاضي الموضوع دون مقب عليه في ذلك ، وله ان يسترشد في هذا التقدير بضوابط ثلاثة :

١ - فمحصنة المقاول تعتبر دائماً محل اعتبار في التعاقد ، اذا اتفق في العقد على أن يعمل المقاول بنفسه ، أو اذا ابرم العقد مع احد رجال الفن ، كالرسمين والنحاتين والموسيقيين والمطربين

يعمل مستقلاً عن المقاول الاصلى ولا يعتبر تابعاً له . وتقوم هذه المسؤولية على افتراض ان كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة الى رب العمل اعمالاً صادرة من المقاول الاصلى ومن ثم يكون مسئولاً قبله عنها .

ولما كانت المسؤولية هنا عقدية ، فانه يجوز الاتفاق على ما يخالفها فيجوز ان يشترط المقاول على رب العمل الا يكون مسئولاً عن المتأول من الباطن ، كما يجوز ان يقبل رب العمل حلول المتأول من الباطن محل المقاول الاصلى في كل حقوقه والتزاماته ، فتتحول المتأولة من الباطن الى تازل عن المتأولة وتسرى عليه احكام الحوالة .

والاصل الا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل وبين المقاول من الباطن اذ لا يربطهما أى تعاقد ، فلا يطالب ايها الآخر مباشرة بتنفيذ التزاماته ، وانما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة ان يرجع على رب العمل في خصوص المقابل المستحق له قبل المتأول الاصلى ، وذلك بطريق الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم المقاول الاصلى . ويطلب فيها بما هو مستحق في ذمة رب العمل للمقاول الاصلى . ولكن هذه الدعوى غير المباشرة تسمح لدائى المقاول الاصلى ان يزاحمو المقاول من الباطن ، فلا يستأثر وحده بما يستخلصه من رب العمل ، بل يقاسمه فيه سائر دائى المقاول الاصلى مقاسمة الغرما . ومن أجل هذا حمى المشروع المقاول من الباطن من مزاحمة دائى المقاول الاصلى باعطائه دعوى مباشرة وحق امتياز يجنبانه مزاحمة دائى المقاول الاصلى ، كما مد هذه الحماية الى عمال المقاول الاصلى وعمال المقاول من الباطن لأن هؤلاء العمال لا يطلون في الحاجة الى الرعاية عن المقاول من الباطن . (المادتان ٦٨٢ و ٦٨٣) وهى أحكام لها مقابل في جميع التقنيات العربية .

(خامساً) انتهاء المتأولة :

تنتهي المتأولة انتهاء مالوفا بانقضاء المدة المحددة لها اذا كان العمل المتفق عليه متجدداً يترن ببدء معينة ينجز في اثنائها ، كمقود الصيانة (مادة ٦٨٤ من المشروع) .

وهي تنتهي أيضاً انتهاء غير مالوفا قبل تنفيذها باستحالة التنفيذ أو الفسخ ، أو بالتقابل طبقاً للقواعد العامة ، ولكنها تنتهي أيضاً بسببين خاصين بها هما : تحلل رب العمل من المتأولة باراته المنفردة وموت المقاول اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار .

ويرض المشروع في المواد التالية (٦٨٥ - ٦٨٨) لهذه الاسباب فيما عدا الفسخ والتقابل اكتفاء بتطبيق القواعد العامة في شأنها .

فالمادة ٦٨٥ تعرض لانتهاء المتأولة باستحالة التنفيذ لسبب لا يد لاحد الطرفين فيه (كمرض المدرس أو قطع يد الفنان) ،

طرفيه قبل العمل • اما اذا أتى الصانع بالشيء المصنوع على انصف المشروطة ، فصنعه في حق المستصنع ، تبوت « ملك غير لازم » في المصنوع • حتى يثبت له خيار الرؤية اذا رآه ، ان شاء أخذه وان شاء تركه • وفي حق الصانع تبوت « ملك لازم » في الثمن اذا رأى المصنوع الشيء المصنوع ورضى به ولا خيار له • وهذا جواب ظاهر الرواية ، لان الاستصناع في حكم البيع ، والمستصنع مشتر لشيء ، لم يره فيكون له الخيار اذا رآه ، أما الصانع فقد اسقط خيار نفسه بالاحضار ، فبقي خيار صاحبه على حاله ، كالبيع الذي فيه شرط الخيار للمعاقدين ، اذا اسقط أحدهما خياره ، يبقى خيار الآخر ، وروى عن أبي حنيفة ، أنه ملك غير لازم في حق كل منهما ، حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار ، لان في اختيار كل واحد منهما دفعا للضرر عن ، ولكنه روى عن أبي يوسف انه ملك لازم في حق كل منهما ، فلا خيار للمستصنع ولا الصانع ، لان في ابواب الخيار للمستصنع اضراوا بالصانع لانه أفسد مناعه ، وفي ابواب الخيار للصانع اضراوا بالمصنوع لعدم اندفاع حاجته • وقد أخذ في المجلة برأى أبي يوسف • فصنت المادة ٣٩٢ منها ، على انه اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد المعاقدين الرجوع ، ولم يعط المصنوع الخيار الا اذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة •

ولكن المشروع أثر أن يذهب مذمبا وسطا ، فحول رب العمل وحده ، دون المناول ، ان يتحلل بإرادته المنفردة من عند المقاول وينهيه ، فيوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل اتمامه على ان يوضع المقاول عن جميع ما افقته من مصروفات وما انجزه من أعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو انه أتم العمل (مادة ٦٨٨ / ١) • وهو حكم وارد في غالبية القوانين العربية ، وفي بعض من القوانين الأجنبية • فقد يرى رب العمل بمد وضع المقاول موضع التنفيذ أن من الخير له الدلول عنها والرجوع في العقد وقد تغير الظروف التي أبرم فيها العقد ، كأن تكون المقاول متعلقة بإنشاء عمارة للاستئصال ثم يصدر قانون بتحديد الاجرة فتصبح الصفقة غير رابحة ، وقد يستبد رب العمل على موارد يدفع منها أجر المقاول فتتخلف هذه الموارد أو قصر عن دفع الأجر • وقد يصحح العمل المطلوب تنفيذه غير مجد لرب العمل ، فتلحق هذه الأسباب أو لغيرها مما يبدو وجيها في نظر صاحب العمل ، أجاز المشروع لرب العمل أن يرجع فسي العقد ويتحلل من المقاول ، على أن يوضع المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب ، بدلا من المضي في العمل إلى غايته والاشفاق عليه دون فائدة •

وأما المقاول فانه ليس له حق التحلل من المقاول بإرادته المنفردة بل يبقى ملزما بتنفيذها الى النهاية ، ويجوز لرب العمل اجبارها على التنفيذ المبني دون أن يقتصر على مطالبته بالتعويض ، ذلك أن رب العمل مصلحة محققة في هذا التنفيذ

أو مع احد اصحاب المهن الحرة ، كالمهندسين والمعماريين وغيرهم ، فكل هؤلاء تشبه مؤهلاتهم الشخصية محل اعتبار في التعاقد •

٢- أما أرباب الحرف والصناع ، كالخياط وصانع الأحذية والقاش والسبك والنجار وغيرهم ، فالاصل أن تكون مؤهلاتهم الشخصية محلا للاعتبار في التعاقد ، ما لم يتم دليل أو عرف على غير ذلك ، كأن يكون العمل المهود الى أحدهم بسيطا لا يقتضى مهارة فنية خاصة ، ويستطيع القيام به أي شخص في الحرفة •

٣- وأما مقاولات المباني والانشاء ، فهذه يقوم بها عادة مكاتب المقاولات الكبرى ، التي تعتمد على ما يتوفر لديها من مهندسين وفنيين وادوات ومعدات ورؤوس أموال ، وغير ذلك من الامكانيات • بحيث تكون الخبرة لا بصفات المقاول الشخصية • ولكن بالبناء ، التي ورسل إليها اسمها في السوق ، فهؤلاء لا تكون مؤهلاتهم الشخصية في الغالب محلا للاعتبار في التعاقد •

أما اذا لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد فانه طبقا للقاعدة الثانية من المادة ٦٨٦ لا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ، ولكن يجوز لرب العمل طلب اتمامه اذا لم تتوافر في ورة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل • والقاضي مع ان يرى ما اذا كان المورد لا يترتب عليهم تنسيب الضمانات الكافية فيحكم بإنهاء العقد ، أو أن يفهم من الضمانات ما يكفي للمضي في العمل وحسن تنفيذه • فيرفض الطلب •

فإذا انتهت المقاول بموت المقاول ، سواء انتهت من تلقاء نفسها لتياعها على اعتبار مؤهلات خاصة في شخص المقاول ، او انتهت عن طريق الانهاء بناء على طلب رب العمل أو طلب الورثة ، وثان ذلك قبل البدء في تنفيذ العمل ، فان الالتزامات التي انشأها عند المقاول في جانب كل من الطرفين تنقضى بانتهاء العقد ، ولا يرجع أي منهما على الآخر بشيء ، الا اذا كان رب العمل قد حصل شيئا من المنافع المتفق عليه فيسترده •

أما اذا كان المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل قبل موته ، فان المادة ٦٨٧ من المشروع تعطى لورثته الحق في نسبة من المقابل تادل ما قام بتنفيذه من أعمال ، كما تعطيه الحق في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت مورثهم من مواد يكون قد جلبها اذا كانت صالحة لاستعمالها في اتمام العمل • ومن ناحية أخرى يكون لرب العمل ان يطالبهم بتسليم المواد الأخرى التي يكون مورثهم قد أعدها ، وكذلك الرسومات التي بدىء في تنفيذها على ان يدفع عن كل ذلك مقابلا عادلا •

وتسرى الأحكام المتقدمة أيضا ، اذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن اتمامه لسبب لا يدخل لإرادته فيه •

وأخيرا نعرض المادة ٦٨٨ من المشروع لجواز تحلل رب العمل من المقاول بإرادته المنفردة • ويلاحظ بادىء ذي بدء ان الاستصناع لدى جمهور الحنفية عقد غير لازم في مواجهة كلا

العيني . فهو لم يبرم عقد المقاولة الا للحصول على هذا التنفيذ .

وغنى عن البيان أن حق رب العمل في التحلل من المقاولة مع تعويض المقاول ليس من النظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافه ، فيجوز الاتفاق على عدم جواز تحلل رب العمل من العقد كما يجوز الاتفاق على أن يكون لرب العمل التحلل من المقاولة دون أن يدفع أي تعويض أو دون أن يدفع تعويضاً كاملاً بل يقتصر على دفع ما أثرى به على حساب المقاول .

على أنه يجوز للمحكمة - طبقاً للفترة الثانية من المادة ٦٨٨ أن تخفف التعويض المستحق للمنازل عما فاته من كسب ، إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً .

الفرع الثاني

الاحكام الخاصة بمقاوالات المبانى والأبنشاء

خصص المشروع هذا الفرع لبعض الاحكام الخاصة بمقاوالات المبانى والأبنشاء ، اعتباراً لأهميتها . ويعرض فيه للتعديلات والإضافات التي قد ترد على القياسية أو التصميم وللأحكام المتعلقة بسنولية المقاول والمهندس عن المبانى والمنشآت التي يقيماها .

فتمرض المادتان ٦٨٩ و ٦٩٠ لما يترتب على تعديل القياسية أو التصميم ، في مقاوالات المبانى والأبنشاء ، أما غير ذلك من المقاوالات فتسرى في شأن تعديل عقودها القواعد العامة .

ويعرض النص الاول (المادة ٦٨٩) لمقاوالات المبانى والأبنشاء التي تبرم على أساس مقايسة تقديرية ، تقدر فيها كميات الاعمال المختلفة تقديراً تقريبياً ويحدد المقابل لكل وحدة من هذه الاعمال ، حيث يقتضى ذلك أن يتفاوت المقابل بحسب كمية الاعمال التي يتم تنفيذها ، فلا يكون في زيادة المقابل إذا اقتضى الامر ذلك ما يخالف طبيعة الاتفاق . ولكن النص يوجب على المقاول اذا تبين له في أثناء التنفيذ ، ضرورة مجاوزة القياسية المقدرة مجاوزة جسيمة ، أن يبادر باخطار رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقع من زيادة فسى المقابل نتيجة لهذه المجاوزة .

والمقصود بمجاوزة القياسية ، هو مجاوزة كميات الاعمال المقدرة فيها وليس مجاوزة أسعارها ، ولذلك فإن عبارة « مجاوزة المصروفات المقدرة في القياسية » الواردة في نص المادة ١٨ من المشروع السابق تكون غير دقيقة في هذا المجال إذ قد ينصرف معناها إلى أن المقصود بالمجاوزة ، هو مجاوزة

السعر الوارد في القياسية ، مع أن المقصود هو حالة مجاوزة الكم لا السعر . فمثلاً اذا تبين للمقاول عند حصر الأساس اللازم للبناء الذى يقوم بأشغاله ، انه يجب تعميقة أكثر ، وأن هذا التعميق يقتضى كميات من العمل تزيد زيادة جسيمة عما هو مقدر في القياسية انطبق النص .

كذلك يجب أن تكون المجاوزة غير متوقعة وقت إبرام العقد . أما اذا كانت متوقعة أو من الممكن توقعها ، فإن الاجر يزيد بمقدار هذه المجاوزة ولا خيار لرب العمل .

فاذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة غير المتوقعة ، أو أبطأ في اخطاره بذلك دون مبرر ، أو لم يذكر في الاخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة ، سقط حقه في استرداد هذه الزيادة وبقي المقابل غير تعديل . (مادة ٦٨٩ / ١) .

أما اذا أخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة ، فحينئذ يكون رب العمل مخيراً ، أما أن يوافق على المضى في تنفيذ العمل ، ومن ثم يلتزم بزيادة المقابل بما يتناسب مع المجاوزة ، وأما أن يتحلل من المقاولة اذا رأى في الزيادة ارهاقاً له . وفى هذه الحالة يكون عليه أن يطلب ، دون ابطاء ، من المقاول وقس العمل ، كما يكون عليه أن يوفى المقابل قيمة ما أنجزه من الاعمال الى يوم اخطاره بوقف العمل . وتقدر هذه التعمية بحسب ما هو مقدر في العقد لا بحسب ما أتفته المقاول فعلاً ، ولا يكون للمقاول أن يطالب رب العمل بتعويضه عما كان يمكنه كسبه لو أنه أتم العمل (مادة ٦٨٩ / ٢) . ذلك أن رب العمل لم يتحلل هنا من العقد بحض رغبته ، بل انه اضطر لذلك ازاء الزيادة المرهقة في المقابل .

وغنى عن البيان أن النص لا ينطبق حيث تكون المجاوزة في القياسية غير جسيمة ، فحينئذ لا يستطيع رب العمل ان يتحلل من العقد بسبب مثل هذه المجاوزة ، وتجب عليه زيادة المقابل بما يتناسب معها ، شاء ذلك أو أبى . وتقدير ما اذا كانت المجاوزة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة ، أو غير جسيمة فتتجيز مقيداً بها مع زيادة المقابل الزيادة المناسبة ، هو من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها دون معقب عليه في ذلك .

ويعرض النص الثانى (المادة ٦٩٠) لتعديل التصميم في حالة المقاوالات التى تبرم على أساس مقابل جزافى يحدد للمقاولة مقدماً وجمالاً ، بعد وضع تصميم نهائى كامل يتضمن وصفاً لجميع الاعمال المطلوبة ويتم الاتفاق عليه مع رب العمل . أما اذا كان التصميم غير كامل ، أو كان تقريبياً أو احتفظ أحد الطرفين بحق اجراء التعديل فيه أثناء التنفيذ . فلا ينطبق النص . وفى هذه الحالة - التى يعرض لها النص سدفناً - الاجمالى الجزافى انذى اتفق عليه الطرفان في عقد المقاولة

لا يكون قابلاً للتعديل ، فلا يزيد المقابل اذا أدخل المقاول تعديلاً على التصميم ولو كان التعديل هاماً نافعاً بل ولو كان ضرورياً . وليس هذا الا تمثيلاً دقيقاً مع ارادة المتعاقدين . وقد وضع هذا النص حماية لرب العمل - وهو عادة رجل غير فنى قليل الخبرة - من المقاول ، وهو دائماً رجل فنى واسع الخبرة ، فأنهت له أن يصل بالاتفاق مع المقاول على مقابل اجمالى جزائى ، الى هذا القدر من الاطمئنان والاستقرار والثبات .

ومع ذلك فإن النص يجيز استثناء زيادة المقابل فى حالتين :

١ - تطبق أحكام هذه النصوص اذا وقعت المناقولة على منشآت ثابتة وفى مقدمة هذه المنشآت المباني من أي نوع كان ، سواء كانت مشيدة بالطابق أو بالحجارة دون الخشب أو بغيره ، ما دامت مستقرة ثابتة لا يمكن نقلها دون هدمها . ومن ذلك أيضاً الجسور والسدود والخزانات والبوابات ، وأجهزة التكييف المركزية والمدخن ، ولا يتحتم أن تكون هذه المنشآت فوق الارض ، بل يصح أن تكون تحتها أو فى مستواها كاطرق والاتفاق .

ومع ذلك فإن النص يجيز استثناء زيادة المقابل فى حالتين :

٢ - يترتب الضمان أولاً فى ذمة المقاول الذى يعهد اليه فى اقامة المنشآت الثابتة . وقد يعهد رب العمل بتنفيذ ذلك الى عدة مقاولين ، فيعهد الى مقاول بوضع الاساس والقيام بأعمال البناء الأخرى ، والى مقاول آخر بأعمال التجارة ، والى ثالث بأعمال الحدادة ، والى رابع بالأعمال الصحية وهكذا ، فيعتبر كل من هؤلاء مقاولاً فى حدود الاعمال التى يقوم بها ويكون ملتزماً بالضمان فى هذه الحدود ، كذلك يترتب الضمان فى ذمة المهندس الذى يعهد اليه رب العمل فى وضع التصميمات والرسومات والنماذج اللازمة لاقامة المنشآت أو جانب منها ، أو الذى قد يعهد اليه بإدارة العمل أو بالاشراف على تنفيذه ولا يشترط أن يكون مهندساً معمارياً بل أن أي مهندس انشائى أو ميكانيكى أو كهربائى أو مدنى أو غيرهم يكون ملتزماً بالضمان اذا قام بعمه من المهمات المشار اليها وذلك فى حدود العمل الذى قام به .

(الاولى) حالة تعديل التصميم أو زيادة التكاليف لسبب يرجع الى رب العمل كأن يقدم للمقاول معلومات خاطئة عن الابعاد التى يريد لها البناء أو يتأخر فى الحصول على الترخيص أو فى تقديم الارض التى يتم البناء عليها فينتج عن ذلك تحميل المقاول بتفقات أو تكاليف اضافية - ولا يشترط أن يكون رب العمل سء النية ولا حتى أن يكون مقصراً فيكفى أن يكون التعديل فى التصميم أو زيادة التكاليف ناجماً عن فعله ومنسوبا اليه . دون حاجة لان يثبت فى جانبه أي خطأ أو تقصير .

(الثانية) اذا حدث فى التصميم تعديل أو اضافة ، وكان رب العمل قد أذن بذلك ، ولم ير المشروع بعد ذلك أن يوجب الاتفاق مقدماً على مقدار الزيادة ولا أن يوجب حصول الاتفاق على التعديل ، وكتابة اذا كان عقد المناقولة الاصلى مكتوباً ، كما فعل التقنين المصرى وبعض التقنينات الأخرى - اكتفاء بالقواعد العامة فى الاثبات .

٣ - طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٦٩٢ يشمل الضمان ما يحدث فى المنشآت من تدهم كلى أو جزئى أو خلل ولو كان التدهم ناشئاً عن عيب فى الارض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز اقامة المنشآت المبنية ، لان الخطأ هو خطأ المقاول ، ولم يفعل رب العمل سوى أن يجيز هذا الخطأ والفروض أنه شخص غير فنى فلا يعتمد باجازته ولا يكون لها أثر فى مدى مسئولية المقاول عن الضمان .

وبعرض نص المادة ٦٩١ من المشروع لحالة خاصة هى حالة اقامة بناء أو انشاء على أرض مقدمة من رب العمل اذا كانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامه حدا يجعله غير صالح للاستعمال المقدر له . فيكون لرب العمل أن يرفض تسلمه طبقاً للأحكام الواردة فى المادة ٦٧٣ . ويتقضى الامر ازالته . ولما كانت ازاله البناء أو الانشاء فى هذه الحالة قد ترتب أضراراً بالغة للمقاول ، فقد رأى المشروع أن يقصر حيزه العمل فى هذه الحالة على طلب اقص المقابل أو اصلاح العيب ان كان ممكناً دون ازالة البناء أو الانشاء ، وكل ذلك دون اخلال بالحق فى التعويض ان كان له مقتضى . وهذا النص مأخوذ عن المشروع التيميدى المصرى الذى اخذه بدوره عن تقنين الالتزامات السويسرى وهو مجرد تطبيق للقواعد العامة فى حالة ما اذا كان فى التنفيذ العيبى ارهاق للبلدين .

كما يشمل الضمان أيضاً ما يظهر فى المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد ممتلكاتها وسلامتها . سواء كان العيب فى المواد المستخدمة أو فى اصول الصنعة أو فى الارض التى أقيم الانشاء عليها أو تحتها ، كأن تكون الارض هشة ولم تتخذ الاجراءات التى تستوجبها اصول الصنعة لتقويتها أو تعميق الاساس فيها . ولا يشترط أن يكون العيب خفياً ،

وأخيراً ضمن المشروع نصوص المواد من ٦٩٢ - ٦٩٧ أحكاماً خاصة فى ضمان المقاول والمهندس لما يقبها من مبان

وغنى عن البيان أن مدة العشر سنوات هي مدة اختبار لصلاية المنشآت ومناقشتها ، وليست مدة تقادم ، ومن ثم فلا تكون عرضة لأن توقف ولو وجد مانع يُعَدَّر معه على رب العمل أن يطالب بيقه ، وكذلك لا تكون عرضة لأن تقطع .

وتحديد المدة التي يبقى فيها المقاولون والمهندسون مسؤولين عن خلل البناء بعشر سنوات أخذ به المشروع جريا على نسق التقنين المصري (م ٦٥١) وغالبية التقنيات التي أخذت عنه ، وقد أخذ بهذه المدة أيضا التقنين الفرنسي (م ١٧٩٢) والتقنين الاردني(٧٨٨) والتقنين المغربي (م ٧٦٩) والمشروع الفرنسي الايطالي (م ٥٢٢) والمشروع الكويتي السابق (م ٦٠) . أما تقنين الالتزامات السويسري (م ٣٧١) والتقنين اللبناني (م ٦٦٨) والتقنين العراقي (م ٨٧٠) . والتقنين السوداني (م ٥٢٥) قد أقصمت جميعها المدة الى خمس سنوات . ومع ذلك يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طوال هذه المدة (مادة ٢/٦٩٨) فإذا كان هناك معرض مدته سنة مثلا ، وأقام أحد العارضين مبنى في المعرض . يعرض فيه منتجاته فان المفروض أن هذا المبنى لا يدوم الا سنة واحدة . هي مدة بقاء المعرض ، وفي هذه الحالة تكون مدة الضمان سنة واحدة لا عشر سنوات .

ولتطبيق هذا الحكم يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصدا بالبناء أن يبقى لمدة أقل من عشر سنوات . فلا يكفي مجرد النص في عقد القاطلة على مدة للضمان أقل من عشر سنوات .

٦ - تسقط دعوى الضمان باقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب (المادة ٦٩٦ من المشروع) وهي سنة في بعض التقنيات الأخرى ، (المادة ٦ من المشروع الكويتي السابق والمادة ٨٧٠ من التقنين العراقي والمادة ٧٩١ من التقنين الاردني ، والمادة ٥٢٨ من التقنين السوداني) .

ويخلص من ذلك أن رب العمل يستطيع أن يرفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات يبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم ، فإذا انكشف العيب أو حصل التهدم بعد خمس سنوات مثلا من وقت اتمام الانشاء . كان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان أى الى اقضاء ثمانى سنوات من وقت اتمام الانشاء ، وإذا انكشف العيب أو حصل التهدم في آخر السنة العاشرة من وقت اتمام الانشاء ، وكان أمامه ثلاث سنوات أخرى لرفع الدعوى ، أى ثلاث عشرة سنة من وقت اتمام العمل ، وتكون هذه هي اقصى مدة يمكن ان تنقضى من وقت اتمام الانشاء الى وقت رفع دعوى الضمان فإذا انقضت مدة الثلاث سنوات ولم ترفع دعوى الضمان خلالها ، فان الدعوى تسقط .

فلو كان العيب ظاهرا بحيث يمكن كشفه بالفحص المتباد ، فان تقبل رب العمل للعمل دون اعتراض لا يسقط الضمان .

٤ - وإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم ، دون الاشراف على التنفيذ فانه لا يكون مسئولاً الا عن العيوب التي أتت من التصميم ، دون العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ (مادة ١/٦٩٣) سواء كانت عيوب التصميم راجعة الى خطأ فني ، أو الى مخالفة قوانين البناء ولوائحه . غير أن المهندس إذا أشرف على التنفيذ يكون مسئولاً عن عيوب التصميم وعن عيوب التنفيذ معا (مادة ٢/٦٩٣) .

أما المقاول ، فانه لا يكون مسئولاً الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط أو عدم التصرف في وضع التصميم (مادة ١/٦٩٤) . ولكن اذا كان العيب في التصميم من الواضح بحيث لا يخفى على المقاول ، كان يكون متعلقا بمخالفة قوانين البناء ولوائحه ويقوم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من ظهور العيب فيه ، فانه يكون هو أيضا ملتزما بالضمان ، ومن ثم فانه يكون على المقاول اذا ظهر له عيب في التصميم أن يوقف العمل ولا يعود اليه الا اذا تم اصلاح العيب . ومع ذلك يكون المقاول مسئولاً عن العيوب التي ترجع الى التصميم اذا كان المهندس الذى قام بوضعه تابعا للمقاول (مادة ٢/٦٩٤) . فاذا كان كل من المهندس والمقاول مسئولاً عما وقع في التنفيذ من عيب ، كانا متضامنين في المسئولية (مادة ٦٩٥) . وعلى ذلك فاذا أشرف المهندس على التنفيذ فانه يكون متضامنا مع المقاول فى حصول عيوب التنفيذ ومستقلا وحده فى الضمان من عيوب التصميم . الذى وضعه بتكليف من رب العمل . واذا كان المقاول مسئولاً عن العيب في التصميم لوضوحه كان متضامنا مع المهندس في ذلك . وقد روعي في وضع هذه الاحكام ان التصميم يجب أن يقوم بوضعه مهندس مختص كما تنص قوانين تنظيم أعمال البناء .

وغنى عن البيان أنه اذا قضي على أى من المهندس أو المقاول بالتعويض كاملا لقيام الضمان فانه يكون له أن يرجع على الآخر وتقسيم المسئولية بينهما بنسبة مساهمة خطأ كل منهما في احدث الضرر مع مراعاة جسامه الخطأ .

٥ - يتحقق الضمان اذا حدث سببه خلال عشر سنوات تبدأ من وقت اتمام البناء أو الانشاء (مادة ١/٦٩٢) وهو ما يتشبه مع الحكمة من فرض هذا الضمان ، وفي ذلك يتفق المشروع مع المشروع الفرنسي الايطالي (٥٢٢) والتقنين الاسباني (١٥٩١) والتقنين الايطالي . أما التقنين المصري والتقنين العربية الأخرى وكذلك تحنين الالتزامات السويسري ، فيبدأ سريان المدة فيها من وقت تسلم العمل (أو قبلة كسما هو المتصور) .

بأعمال مادية تعتبر منصفة به وتابعة له . وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود ، وبخاصة عقدي العمل والمقاولة . أما اذا كان العمل الموهود به قد تحضض عملا ماديا ، فان العقد لا يكون وكالة ، بل قد يكون عقد عمل أو عقد مقاولة .

والتصرف القانوني محل الوكالة يجب أن يكون جائزا . أي مشروعاً . فإذا كان غير مشروع لمخالفته للقانون أو لنظام العام أو للاداب ، كان باطلا وكان التوكيل فيه ايضا باطلا . ومع ذلك فقد تجدد نص القانون من يصوز توكيله في أمر من الامور المشروعة ، ومن ثم يكون توكيل غير من حدته هذه النصوص غير جائز لمخالفته للقانون . ومن ذلك التوكيل في الخصومة ، فهو وإن كان في الاصل جائزا ، لانه توكيل في أمر مشروع ، غير أن نصوص قانون المرافعات تجدد من يجوز توكيله في الحضور أمام القضاء .

وغني عن البيان أن التصرف القانوني محل الوكالة ، يجب أن يكون أيضا ممكنا ، وهو ما تقتضى به القواعد العامة ، فإذا كان مستحيلا ، كانت الوكالة باطلة تبعا لذلك . ومع هذا قد يكون التصرف القانوني ممكنا ، ولكن طبيعته لا تقبل التوكيل فيه اذ يكون عملا يقتضى أن يقوم به صاحبه شخصيا ، ومن ذلك حضور الخصم أمام القضاء للاستجواب أو لطلب الميئن .

(اولا) اركان الوكالة :

يعرض المشروع في المادة ٦٩٩ منه لاهلية الموكل ، أي الاصيل ، فالتصرف القانوني الذي ييسره النائب لحساب الاصيل وباسمه ينصرف أثره الى الاصيل مباشرة (المادة ٥٧ من المشروع) ولذلك يجب ان يكون الموكل أهلا أن يؤدي بنفسه التصرف الذي وكل به غيره . والعبرة في توافر الاهلية في الموكل هي بوقت الوكالة وبالوقت الذي يباشر فيه الوكيل التصرف أيضا .

أما الوكيل فان اهليته تخضع للقواعد العامة .

وتعرض المادة ٧٠٠ من المشروع لشكل الوكالة فنص على انه يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة . فلما كان الاصل في التصرفات القانونية أن تكون رضائية لا تستوجب شكلا خاصا ، فكذلك الاصل في الوكالة أن تكون هي ايضا رضائية . ولكن هناك عقودا شكلية تقتضى لانفاذها شكلا خاصا ، وورقة رسمية أو ورقة مكتوبة مثلا ، فهذه يجب ان تكون الوكالة فيها ايضا شكلية ، وهو استثناء من الاصل العام الذي قرره المادة ٥٥ من المشروع .

وعرض المشروع في المواد من ٧٠١ الى ٧٠٣ لنطاق الوكالة . فالوكالة تنقسم من ناحية التصرفات القانونية التي تكون محلا لها ، الى قسمين رئيسيين : وكالة عامة ووكالة خاصة .

٧ - تعتبر أحكام الضمان الذي تعرض له النصوص المتقدمة - خلافا لأحكام الضمان بوجه عام - من النظام العام وفي ذلك تنص المادة ٦٩٧ من المشروع على أن كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلا ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة فنية ولذلك حماه المشروع هذه الحماية الخاصة ، ومن ثم فلا يجوز الاتفاق مقدما على الإعفاء من الضمان أو على الحد منه ، أما بعد تحقق سبب الضمان وتبين رب العمل خطورة العيوب التي اكتشفت ، فانه يكون له وقد ثبت حقه في الضمان أن ينزل عن هذا الصنف كله أو بفضه نزولا صريحا أو ضميا . ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق مقدما على تشديد الضمان ، اذ أن الضمان انما قصد به حماية رب العمل ، فليس هناك ما يحول دون أن يقوى رب العمل هذه الحماية باتفاق خاص .

الفصل الثاني الوكالة

الوكالة شرعا اقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم ودليل جوازها قوله تعالى (فابشروا أحدكم بورتكم هذه الى المدينة) ، لأن ذلك كان توكيلا . وما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل حكيم ابن حزام بشره الاضحية ، كما أجمعت الامة على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا . وسببها حاجة الناس اليها لترفعهم أو عجزهم .

وأحكام الوكالة في القانون الكويتي الحالي موزعة بين مصادر مختلفة ، فقد عرضت المجلة للوكالة في الكتاب الثاني عشر منها (المولد ١٤٤٩ - ١٥٣٠) فتكلمت على ركنها وتقسيمها وبينت شروطها وأحكامها وعرض لها أيضا قانون التجارة في الباب الرابع من الكتاب الثالث (المولد ٥٤٣ - ٥٥٨) ، كما تضمن قانون التسجيل العقاري بعضا من أحكامها .

وقد أعاد المشروع تنظيم هذه الاحكام بعد تعديلها بالتعديلات المناسبة ، مراعيًا في ذلك عدم تكرار النصوص التي أوردتها في القواعد العامة للالتزامات عند الكلام عن النيابة . فعرض في عقد الوكالة ، أساسا ، للاحكام المتعلقة بعلاقة الموكل بالوكيل ، مع الاحالة على احكام النيابة في الاحكام الاخرى المتعلقة بالعلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه الوكيل .

وتبدأ نصوص المشروع بتعريف الوكالة ، فتعرفها المادة ٦٩٨ ، بأنها عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني .

ويخلص من هذا التعريف أن محل الوكالة الاصيلي يكون دائما تصرفا قانونيا ، حتى ولو استتبع هذا التصرف القيام

ذلك الى ما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين (مادة ٧٠٣) .

فالوكالة العامة يمكن أن تمتد أيضا الى أعمال التصرف ، اذا كانت أعمال الادارة تقتضيها ، ومن ذلك بيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلطف ، وشراء ما يستلزمه المال الذي يديره الوكيل من أدوات لحفظه واستغلاله . وان وكالة البيع تشمل تسليم البيع ، والوكالة بالشراء تشمل تسلم الشيء المشتري ، والوكالة بالايجار تشمل تسليم المأجور ، والوكالة بالاقراض تشمل تسلم مبلغ القرض ، كما تشمل الوكالة قبض الدين اعطاء المخاضة بدفنه وشطب الرهن الذي يضمته وقبض الدين قبل مياد حلوله ، واستيفاء جزء من الدين إذ جرى العرف بذلك أو انصرفت اليه نية المتعاقدين وهكذا .

(ثانيا) آثار الوكالة :

١ - التزامات الوكيل :

تعرض نصوص المواد من ٧٠٤ الى ٧٠٧ لالتزامات الوكيل :
(أ) وأول هذه الالتزامات تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة وعدم مجاوزتها . ولكن للوكيل أن يخرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه لخطر الموكل سلفا اذا كانت الظروف تغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الياوفاق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ليتبين موقفه (مادة ٧٠٤) .

(ب) كذلك يجب أن يبذل الوكيل في تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية ، فإذا كانت الوكالة بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص العادي (مادة ٧٠٥/٢) أما اذا كانت بغير أجر ، فان على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك مزيد من عناية الشخص العادي (١/٧٠٥) .

(ج) ويلتزم الوكيل بإبلاغ موكله عن الحالة التي وصل اليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها ، من تلقاء نفسه أو كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة ، وان يقدم له حسابا عن وكالته عند انتهائها . ويجب أن يكون الحساب مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة وفيه بدأ بالمستندات ، حتى يتسكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل وإذا تعدد الوكلاء قدموا حسابا واحدا الا اذا كانت أعمال الوكالة موزعة بينهم فيقدم كل وكيل حسابا مستقلا عن أعماله . ومع ذلك لا يكون الوكيل ملتزما بتقديم حساب عن وكالته اذا قفت طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بذلك ، فقد تقتضى طبيعة المعاملة بعدم تقديم حساب ، اذا كان التصرف جزئيا والوكالة لا يجتثل تقديم حساب عنه ، كالوكالة في الاقرار أو في الزواج أو في الطلاق . وقد تقتضى الظروف بالاعفاء عن تقديم الحساب نظرا للصلة القائمة بين الموكل والوكيل . وكذلك قد

أما الوكالة العامة فهي التي ترد في الفاظ عامة ، فلا يعين فيها الموكل مثل التصرف القانوني المعهود به الى الوكيل بل ولا يعين نوع هذا التصرف ذاته فيقول للوكيل مثلا : وكنك في ادارة اعصابي ، أو في مباشرة ما تراه صالحا لي ، أو جعلتك وكيلًا مفوضا عني ، أو نحو ذلك من العبارات التي تشير الى الادارة أولا تشير اليها ، ولكنها حتى لو اشارت الى الادارة تكون في الفاظ عامة لا تخصيص فيها . وسواء اشارت الوكالة العامة الى الادارة أو لم تشر ، فانها لا تخول الوكيل صفة الا في ائعمال الادارة (مسادة ١/٧٠١) وقسده أزد المشروع في الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ ، طائفة من أعمال الادارة التي تشملها الوكالة العامة ، ولكن هذه الاعمال لم ترد على سبيل الحصر ، بل ذكرت على أنها من أبرز أعمال الادارة ، فهناك أعمال ادارة أخرى لم يذكرها النص ويمكن أن يقوم بها الوكيل ، ومن ذلك التنفيذ على أموال مدني الموكل لاستخلاص حقوقه ، ورفع دعاوى الحيازة دون دعاوى الملكية ودعاوى التمسك فهذه وتلك تقتضى توكيلا خاصا وكذلك يكون للوكيل أن يرفع جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الادارة التي يقوم بها ، وأن يشطب الرهن بعد استيفاء الحق ، كما يجوز له قبل ذلك أن يبيد الرهن وأن يجرد قيده .

وأما الوكالة الخاصة فهي التي تتحدد بتصرف أو تصرفات قانونية معينة ، سواء كانت من أعمال الادارة كالتوكيل بالايجار أو بأعمال الحفظ والصيانة ، أو كانت من أعمال التصرف . كالتوكيل ببيع والشراء والصلح والتحكيم . فأعمال الادارة تشمل الوكالة العامة كما تشمل الوكالة الخاصة ، ولكن التصرفات التي لا تدخل في أعمال الادارة لا يصح أن تكون معالا الا لو كانت خاصة (مادة ٧٠٢/١) لخطورتها ، وفي ذلك يجوز أن تقتصر الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات ، كبيع منزل معين أو رهنه . كما يجوز أن تشمل نوعا معينًا منها ، كالتوكيل في البيع أو التوكيل في الرهن ، دون تعيين للمحل الذي يقع عليه التصرف . ومع ذلك فانه اذا كان التصرف من التبرعات كالتبرع بالايجار ، فان التوكيل فيه يجب أيضا أن يعين المحل الذي يرد عليه التصرف . فلا يكفي أن يوكل شخص شخصًا آخر في البراء أو في الإبراء دون تعيين للمحل وذلك لخطورة هذه التصرفات ، بل يجب أن يعين المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الإبراء منه (مادة ٧٠٢/٢) والاصل أن الوكالة - سواء كانت عامة أو خاصة - لا تجعل للوكيل صفة الا في مباشرة الامور المحددة فيها ، فالتوكيل بالايجار من دين لا يشمل التوكيل بحوالته ، والتوكيل ببيع منزل لا يشمل التوكيل بايجاره والتوكيل بالصلح لا يشمل التوكيل بالتحكيم . ولكن الوكالة مع ذلك تشمل كل ما يقتضيه تنفيذها من تصرفات أو أعمال ضرورية ، ويرجع في ذلك الى طبيعة التصرف محل الوكالة والى ما جرى به العرف ، وقبل

إذا كان الموكل قد رفض اقرار عمل الوكيل .

وأخيراً يتفق نص المادة ٧١٠ من المشروع مع المجلة في أنه لا يجيز للوكيل أن يقيم نائبا عنه الا بإذن الموكل . فإذا رخص الموكل للوكيل في اقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً الا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٢ - التزامات الوكيل :

تعرض المواد ٧١١ - ٧١٤ لالتزامات الموكل قبل الوكيل ، فهو يلتزم بأن يدفع له الاجر وأن يرد له ما أنفقه وأن يعوضه عما يصيبه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة .

(١) اما عن الالتزام بدفع الاجر :

فالشائع في غالبية التتينات أن الوكالة تكون تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك ، وهو حكم موروث عن تقاليد القانون الروماني حيث كانت بعض المهن الحرة ، وبخاصة مهنة المحامى ومهنة الطبيب ، من المكانة الرفيعة في نظر الرومان بحيث تترفع عن الاجر ولكنه مع تطور الظروف الاقتصادية وما تقتضيه من أن يعيش اصحاب المهن الحرة من ممارسة مهنتهم ، أجزى لهم ، لا أن يأخذوا أجراً ، بل أن يتقاضوا أتعاباً تحمل معنى التقدير ، وانتقلت هذه التقاليد الى مدونة نابليون عبر القانون الفرنسى القديم فصجعت الوكالة تبرعا في الاصل ، ولا يكون للوكيل أجر الا اذا اتفق عليه مع الموكل . وتأثر القضاء الفرنسى بأن أجر الوكيل لا يكون الا باتفاق فذهب الى أنه حتى مع وجود هذا الاتفاق يجوز للقضاء تخفيض أجر الوكيل . ثم انتقلت هذه الاحكام الى التقنين المصرى كما انتقلت الى غيره من التتينات .

وقد أثر المشروع أن لا يغير من هذه الاحكام ، فالوكالة تكون فى الاصل تبرعية مالم يشترط أو يتبين من الظروف خلاف ذلك ، وتقدير ذلك متروك للقاضى الموضوع .

فاذا اتفق الطرفان على مقدار الاجر ، كان هذا المقدار خاضعاً لتقدير القاضى . الا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة .

(ب) وقد يقتضى تنفيذ الوكالة نفقات يصرفها الوكيل ، فيلتزم الموكل بردها اليه طبقاً لنص المادة ٧١٢ من المشروع . ولكنه يجب أن تكون هذه النفقات قد استلزمها تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد . فلا يسترد الوكيل نفقات يتجاوز بها حدود الوكالة أو تكون غير لازمة لتنفيذ الوكالة ، أو تكون نفقات غير معقولة كان يمكن تفاديها لو نفذت الوكالة التنفيذ المعتاد بأن يذل الوكيل في تنفيذها العناية الواجبة ولم يرتكب خطأً في ذلك . وغنى عن البيان أن هذه النفقات يجب أن تكون مشروعة ، فلو دفع الوكيل رشوة لم يجز له استردادها .

يتفق الموكل مع الوكيل على عدم تقديم حساب فيكون هذا الاتفاق صحيحاً (مادة ٧٠٦) .

(د) وأخيراً ، يلتزم الوكيل ، اذا وقع في يده مال للموكل ، الا يستعمل هذا المال لصالح نفسه بدون اذن والا كان ملزماً بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضى بمرعاة ظروف الحال (مادة ٧٠٧) .

ويعرض المشروع بعد ذلك في المادتين ٧٠٨ و ٧٠٩ لتعدد الوكلاء ومسئوليتهم فيفرق في ذلك بين فرضين :

(الاول) أن يعين الوكلاء بعقد متفرقة . وفي هذه الحالة يجوز لأى وكيل منهم أن ينفرد بالعمل ، الا اذا اشترط الموكل عليهم أن يعملوا مجتمعين ، فعندئذ لا يجوز لاحد منهم أن ينفرد بالعمل (مادة ٧٠٨/١) .

(الثاني) أن يعين الوكلاء بمقد واحد وفي هذه الحالة يجب عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا رخص الموكل لهم ، صراحة أو ضمناً ، في الافراد بالعمل .

على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج فيه الى تبادل الراى . فيجوز لاي من الوكلاء أن يباشره منفرداً (مادة ٧٠٨/٢) ، لانتفاء الحكمة من وجوب اجتماعهم . ومثال ذلك أن يكون التصرف هو قبض دين معين أو الوفاء به أو الإبراء منه .

والاصل أنه اذا تعدد الوكلاء ، فاهم لا يكونون متضامنين في التزاماتهم قبل الموكل باعتبارهم مدينين ، لان التزاماتهم ناشئة عن العقد ، ولا تضامن في الالتزامات العقدية الا باتفاق أو بنص في القانون . على أن المشروع قد نص في المادة ٧٠٩ على تضامن الوكلاء في حالتين :

(أ) اذا كانت الوكالة غير قابلة للتقسام ، كان يكون العمل الموكل به هو بيع منزل معين وقبض ثمنه ، فلا يتصور في هذه الحالة أن ينفرد كل وكيل بالعمل إذ أن صفقة البيع لا تتجزأ ، ومن ثم يجب على الوكيلين أن يعملوا مجتمعين ويكونان مسؤولين في ذلك بالتضامن قبل الموكل .

(ب) اذا كانت الوكالة قابلة للتقسام ولكن الضرر الذى أصاب الموكل كان نتيجة خطأ مشترك من الوكلاء جميعهم ، ففي هذه الحالة يكون الوكلاء مسؤولين بالتضامن قبل الموكل . وفي غير هاتين الحالتين ، لا يكون الوكلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم الا اذا اشترط التضامن .

على أن الوكلاء لا يسألون - ولو كانوا متضامنين - عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة . فاذا انفرد أحدهم بمجاوزة حدود الوكالة فانه يكون مسئولاً وحده قبل الغير الذى تعامل معه

٢- والوكالة عقد غير لازم ، فلكم لو أن يعزل الوكيل في أي وقت قبل اتمام العمل محل الوكالة ، فتنتهي الوكالة بعزله وله من باب أولى أن يقيد من وكالته (مادة ٧١٧/١) كأن يوكله في البيع وقبض الثمن ثم يقيد الوكالة بالبيع دون قبض الثمن ، فيكون هذا عزلاً جزئياً من الوكالة ، وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، على أنه يرد على حق الموكل في عزل الوكيل أو تقييده وكالته قيودان (الاول) انه اذا عزل الموكل الوكيل بغير مبرر معقول أو في وقت غير مناسب . فانه على الرغم من صحة العزل وانعزال الوكيل به . فانه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا العزل (مادة ٧١٧/٣)(الثاني) من الغير ، فانه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييده الوكالة دون رضاه من صدرت الوكالة لصالحه (مادة ٧١٧/٢) ، ومثل أن تكون الوكالة في صالح الوكيل ، أن يوكل الشركاء في الشيوخ شركائهم في ادارة المال السائم ، وأن يوكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه أو عليه حسب الخطر المؤمن منه ، ومثل أن تكون الوكالة في صالح الغير أن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع منزل له وقبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن ، فهذه وكالة في صالح الغير وهو الدائن .

كذلك يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أي وقت قبل اتمام العمل الموكل اليه ، ويتم التنحي بإعلانه للموكل (مادة ٧١٨) ، فلا ينتج التنحي أثره الا بوضو له الى علم الموكل . وجواز تنحي الوكيل كجواز عزله ، قاعدة من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ولكنه يرد على جواز تنحي الوكيل عن الوكالة قيودان (الاول) أنه اذا تنحى عنها في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول صح تنحيه ، ولكنه يكون مسئولاً عن تمويض الموكل عما يلحقه من ضرر (مادة ٧١٨/١) . (الثاني) أنه اذا كانت الوكالة لصالح شخص من الغير ، فلا يجوز التنحي عن الوكالة الا اذا وجدت أسباب جديدة تبرر هذا التنحي مع اخطار الغير واعطائه وقتاً كافياً ليتخذ ما يراه مناسباً لرعاية مصالحه (مادة ٧١٨/٢) ، أما اذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه فانه يجوز له التنحي دون شرط لانه هو الذي يقدر مصلحته ، وقد طبق القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٤ في شأن تنظيم مهنة المحاماة ، هذه القواعد على تنحي المحامي عن وكالته ، فأوجب عليه أن يخطر موكله بتنحيه بكتاب موصى عليه وأن يستتر في مباشرة اجراءات الدعوى شهراً على الاكثر ، ولا يجوز له التنحي اذا كان منتدياً للدفاع عن الفقير الا لاسباب تقبلها لجنة

والوكيل يسترد هذه النفقات مهما كان حظه من النجاح في مهته ، وحتى لو فشل فيها ، لان التزامه التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية .

كذلك يلزم الموكل أن يقدم للوكيل المبالغ اللازمة للاتفاق منها في تنفيذ الوكالة مالم يتفق على خلاف ذلك (٧١٢/٢) .

(ج) واذا أصاب الوكيل ضرر من تنفيذ الوكالة بالتنفيذ المعتاد ولم يكن قد ارتكب خطأ تسبب عنه هذا الضرر ، فان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذا الضرر (مادة ٧١٣) ، يستوى في ذلك أن يكون الوكيل قد نجح في مهته أو لم ينجح .

وتنص المادة ٧١٤ من المشروع على أنه اذا تعدد الموكلون في تصرف واحد ، كانوا متضامين في التزاماتهم قبل الوكيل دون حاجة الى شرط خاص في ذلك ، فلو وكل عدة أشخاص محامياً في قضية مشتركة بينهم كانوا متضامين في دفع الاجر للمحامى ورد المصروفات وتحمل الالتزامات الاخرى .

ويستوى بعد ذلك أن تكون الوكالة بأجر أو أن تكون بغير أجر ، كما يستوى أن يكون الوكيل قد نجح في مهته أو لم ينجح . ففي كل هذه الاحوال يكون الموكلون المتعددون متضامين نحو الوكيل في جميع التزاماتهم الناشئة عن عقد الوكالة ويستطيع الوكيل الرجوع على أي منهم بأى التزام من هذه الالتزامات كاملاً .

على أن تضامن الموكلين على النحو السالف ليس من النظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاد التضامن ، ويصبح كل موكل مسئولاً عن الالتزامات بالنسبة التي يتفق عليها ، فان لم يتفق على نسبة معينة ، كان مسئولاً بنسبة ما له من مصلحة .

وكل ما تقدم خاص بالعلاقة بين الموكل والوكيل ، أما في علاقة كل من الموكل والوكيل بالغير ، فان أحكام الوكالة تنفق مع أحكام النيابة بوجه عام والتي نظمها المشروع في المواد من ٥٦ الى ٦١ وقد اقتضى ذلك عدم تكرار هذه الاحكام والاحالة في شأنها الى الاحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد (مادة ٧١٥ من المشروع) .

(ثالثاً) انتهاء الوكالة :

تعرض نصوص المواد من ٧١٦ الى ٧١٩ لانتهاء الوكالة :

١- فالوكالة تنتهي انتهاء عاديًا ، باتمام العمل الموكل فيه . وباقتضاء الأجل المعين لها ، كما تنتهي أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما أهليته (مادة ٧١٦) ، لأن لشخصيه كل متعاقد اعتباراً في نظر الآخر . على أن انتهاء الوكالة بموت أحد طرفيها ليس من النظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك .

عند انتهاء الوديعة .

١ - فالوديعة يلتزم طبقاً لنص المادة ٧٢١ بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن ذلك اعتبر مخالفاً بالتزامه وتحمل بالمسئولية طبقاً للقواعد العامة . والغالب أن المودع لا يطلب التنفيذ العيني ، إذ الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، وإذا أبقى الوديعة تسلم الوديعة فإن ثقة المودع فيه تتزعزع ، لذلك يكون الاصلاح للودع أن يطلب الوديعة بالتعويض عما أحسبه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه . وغنى عن البيان أن الوديعة لا ينقل ملكية الوديعة الى الوديعة ، لذلك فسان الوديعة لا يتحمل تبعه هلاك الوديعة بسبب اجنبى سواء قبل التسليم أو بعده .

والوديعة ليس له أن يستعمل الوديعة ، ولا أن يسمح لاحد باستعمالها ، الا اذا اذن له المودع بذلك صراحة أو ضمناً . وهذا الاذن لا يفترض . بل يقع على عاتق الوديعة عبء اثباته . وإذا أخل الوديعة بالتزامه ، فاستعمل الوديعة دون اذن أو تصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الايجار أو العارية أو أي تصرف آخر ، كالمسئول عن ذلك مسؤولة مدنية ، وجازت أيضاً مساءلته جنائياً عن جريمة التهديد اذا توافرت أركانها .

٢ - ويلتزم الوديعة بحفظ الوديعة ، بل ان التزامه بالحفظ هو الالتزام الجوهري الذي ترتب على عقد الوديعة ، ولما كان الاصل في الوديعة أن يكون بغير أجر ، فان الوديعة لا يلتزم في حفظ الوديعة الا بالاعتناء التي يبذلها في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك مزيد من عناية الشخص المادى (مادة ١/٧٢٢) . أما اذا كان الوديعة نظير أجر ، فان الوديعة يلتزم في حفظ الوديعة بعناية الشخص المادى (م ٢/٧٢٢) ، وكل ذلك ما لم يتم الاتفاق على خلافه (٣/٧٢٢) ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية الوديعة ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو الاعفاء منها .

٣ - ولما كان شخص الوديعة يكون عادة محل اعتبار خاص عند المودع فانه لا يجوز للوديعة أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة الا في حالتين : (١) اذا اذن له المودع فى ذلك اذا صريحاً (٢) أو اذا اضطر الى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة (مادة ٧٢٣) ، كما اذا فاجأه داع للفسر ولسم يتسكن من رد الوديعة الى المودع فاضطر الى ايداعها عند من يائمنه عليها ، ويكون عليه أن يضطر المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الاخطار .

٤ - ويلتزم الوديعة ، عند انتهاء الوديعة ، أن يرد الوديعة الى المودع أو الى ما من يظفها فاذا كانت الوديعة مما ينتج ثماراً وقبضها المودع لديه وجب عليه ردها أيضاً الى المودع ، ويكون الرد في المكان الذى كان يجب فيه حفظ

المعونة القضائية أو المحكمة المنظورة امامها المدعى (المادتان ٢٦ و ٢٩ من القانون المذكور) .

٣ - وإذا انتهت الوكالة قبل انتهاء العمل الموكل فيه ، فانه يجب على الوكيل بالزغم من انتهاء وكالته بالمسؤل أو التسنى أو موت الموكل أو غير ذلك من الاسباب أن يستمر فى الاعمال التي بدأها حتى يصل بها الى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل . أما اذا كانت الوكالة قد انتهت بموت الوكيل ، فانه يكون على ورثته اذا توافرت فيهم الاهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل ، وأن يبادروا باخطاره بمسوت مورثهم حتى يتدبر أمور (المادة ٧١٩) ، وغنى عن البيان أنه اذا لم تتوافر في الورثة الاهلية اللازمة لقبيا بهذه الاعمال التحفظية ، فلا التزام عليهم حتى لو كان لهم نائب يمثلهم يستطيع أن يقوم عنهم بهذه الاعمال .

الفصل الثالث

الايدياع

عرضت المجلة لعقد الوديعة في الكتاب السادس منها المتعلق بالأمانات . كما عرض قانون التجارة لبعض أنواع من الوديعة هي الوديعة في المحازن العامة والوديعة في البنوك (المواد ٥٧٨ - ٥٤٢ و ٦٣٠ - ٦٣٣) .

وقد وضع المشروع هذا العقد في مكانه بين العقود الواردة على العمل ، وبمعد أن عرف الوديعة حدد التزامات الوديعة (المودع عنده) والتزامات المودع وبين اسباب انتهاء العقد ، ثم عرض لبعض أنواع الوديعة فوضع لها ما تقتضيه من أحكام .

وتعرف المادة ٧٢٠ الوديعة بأنه عقد يلتزم الوديعة بمقتضاه أن يتسلم من المودع شيئاً لحفظه ، وأن يرده عنينا .

ويتضح من هذا التعريف أن الوديعة عقد رضائي ، يلتزم الوديعة بوجوب أن يتسلم شيئاً ، متنقلاً أو عقاراً ، ليتولى حفظه ثم يرده عنينا . فالقيد يتم قبل التسليم ، أما تسليم الوديعة فهو التزام في ذمة الوديعة بعد انعقاد العقد . وفي ذلك يتفق المشروع مع التقنين المصرى والتقنينات التي حادت حذوه . وكذلك مع تقنين الالتزامات السويسرى . أما التقنينات العربية الأخرى وكذلك غالبية التقنينات الاجنبية فان الوديعة فيها عقد عيني .

(اولا) التزامات الوديعة :

وتعرض المواد ٧٢١ - ٧٢٥ لالتزامات الوديعة فهو يلتزم بأن يتسلم الوديعة وبأن يقوم بحفظها ، وبأن يردها للمودع

حفظ المنقولات الحفظ العادي كأجرة المكان وأجر الحارس وكذلك مصروفات الصيانة المتأداة كلف الحيوان وتشحيم السيارة ، كل هذا يرجع به الوديع على المودع بموجب عقد الوديعة .

كذلك يلتزم المودع بتعويض الوديع عما يصيبه من ضرر بسبب الوديعة ، فإذا كان في الشيء المودع عيب خفى ، كمرض معد في الحيوان ، ولم ينبه المودع الوديع الى وجود هذا العيب ، كان مسئولاً عن تعويض الوديع عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك ، الا اذا كان هذا الاخير عالماً بالعيب دون تبيسه .

(ثالثاً) انتهاء الوديعة :

تعرض المواد ٧٢٨ - ٧٣١ لانتهاء الوديعة ، فهو ينتهي باقضاء الاجل ويرجع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الاجل وكذلك بموت الوديع .

١ - فقد يتفق المتعاقدان على أجل لحفظ الوديعة ، فينتهي العقد باقضاء هذا الاجل ، سواء كان متفقاً عليه صراحة أو ضمناً . وإذا لم يتفق على أجل ، كان لكل من المتعاقدين انهاء الوديعة بعد اخطار الطرف الآخر بيميناد مناسب (مادة ٧٢٨ من المشروع) .

٢ - ولما كان الاصل في الوديعة أن الاجل يكون محدداً لمصلحة المودع ، فانه يكون له أن ينزل عن الاجل ويطلب رد الوديعة وذلك دون اخلال بحق الوديع في الاجر عما بقي من مدة (مادة ٧٢٩ من المشروع) .

كذلك يجوز للوديع أن يطلب انهاء الوديعة قبل الاجل المتفق عليه ، اذا كان الوديعة بغير أجر ، وطراً للوديع أسباب يتعدى معها أن يستمر حافظاً للوديعة (مادة ٧٣٠) ، لأن الوديع يكون في هذه الحالة متبرعاً ولا يصح أن يضار بتبرعه .

٣ - كذلك ينتهي الوديعة بموت الوديع ، ما لم يتفق على غير ذلك (مادة ٧٣١) ، لأن شخص الوديع يكون محل اعتبار عند التعاقد فوجب أن ينحل العقد بموته الا اذا اتفق على غير ذلك . ومتى انحل العقد استقرت في تركه الوديع الالتزامات التي ترتبت عليه الى وقت انحلاله فتبقى التركة مثقلة بها ، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة .

(رابعاً) بعض انواع الوديعة :

ويرض المشروع بعد ذلك لبعض انواع الوديعة ، وهي الوديعة الناقصة والوديعة في التناقض .

١ - فإذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يملك بالاستعمال وأذن المودع للوديع في استعمال

الوديعة ، وتكون مصروفاته على المودع وكل ما سبق ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (مادة ٧٢٤) .

٥ - وقد يموت الوديع ، ويعتقد وارثه بحسن نية أن الوديعة ملك لموته وتدخل في تركته فيتصرف فيها . فان كان تصرفه فيها بالبيع وتعذر على المودع استردادها من المشتري التزم الوارث أن يرد الى المودع ما قبضه من ثمن أو أن يحول اليه ما عسى أن يكون له من حقوق قبيل المشتري (مادة ١/٧٢٥) ، أما ان كان قد تصرف فيها بطريق التبرع وتعذر على المودع استردادها من المتبرع اليه . فان الوارث يلتزم أن يرد الى المودع قيمتها وقت التبرع (مادة ٢/٧٢٥) . وكل ذلك يصدر عن المنقول ، أما اذا كان الشيء المودع عقاراً . وباعه الوارث ولو بحسن نية ، فان ملكيته لا تنتقل الى المشتري بالبيع ، لأن البيع قد صدر من غير مالك ، ولذلك يستطيع الوديع وهو المالك الحقيقي أن يسترد العقار من تحت يد المشتري .

(ثانياً) التزامات المودع :

ويرض المشروع في المادتين ٧٢٦ و ٧٢٧ لالتزامات المودع ، وهي دفع الاجر اذا كان مشروطاً ورد المصروفات التي أنفقها الوديع في حفظ الوديعة ، وتعويضه عن كل ما لحقه من خسارة بسببها .

١ - والاصل في الوديعة أن يكون بغير أجر . الا اذا وجد اتفاق على الاجر وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً . كما قد يكون ضمناً يستخلص عادة من حرفة الوديع ، فالإيداع في المخازن العامة مثلاً يفترض فيه أن يكون بأجر . واذا لم يعين مقدار الاجر ، ترك تعيينه للعرف أو لتقدير القاضي . ولا يجوز تعديل الاجر المتفق عليه لا بالنقص ولا بالزيادة . ويدفع الاجر في الوقت الذي يتفق عليه المتعاقدان ، فإذا لم يتفق على وقت كان الاجر مستحقاً في الوقت الذي يعينه العرف ، فان لم يوجد عرف ، كان الدفع في الوقت الذي ينتهي فيه حفظ الوديعة (مادة ٧٢٦ من المشروع) . وغنى عن البيان أنه اذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد استحق الوديع الاجر بنسبة المدة التي بقيت فيها الوديعة في حفظه ما لم يتفق على غير ذلك .

٢ - فإذا أتم الوديع مصروفات لحفظ الوديعة انتم المودع بردها اليه (مادة ٧٢٧) . والمتصور بحفظ الوديعة هنا حفظاً من الهلاك اذا تعرضت لخطر وكذلك الحفظ العادي اذا اقتضى هذا المصروفات ما . فان أودع شخص عند آخر بضائع أو منقولات أخرى ، فان ما ينتفعه الوديع على هذه المنقولات لحفظها من الهلاك ، كرشها بالبيدات الحشرية وتثبيتها وكاسط التامين ضد السرقة والحرق وما ينتفعه في

أحد أتباعه . ففى هذه الحالات يجوز الرجوع عليه بكل القيمة أيا كان مقدارها ولو زادت على ألف دينار .

(ب) أن يكون قد تسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة الأخرى ، وأخذ على عاتقه حفظها وهو على علم بقيمتها .

(ج) أن يكون قد رفض تسلم هذه الأشياء عمدة لديه وهو على علم بقيمتها دون أن يبدى لذلك سببا معقولا .

(الثانى) الزام النزيل باخطار صاحب الفندق بسرقة الشيء أو فقده أو تلفه بمجرد كشفه لذلك ، فإن أبطأ فسى الاخطار دون عذر مقبول فلا يكون صاحب الفندق مسؤولا اذا أثبت أنه لو أخطر فى وقت مناسب لامكنه تقاضى الضرر (مادة ١/٧٣٤) .

(الثالث) اذا اقتضت مدة ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه النزيل الفندق دون أن يطالب صاحب الفندق قضائيا بخصه ، سقطت دعواه (مادة ٢/٧٣٤) .

٤ - وإذا كان الاتفاق على تشديد مسؤولية صاحب الفندق جائزا بالرغم مما هي عليه من شدة ، غير أن الاتفاق على الاعفاء من هذه المسؤولية أو على التخفيف منها كان ولا يزال محل خلاف فى الفقه والقضاء ، ولذلك رأى المشروع حسا لهذا الخلاف أن ينص على بطلان كل شرط بالاعفاء من المسؤولية أو بالتخفيف منها (مادة ٧٣٥) . اذ أن النزيل اذا قبل مثل هذا الشرط يكون مضطرا الى قبوله فآثر المشروع أن يحميه وهو نص له مثيل فسى بعض التفهيمات الاجنبية (٦٥٩ صينى) .

الفصل الرابع الحراسة

لم يعرض الفقه الاسلامى ولا المجلة للحراسة بوجه عام ، وانما عرضوا لصورة خاصة من صورها فى حالة الرهن ، فأجازوا للراهن والمرتهن أن يتفقا على شخص يتسلم الرهن عن المرتهن ، ويسمى عدلا ، ولا يكون له أن يعطى الرهن لايهما الا برضاء الاثنين معا ، وإذا أعطاه لاحدهما دون رضاء الآخر كان له استرداده (المواد ٧٥٥ و ٧٥٢ و ٧٥٥ و ٧٦٠ من المجلة) .

ولكن الحراسة ، وبخاصة الحراسة القضائية ، قد أصبح لها فى العمل أهمية كبيرة ، مما حدا بقانون المرافعات المدنية والتجارية أن يعرض لها (فى المواد من ١٦٠ الى ١٦٧) عند الكلام على القضاء المستعجل ، كما جمع مشروع تطوير قانون المرافعات هذه النصوص فى المادتين ٣٢ و ٣٣ منه فعرض لاحوال فرض الحراسة القضائية ، وكيفية تعيين الحارس وبيان ما عليه من التزامات وما له من حقوق وسلطات .

هذا الشيء ، فلا ماص من أن يستهلك الوديع الشيء باستعماله ، ومن ثم لا يستطيع أن يرده بعينه ، وانما يرد مثله كما هو الحال فى القرض . ولذلك خرج المشروع بهذا النوع من الوديع ، ويسمى الوديع الناقص أو الشاذ عن أن يكون ايداعا واعتبره قرضا . (مادة ٧٣٣) ، واطهر مثال لذلك ، ودائع النقود فى المصارف حيث تنتقل ملكية النقود الى المصرف ويرد مثلها ، فيكون العقد فى هذه الحالة قرضا أو حسابا جاريا ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يرد الوديع الناقص على أشياء أخرى مما يهلك بالاستعمال ، كالقطن والحبوب .

على أنه اذا تم ايداع مبلغ من النقود على أن يرد بالذات دون أن يستعمل كان هذا ايداعا عاديا لا ايداعا ناقصا ، ويفترض فى ايداع النقود انه ايداع ناقص ما لم يقم الدليل على العكس .

٢ - أما الوديع فى الفنادق وما مالهنا من الاماكن فقد وضع المشروع له أحكاما خاصة تحمل أصحاب هذه المحال بمسئولية جسيمة عن الودائع التى يأتى بها النزلاء الى محالهم . وتظهر جسامته هذه المسئولية من وجهين :

(الاول) التوسع فى معنى الوديمة ، فأى شيء يأتى به النزيل معه فى الفندق يعتبر مودعا عند صاحب الفندق ولو لم يسلم اليه بالذات ، فيشمل ذلك كل ما يأتى به النزيل من حقائب وأمتعة وملابس ونقود ومجوهرات وأوراق مالية ومستندات وضيائع ، كما تدخل السيارة التى يأتى بها النزيل ويودعها فى جراج الفندق أو فى فئانه .

(الثانى) التوسع فى المسئولية ، فصاحب الفندق وماثلة مسئول فى العناية بحفظ الاشياء التى يأتى بها النزلاء ، حتى عن فعل المترددين على محله (١/٧٣٣) ، فلا يكفى اذن بذل عناية الشخص العادى فى المحافظة على هذه الاشياء ، بل عليه أيضا أن يراقب أتباعه من خدم وموظفين بل ومراقبة المترددين على الفندق من زوار وغيرهم ، فهو مسئول عن أفعال هؤلاء جميعا ولو كانوا من غير أتباعه . فاذا ما تحققت هذه المسئولية وجب على صاحب الفندق أن يعرض النزيل عن كل ما أصابه من ضرر وفقا للقواعد العامة .

٣ - وفى مقابل هذا التوسع فى المسئولية تم التخفيف عن كاهل صاحب الفندق من ثلاثة وجوه :

(الاول) وضع حد أقصى لمسئولية صاحب الفندق فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء النفيسة الأخرى (مادة ٢/٧٣٣) فهو لا يسأل فيما يتعلق بها عن تمريض يجاوز ألف دينار الا فى ثلاثة احوال هي :

(١) أن يكون الحادث قد وقع بظن جسيم منه أو من

ولما كان التقنين المدني هو المكان الطبيعي لهذه النصوص فقد حرص المشروع على تنظيم أحكام الحراسة سواء كانت اتفاقية أو قضائية .

وتبدأ نصوص المشروع بتعريف الحراسة تعريفاً شاملاً . ففيه وضع مال متنازع فيه بيد أمين ، اذا كان بقاؤه في يد حائزه من شأنه أن يهدد بالخطر من يدعى لنفسه حقا فيه ، على أن يتكفل الأمين بحفظه وإدارته ورده الى من يثبت له الحق فيه (مادة ٧٣٦) . فالحراسة يجوز أن تتم بالاتفاق بين المتنازعين ، فتكون اتفاقية ، كما يجوز أن تتم بأمر من القضاء في الحالات التي يجوز فيها ذلك ، فتكون حراسة قضائية (مادة ٧٣٧) .

وتعرض المادة ٧٣٨ لتعيين الحارس ، وهو أمر منفصل عن فرض الحراسة ذاتها . فالحراسة قد تتم رضا أو قضاء ، ولكن تعيين الحارس في الطرفين يكون باتفاق ذوى الشأن جميعا ، ولا يكفي في ذلك اتفاق الأغلبية بل يتعين الإجماع على شخص الحارس . فان لم يتوفر هذا الإجماع تولت المحكمة بنفسها تعيين الحارس .

أما التزامات الحارس وحقوقه ، فيجدها الاتفاق أو حكم القاضي . فان خلا الاتفاق أو الحكم من ذلك ، فان المشروع ينص في المادة ٧٣٩ منه ، على تطبيق أحكام الإيداع وأحكام الوكالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام المواد التالية :

فبالنسبة لالتزامات الحارس ، وأولها الالتزام بالمحافظة على المال وإدارته - وهو التزام يبذل عناية - يضع المشروع في الفقرة الأولى من المادة ٧٤٠ معيارا لهذه العناية ، هو عناية الشخص العادي ، سواء كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر . وفي هذا تختلف الحراسة عن الإيداع الذي يميز فيه بين الإيداع بأجر والإيداع بغير أجر (أنظر المادة ٧٢٢ من المشروع) . أما الفقرة الثانية من المادة ٧٤٠ ، فتحظر على الحارس أن يبيع عنه في أداء مهمته كلها أو بعضها أحدا من ذوى الشأن دون رضا الآخرين أو إذن القاضي .

وتحدد المادة ٧٤١ من المشروع سلطة الحارس ، فتنص على أنه لا يجوز له في غير ما تقتضيه الإدارة أن يجرى أعمال التصرف الا برضا ذوى الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء فاعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة هي وحدها التي يكون للحارس مباشرتها . أما غير ذلك من أعمال التصرف فلا يجوز للحارس أن يباشرها الا بموافقة ذوى الشأن أو بترخيص من القضاء .

وتعرض المادة ٧٤٢ لالتزام الحارس بتقديم الحساب . وهو بحسب الاصل كالتزام الوكيل بتقديم حساب لموكله . ولكن المشروع بعد أن ألزم الحارس بأن يقدم حسابا بما تسلمه

وبما أتقنه مؤبدا بالمستندات نظم هذا الالتزام تنظيما دقيقا ، فألزم الحارس باسمك دفاتر حساب منتظمة ، كما ألزمه بأن يقدم الحساب لذوى الشأن مرة على الاقل كل سنة فإذا كان معنا من المحكمة فانه يجب عليه أن يودع ادارة الكتاب صورة من الحساب . وكل ذلك لفلسان الرقابة على ادارة الحارس .

أما بالنسبة لحقوق الحارس ، فان المشروع ينص في الفقرة الاولى من المادة ٧٤٣ على حقه في تقاضي الاجر عن عمله ، ما لم يكن قد قبل القيام بالحراسة تبرعا ، وفي هذا يختلف الحارس عن الوكيل وعن الوديع ، فكلها لا يكون مأجورا ، الا أن يشترط الاجر . أما ما ينهقه الحارس من مصروفات على حفظ وإدارة المال المعهود اليه حراسته ، فتصص الفقرة الثانية من المادة ٧٤٣ على حق الحارس في استرداده ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

وأخيرا يعرض المشروع في المادة ٧٤٤ لانتهاه الحراسة ، ففيه تنتهي اما باتفاق ذوى الشأن جميعا على انتهائها أو بحكم من القضاء ، كما تنتهي بانقضاء مدتها اذا كانت المدة محددة . ويكون على الحارس حينئذ أن يبادر الى رد المال المعهود اليه حراسته ، الى من يختاره ذوى الشأن جميعا أو من يعينه القاضي .

الباب الرابع الكفالة والتأمين الفصل الاول الكفالة

الكفالة في اصطلاح الفقهاء ، هي ضم الكفيل ذمته الى ذمة الاصيل ، أو بعبارة أخرى الى ذمة المكفول عنه بالنسبة المكفول به . وهي مشروعة بدليل قوله تعالى « ولئن جاء به حمل بعير وانا به زعيم » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » أى الكفيل ضامن .

وقد عرضت المجلة للكفالة في الكتاب الثالث منها (المواد من ٦١٢ الى ٦١٧) . فتكلمت في ركن الكفالة وشروطها وأحكامها والبراءة منها ، كما عرض لها قانون التجارة في المواد ٥٠١ الى ٥٢٠ ولكن المجلة فرقت في بيان أحكام الكفالة ، بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال ، وكذلك فصلت بعض التفقينيات العربية (كالتفتين العراقي وكالتفتين الاردنى) . وهو ما لم ير المشروع أن يجارها في الاخذ به . لان الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية . فالكفيل بالنفس لا يلتزم التزاما تابعا لا لتزام المدين الاصلى ، وانا يلتزم التزاما أصليا بعمل معين ،

اشترط شخصا معينا لكفالة الدين أو أن يكون الكفيل قد التزم دون علم المدين (قارن المواد ١٠٦٨ لبناني و ١١٤٠ مشروع تمهيدي مصري و ٢٠٢٠ فرنسي) .

ولكن النص يعطي المدين الحق اذا كان ملتزما بتقديم كفيل لدائته وتعذر عليه ذلك أن يقدم له تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمي أو رهن حيازى .

هذا ويراعى أن مشروع قانون المرافعات قد أورد نصوصاً خاصة بشروط الكفيل في أحوال الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، فيجب تطبيق هذه النصوص في الدائرة المرسومة لها .

وتنص المادة ٧٤٨ على جواز كفالة المدين بغير علمه أو بالرغم من معارضة . فالكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه ، ومن ثم فلا حاجة الى رضائه أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لايراد هذا النص سوى بيان أن المشروع قد خرج في هذا الصدد عن أحكام الفقه الضعيف ، وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بغير اذنه ، أو على الرغم من عدم رضاه ، من حق الرجوع عليه تأسيساً على أن « الكفالة بلا أمر ، وإن كانت صحيحة ، فهى تبرع ، فليس للكفيل جسد أداء الدين الرجوع على الاصيل » .

ولكن نص المشروع يستند الى ما ذهب اليه الامامان مالك وأحمد من أن للكفيل بغير أمر المدين حق الرجوع لأن الدائن بقبوله الدين منه يعتبر أنه قد ملكه ما على المدين من الدين فيحل محله في المطالبة . فالكفالة يجوز اذن أن تعقد بين طرفيها ، باذن المدين أو بغير اذنه ، بل وعلى الرغم من معارضة ، وللكفيل في جميع الحالات أن يرجع على المدين اذا وفي الدين عنه ، أيا كان تكييف الدعوى التى يرجع بها عليه .

ويعرض المشروع في المادة ٧٤٩ لكفالة الالتزام المستقيل - فيجيزه . والواقع أن كفالة الالتزامات المستقبلة صحيحة وشائعة في العمل على الاخص في عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد . وقد وردت الاشارة اليها في المادتين ٣٣٥ و ٣٣٦ من قانون التجارة في شأن الضمانات العينية والشخصية التى يقدمها المتمد له ضماناً لفتح الاعتماد . ولذلك اثر المشروع أن يورد نصاً صريحاً بجواز كفالة الالتزام المستقيل ، مجازياً في ذلك غالبية التقنينات العربية والتقنينات الحديثة .

ويؤخذ من النص أن كفالة الالتزام المستقيل جائزة وان كان التزام غير موجود وقت الكفالة . فإذا اتفق طرفان على عقد حساب جار بينهما جاز أن يقدم احدهما كفيلاً للرصيد الذى يصبح مستحقاً عليه عند اقفال الحساب . وإذا تسحق شخص اعتماداً لدى مصرف ، جاز أن يقدم كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبضه من هذا الاعتماد .

هو احضار المدين يوم حلول أجل الدين .

وقد احتفظ المشروع بوجه عام في تنظيم الكفالة بالاحكام المنصوص عليها في التقنين المصرى ، ولكنه أجرى عليها من التعديلات ما تقتضيه الملاءمة ، كما أضاف اليها أحكاماً جديدة تسد ما فيها من نقص وتفصل في بعض المسائل الخلافية .

ويرف المشروع الكفالة في المادة ٧٤٥ منه ، بأنها عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه اذا لم يؤده المدين .

وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الاسلامى مع بعض التعديل ، وهو يوضح أن الكفالة تفترض وجود التزام مكفول في ذمة المدين الاصلى ، كما تفترض وجود عقد بين الكفيل والدائن يرتب التزاما في ذمة الكفيل بتنفيذ الالتزام الاصلى اذا لم ينفذه المدين ، فيكون التزام الكفيل التزاماً تابعاً للتزام الاصلى .

(اولا) اركان الكفالة :

التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند الى رضاء صريح قاطع - ولذلك ذهب الكثير من التقنينات العربية وبعض التقنينات الاجنبية الى الخروج على القواعد العامة في الاثبات بتقرير وجوب اثبات الكفالة بالكتابة . ولكن المشروع اثر أن يأخذ في ذلك بمذهب التقنين الفرنسى ، فنص في المادة ٧٤٦ منه على أن الكفالة لا تفترض ووجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ، تاركا مسألة الاثبات للقواعد العامة .

أما الشروط الواجب توافرها في الكفيل فيعرض لها المشروع في المادة ٧٤٧ . ويخلص من نصها أن الشخص حين يكون ملزماً بتقديم كفيل ، سواء كان مصدر التزامه هو الفاوون أو القضاء أو الاتفاق ، فانه يجب أن يتوافر في هذا الكفيل شرطان .

الاول - أن يكون موسراً ، أى قادراً على وفاء الدين الذى كفله اذا اقتضى الامر ذلك ، وعلى المدين عب اثبات اقتدار الكفيل الذى قدمه .

الثاني - أن يكون موطنه في الكويت ، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن وللتسهيل عليه عند المطالبة ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل كويتياً بل يصلح أن يكون أجنبياً مادام موطنه في الكويت .

فإذا توافر في الكفيل هذان الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلاً . وغنى عن البيان أنه اذا أعسر الكفيل بعد ذلك ، أو نقل موطنه الى الخارج ، فانه يكون على المدين أن يقدم كفيلاً آخر يتوافر فيه الشرطان (٢ / ٧٤٧) ، الا اذا كان الدائن قد

بالنسبة لتبواب الالتزام المكفول ومصروفات المطالبة به ، وذلك عند عدم وجود اتفاق على ذلك .

فكما أن الالتزام المكفول يشمل توامه ، كذلك يشملها التزام الكفيل ، فيشمل التعويض عن عدم التنفيذ ومسئولية المدين المقدية أما المصروفات فيضمن الكفيل منها مصروفات المطالبة الأولى لأن الدائن لا بد أن يبدأ بمطالبة المدين الاصلى بالدين . ولكن الكفيل لا يضمن ما يتلو ذلك من مصروفات الا اذا كانت قد صرفت بعد أن يخطره الدائن بمطالبتة المدين المطالبة الأولى . وغنى عن البيان أن هذه المصروفات يجب أن تكون غير مبالغ فيها .

(ثانياً) آثار الكفالة :

١ - العلاقة ما بين الكفيل والدائن :

ولأن التزام الكفيل التزام تابع ، فانه كما يبطل بطلان التزام الاصيل ، ينقضى أيضاً بانقضائه . وفي ذلك تنص المادة ٧٥٣ من المشروع على أن الكفيل يبرأ براءة المدين . وله طبقاً لنص المادة ٧٥٤ أن يتمسك بجميع الأوجه التي يستطيع أن يحتج بها المدين ، من بطلان أو قابلية للإبطال ، أو انقضاء . ولكنه ليس له أن يتمسك بنقص أهلية المدين اذا كانت الكفالة بسبب ذلك .

وإذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل دينه شيئاً آخر ، برئت ذمة الكفيل ، حتى ولو استحق هذا الشيء ، ما لم يكن الدائن قد احتفظ عند تسلمه المقابل بحقّه في الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل وهو ما تنص عليه المادة ٧٥٥ من المشروع . ولكن النص لا ينصرف الا الى الحالة التي يستوفي فيها الدائن مقابل الدين من المدين أو من الغير ، أما اذا استوفي المقابل من الكفيل ، فان هذا الأخير يكون ضامناً لاستحقاق الشيء لا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة .

ومع ذلك يعرض المشروع في المواد ٧٥٦ - ٧٥٨ لحالات ثلاث قد ينقضى بها التزام الكفيل دون أن ينقضى الالتزام المكفول .

(أ) فطبقاً لنص المادة ٧٥٦ ، تبرأ ذمة الكفيل ، سواء كان متضامناً أو غير متضامن ، بمقدار ما أضعاه الدائن بغطه من التأمينات ذلك أن من حق الكفيل أن يعطى محلل الدائن في ضماناته فإذا أضعاه الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل ، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضع من ضمان بشرط أن يكون ذلك نتيجة خطأ يرتكبه الدائن . كان يرى ذمة أحد الكفلاء أو أن ينزل عن رهن ترتب لمصلحته ، أو أن يعمل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجديد قيد هذا الرهن . وعلى الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ، كما عليه أن يثبت مقدار ما أصابه من ضرر ، لأنه هو الذي يطلب براءة ذمته فيكون عليه أن يثبت ما يبرر طلبه .

ولكن المشروع يضع لكفالة الالتزام المستقبل قيدين :
الاول : أن يحدد مقدماً في عقد الكفالة الحد الاقصى لما يلتزم به الكفيل ، وذلك حماية له حتى لا يتورط في كفالة التزام لا يعلم مقداره .

الثاني : انه اذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته ، كان له أن يرجع في أي وقت في هذه الكفالة ، ما دام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب . أما اذا عين الكفيل مدة لتقيام كفالته ، فانه لا يجوز له الرجوع في الكفالة طوال هذه المدة .

هذا ولم يجد المشروع حاجة للإشارة الى كفالة الالتزام الفرطى ، كما فعلت بعض التفنيذات . فلا شك في جواز هذه الكفالة طبقاً للقواعد العامة ، سواء كان الالتزام الاصلى معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف .

وتعرض نصوص المواد من ٧٥٠ - ٧٥٢ لبعض أمور تتفرع عن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول .

١ - فالتزام الكفيل يتبع التزام المدين الاصلى في صحته وفي بطلانه . وحتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً في ذمة الكفيل بضمناً للالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير في ذاته صحيحاً (الفقرة الأولى من المادة ٧٥٠) . فاذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال ، كان التزام الكفيل بدوره باطلاً ، أو قابلاً للإبطال ، يبطل باطل الالتزام الاصلى ويصح باجازه .

على أنه يحصل في العسل ، أن يكفل الكفيل التزاماً لشخص ناقص الأهلية ، وتكون الكفالة بسبب نقص أهليته توقفاً لاحتمال أن يطلب إبطال التزامه لهذا السبب . فرأى المشروع أن ينص في الفقرة الثانية من المادة ٧٥٠ على التزام الكفيل في هذه الحالة بتنفيذ الالتزام المكفول باعتباره مديناً اصلياً اذا أبطل التزام المدين وهو نص مستوحى من المادة ٢٢٦ من التقنين البولوني .

٢ - ويخلص من نص المادة ٧٥١ ، أن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ، مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعداً حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول ، ومن ثم فلا يلتزم الكفيل ببلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الاصلى ، ولا يلتزم لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول ، كما لا يلتزم بالوفاء في مكان أبعد . وإذا كان الالتزام الاصلى مؤجلاً على الاصيل تأجل على الكفيل أيضاً (قارن المادة ١٠١٣ عراقى) ولكن التزام الكفيل يجوز أن يكون أهون ، فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الاصلى في جزء من الدين أو لأجل أطول من أجل الالتزام المكفول .

٣ - ويعرض نص المادة ٧٥٢ لتحديد مدى التزام الكفيل

ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء المتعددين ثلاثة شروط :

الأول - أن يكون الكفلاء المتعددون قد كفلوا نفس الدين ، فإذا كفل كفيلا ن كل منهما ديناً غير الذي كفله الآخر لم ينقسم أى الدينين عليهما .

الثاني - أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين او نفس الدينين فإذا كفل كفيلا ن كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين فإن كل منهما يكون قد كفل نفس الدين ولكنه لم يكفل نفس الدين ، فلا ينقسم الدين بينهما . أما اذا كفل كل منهما مدينتين متضامتين معا ، فانهما يكونان قد كفلا نفس الدين وكفلا نفس المدينتين فينقسم الدين عليهما .

الثالث - ألا يكون الكفلاء المتعددون متضامتين فيما بينهم والا جاز الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن فلا ينقسم الدين عليهم .

أما اذا تعدد الكفلاء ، ولكن بعقد متوالية ، ولو كانوا جميعاً يكفلون نفس الدين ونفس المدين . فإن كلا منهم يصبح مسؤولاً عن كل الدين لأنه قد كفل الدين كله بعقد على حده . على أنه اذا احتفظ أحد الكفلاء لنفسه بحق التضمين ، وقت أن كفل الدين بعقد على حده ، فانه لا يجوز للدائن أن يطالبه الا بجزء من الدين طبقاً لما احتفظ به في عقد الكفالة .

وتعرض المواد من ٧٦٠ الى ٧٦٣ لرجوع الدائن على الكفيل وبميز المشروع ، مقتنياً في ذلك أثر التتبعين المصرى ، بين دفعين يجوز للكفيل أن يدفع بهما رجوع الدائن عليه ، وهما الدفع بوجود الرجوع أولاً على المدين ، والدفع بالتجريد . فالدفع الأول يبدى عند مطالبة الدائن للكفيل ، أما الدفع الثانى فيبدى عند التنفيذ على مال الكفيل .

(١) فطبقاً لنص المادة ٧٦٠ ، يجب على الدائن اذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل في وقت واحد ، أن يرجع على المدين أولاً يطالبه قضائياً ، فان رجع على الكفيل أولاً كان للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجود رجوعه أولاً على المدين . ولا يكفي في ذلك اعتذار المدين بالوفاء ، بل تجب المطالبة القضائية . وينحل محل المطالبة القضائية التنبية بالوفاء اذا كان لدى الدائن سند رسمى قابل للتنفيذ ضد المدين ، كما يحل محلها كذلك تقدم الدائن بحقه في تقييصة المدين ان كان قد اقلس وامتنع على الدائن اتخاذ اجراءات فردية قبله . وله أن يدفع بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بالدفع من تلقاء نفسها .

فإذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ ، فانه لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من أمواله فان شرع في التنفيذ على أموال الكفيل أولاً ، كان للكفيل

والمقصود بالتأمينات هنا ، كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء كان تأميناً اقتصادياً ، كالرهن الرسمى والرهن الحيازى أو تأميناً قانونياً . كحقوق الامتياز ، وسواء تقرر التأمين قبل الكفالة أو بعدها .

(ب) ويطبق لنص المادة ٧٥٧ ، لا تبرأ ذمة الكفيل بمجرد عدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين أو بمجرد تأخره في اتخاذها . ولكن للكفيل في هذه الحالة أن يندر الدائن لاتخاذ الاجراءات ، فإذا لم يتخذها في خلال ثلاثة أشهر من وقت الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته من الكفالة . فإذا اتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين خلال الثلاثة الأشهر التالية للانذار وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة ، كان هذا كافياً ، وبقي الكفيل ملتزماً حتى بعد حلول أجل الالتزام الأسمى .

والاجراءات الواجب اتخاذها قانوناً ضد المدين عند حلول أجل الدين ، هي اقامة الدعوى عليه لمطالبته بالدين اذا كان سند الدين عرفياً . أما اذا كان السند تنفيذياً (حكماً كان أو ورقة رسمية) فانه يكون على الدائن أن يشرع في مباشرة اجراءات التنفيذ على أموال المدين في المدة المحددة . ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببرائة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل .

(ج) وتعرض المادة ٧٥٨ لحالة افلاس المدين قبل حلول الدين المكفول ، فتوجب على الدائن في هذه الحالة أن يتقدم بحقه في تقييصة المدين ، فان لم يفعل وأراد الرجوع على الكفيل سقط من حقه في الرجوع على الكفيل ، ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بحقه في تقييصة المدين .

ويعرض نص المادة ٧٥٩ من المشروع لتعدد كفلاء المدين وتحديد المقدار الذى يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، فيفرق في ذلك بين تعدد الكفلاء بعقد واحد وبين تعدد الكفلاء بعقد متوالية (قارن المادة ٦٤٧ من المجلد) .

فإذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا بكفالة الدين بعقد واحد ، ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، فان المشروع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين ، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء جميعاً . فإذا طالب الدائن أى كفيل منهم لم يطالبه الا بمقدار نصيبه . وإذا أعسر أحد الكفلاء بعد ابرام عقد الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فانه لا يكون للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على باقى الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار . وذلك لأن الدين ينقسم على الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة لا من وقت الدفع بتقسيم الدين .

أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل أن يتسك بحقه في التجريد عند شروع الدائن في التنفيذ على أمواله ، سواء عن طريق الأشكال في التنفيذ أو عن طريق الاعتراض على الإعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار . ويظل له هذا الحق ، يديه في أي وقت مناسب ، إلى أن يتم التنفيذ ، ما لم ينزل عنه صراحة أو ضمناً .

وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإنه لا يكون له أن يدفع بوجود الرجوع أولاً على المدين ، ولا أن يوجب تجريد المدين من أمواله .

(د) ويعرض نص المادة ٧٦٣ لصورة خاصة للدفع بالتجريد ، في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين ، فيجيز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو ، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العيني ، بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود . والمقصود بالتأمين العيني هنا ، أن يوجد مال للمدين ، عقار أو منقول يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في الدين ، أو على حق امتياز ضمناً للدين . ومن ثم يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق في الحبس ، لأن الحق في الحبس ليس بتأمين عيني .

(ب) فإذا طلب الكفيل التجريد ، فإنه يكون عليه طبقاً للمادة ٧٦١ أن يقوم على تفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تكفي للوفاء بالدين . ويصح أن تكون هذه الأموال عقاراً أو منقولاً ، ولكنها - طبقاً لنص المشروع - يجب أن تتوفر فيها شروط ثلاثة :

الأول - أن تكون ملوكة للمدين .

ويجب أن يكون التأمين العيني مقرراً على مال ملوكة للمدين لأنه إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال الغير ، فإن هذا الغير يكون كميلاً عينياً لا يجوز للكفيل الشخصى أن يطلب تجريده .

الثاني - أن تكون كافية للوفاء بالدين كله ، فلا يكفي أن تفي بجزء من الدين أو حتى بمعظمه ، لأنه لا يجوز اجبار الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه .

ولا يشترط في هذه الصورة من الصور الخاصة من التجريد أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كله ، كما هو الحال بالنسبة إلى التجريد في صورته العامة . فحتى لو لم يكن هذا التأمين كافياً ، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا التأمين العيني أولاً . ولكنه يشترط لتطبيق النص أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، وأن يتسك الكفيل بوجود تنفيذ الدائن أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني ، وهو شرط لحق التجريد بوجه عام .

الثالث - أن تكون هذه الأموال غير متنازع فيها ، وموجودة في الكويت ، حتى لا يصعب التنفيذ عليها - ذلك أن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة ، فقد يسفر فض النزاع حولها على أنها غير ملوكة للمدين ، وهي على كل حال يصعب التنفيذ عليها ، إذ يقتضى النزاع فيها غالباً ، اللجوء إلى التقاضي وما يترتب عليه من إجراءات طويلة . كذلك فإن أموال المدين إذا كانت واقعة في خارج الكويت ، فإنها تكون بعيدة ويصعب التنفيذ عليها . لذلك يجب أن يدل الكفيل على أموال للمدين تكون واقعة في داخل البلاد .

فإذا لم ينجح الكفيل في دفع دعوى الدائن ، أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين . أو إذا تقدم الكفيل مختاراً للدائن دون دعوى ، ووفى الدين . ففي جميع هذه الأحوال ، يجب على الدائن عند وفاء الكفيل بالدين له ، أن يسكنه من الرجوع على المدين ، وأن يسكنه من الحلول محله في التأمينات المتعلقة بالدين وذلك وفقاً لنص المادة ٧٦٤ من المشروع .

ويكون إرشاد الكفيل للدائن إلى أموال تفي بالدين كله ، على تفقة الكفيل ، لأنه هو الذي يستفيد من هذا الإرشاد . ومن المصروفات التي يتصلها الكفيل في هذا الصدد ، ومصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التي دل عليها ، وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال .

فطبقاً لهذا النص يلتزم الدائن أولاً ، أن يسلم للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ، فيسلمه مستندات الدين المتكفل ، ومخالصة بأنه استوفى منه الدين المذكور . كما يلتزم بتسكينه من الحلول في تأمينات الدين ، فإن كانت هذه التأمينات واقعة على منقول ، وكان المنقول في يد الدائن

(ج) فإن دل الكفيل على أموال تفي بالدين كله ، وجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ الإجراءات التنفيذية على هذه الأموال ، فإذا لم يتخذها في الوقت المناسب ، تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين (المادة ٧٦٣) . ويقع عبء إثبات تفصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة ، أما إذا اتخذ الدائن ، في الوقت المناسب ، إجراءات التنفيذ على الأموال التي دل عليها الكفيل ، فالناب أن يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً ، لأن الفروض أن الكفيل قد دله

(ب) ولكن للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يجوز أن يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين (المادة ٧٦٧) . فهو ليس في مركز المدين المتضامن تماما ، بل يبقى كفيلا ، التزامه تابع للالتزام الأصلي . ومن ثم يكون له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ، كبطان الالتزام الأصلي أو قابليته للإبطال ، وله أن يتمسك بنقص أهلية المدين الا اذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته . واذا انقضى التزام المدين الأصلي بسبب غير الوفاء جواز للكفيل المتضامن مع المدين ، أن يتمسك هو أيضا بافضاء التزامه ، كما يستطيع أن يحتج براءة ذمته بقدر ما أضعاف الدائن يخطئه من التأمينات وكذلك بتأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين أو بعدم تقدمه بالدين في تقييسته .

(ج) فإذا تعدد الكفلاء ، وكانوا متضامين فيما بينهم ، فإن للكفيل الذي وفي الدين كله عند حلول الأجل أن يرجع على كل من الكفلاء الباقي بحصته في الدين وينصيه في حصه المسم منهم ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، ويكون الأمر كذلك اذا تعدد الكفلاء ولكن بقعود متوالية ، ولم يحفظ أحدهم نفسه بحق التقسيم (المادة ٧٦٨ من المشروع) .

٢ - العلاقة بين الكفيل والمدين :

وتعرض المواد ٧٦٩ - ٧٧٢ للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين ، فإذا وفي الكفيل الدين للدائن ، كان له ، ان يرجع على المدين الاصيل اما بالدعوى الشخصية واما بدعوى الحلول .

(أ) ففيما يتعلق بالرجوع بالدعوى الشخصية ، تنص المادة ٧٧٠ ، على أن للكفيل الذي وفي الدين ، ان يرجع على المدين بما آداه من أصل الدين وتوابعه وبصرفات المطالبة الاولى ، وبما دفعه من مصروفات من وقت اخطاره المدين الاصيل بالاجراءات التي اتخذت ضده ، ويشمل أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لاخلاء ذمة المدين . فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله ، كما يشمل ما يسيطر الكفيل الى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الاخير في مواجهة المدين . وتشمل المصروفات كل ما أفتته الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه ، كنفقات ارشاد الدائن الى أموال المدين لتجريدها ، وكذلك كل ما حكم عليه به من المصروفات للدائن . ومع ذلك فليس للكفيل ان يرجع على المدين ، من هذه المصروفات ، الا بالذى أفتقه من وقت اخطاره بالاجراءات التي اتخذها الدائن ضده ، لان المدين اذا اخطره الكفيل بذلك ، قد يكون لديه من الدفوع ما يتوقى به مطالبة الدائن ، أو قد يبادر الى دفع الدين الذي في ذمته . وتستثنى مصروفات المطالبة الاولى التي يقوم بها الدائن للكفيل ، من هذا الشرط ، كمصروفات رفع الدائن

مروها أو مجبوسا لديه ، وجب على الدائن أن يسلم الكفيل هذا المتقول ليحل محله في حق رهنه ، أو في الحق في حيسه ، ضمنا لحقه في الرجوع على المدين أو يسلمه لعدل ، اذا عارض المدين في تسليمه للكفيل . أما ان كان التأمين عقاريا ، كرهن رسمي أو حيازى أو حق امتياز على عقار ، فانه يكون على الدائن أن يقوم بالاجراءات اللازمة لسريان حلول الكفيل محله فيه ، وتحمل الكفيل مصروفات هذه الاجراءات على أن يرجع بها على المدين ، ضمن ما يرجع به عليه .

ويعرض المشروع في المادة ٧٦٥ منه لكفيل الكفيل وطبقا لنص هذه المادة يعتبر الكفيل بالنسبة الى كفيله مدينا أصليا ، ويعتبر كفيل الكفيل بالنسبة الى الكفيل الاصيل كفيلا ، وعلى ذلك تسرى في العلاقة بينه وبين الدائن أحكام الكفالة . فاذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل ، جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولا على المدين الاصيل ، ثم على الكفيل ، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو . ويكون له أن يدفع بتجريد المدين الاصيل ثم بتجريد الكفيل ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع التي يجوز للكفيل أن يتمسك بها ، سواء كانت هذه الدفع خاصة بالكفيل ، أو خاصة بالمدين الاصيل . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على التأمين العيني المتقدم من المدين الاصيل ، كما يتمسك بذلك الكفيل المتقول . وعموما له أن يستعمل حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة . واذا وفي كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الاصيل أو عليهما معا ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

وتعرض المواد ٧٦٦ - ٧٦٨ للكفيل المتضامن مع المدين ، أو مع كفلاء آخرين :

(أ) والأصل أن تضامن الكفيل ، مع المدين أو مع غيره من الكفلاء لا يفترض ، ولكنه يقرر كالتضامن ما بين المدينين الاصيلين ، اما بالاتفاق أو بنص في القانون ، وينص المشروع في المادة ٧٦٦ على أنه في الكفالة القانونية والقضائية والتجارية ، يكون الكفلاء دائما متضامين فيما بينهم ومتضامين مع المدين ومقتضى ذلك تطبيق أحكام التضامن عليهم ، فيجوز للدائن أن يطالب المدين أو أيا منهم بكل الدين . فاذا كان الكفيل متضامنا ، فانه لا يجوز له أن يتمسك بأى من الحقين المنصوص عليهما في المادة ٧٦٥ . فاذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فلا يكون للكفيل المتضامن أن يدفع رجوعه عليه بوجوب الرجوع أولا على المدين . واذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل المتضامن ، فلا يستطيع هذا الاخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ووجوب التنفيذ أولا على أموال المدين .

الفصل الثاني

عقد التأمين

يقوم التأمين على أسس فنية دقيقة ، ويؤدى وظائف لها خطرها بالنسبة للاقتصاد القومي ، ذلك أن شركات التأمين تجع من الاقساط التي تحصلها أموالا ضخمة يتم استثمارها في المشروعات والقروض ، ومن ثم كان على الدولة أن تفرض رقابتها بل وسيطرتها على هذه الشركات . وإن تصدر التبرعات التي تخضع هذه الهيئات لتنظيم دقيق ، وتكفل بسط الرقابة عليها مرعاة لصالح الاقتصاد القومي ، ومحافظة على مصالح المؤمن لهم والمستفيدين ، وتضع الضمانات اللازمة لمواجهة هيئات التأمين لالتزامها تصو عملائها ، كتكوين الاحتماليات المختلفة وتنظيم عمليات إعادة التأمين .

أما فيما يتعلق بعلاقة المؤمن بمسلايه ، وهي العلاقة التي ينظمها عقد التأمين ، فقد حرصت غالبية الدول على تنظيمها بقوانين خاصة . وأهم القوانين الاجنبية التي صدرت في هذا الشأن هي القانون البلجيكي الصادر في ١١ يونه سنة ١٨٧٤ ، والقانون السويسري الصادر في ٢ ابريل سنة ١٩٠٨ ، والقانون الالمانى الصادر في ٣٠ مايو سنة ١٩٠٨ ، والقانون الفرنسي الصادر في ١٣ يولييه سنة ١٩٣٠ ، (وتعدلاته) بالإضافة الى القوانين المختلفة صدرت بعد ذلك بتنظيم التأمين الاجبارى .

وفي البلاد العربية ، كان تقنين الموجبات والعقود البناني الصادر في سنة ١٩٣٣ ، هو أول تقنين احتوى على تنظيم كامل لعقد التأمين ، وذلك في الباب الاول من الكتاب العاشر منه تحت عنوان الضمان .

ولما صدر المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ، كان عقد التأمين محل عنايته الكبيرة ، فأقر هذا العقد فصلا خاصا يتضمن ٩٩ مادة استهلها بنصوص تتناول أحكام العقد العامة والتزامات كل من المؤمن له والمؤمن ، ثم أفرد المشروع لكل فرع من فروع التأمين نصوصا خاصة ، فنظم التأمين على الحياة في فرع على حده ، ثم نظم التأمين من الحريق - وهو أشهر أنواع التأمين من الأضرار - وجعل من نصوصه أحكاما عامة تنطبق على التأمين من الأضرار بوجه عام . وفي فرعين آخرين ، نظم المشروع التأمين من المسؤولية ، وهو فرع من التأمين من الأضرار ، والتأمين من الأصابات ، وهو فرع من التأمين على الأشخاص . وقد اقتبس المشروع هذه النصوص من مختلف القوانين الاجنبية التي نظمت عقد التأمين في العصر الحديث وأخصها القانون السويسري الصادر في سنة ١٩٠٨ ، وقانون التأمين الفرنسي الصادر في سنة ١٩٣٠ ، ولما عرض هذا المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة ، حذفت منه كثيرا من النصوص

الدعوى على الكفيل ، فهذه لا يعلم بها الكفيل قبل حصولها حتى يضطر على المدين . ومن ثم كان للكفيل أن يرجع بها على المدين وإن كان لم يخطره بها .

(ب) وطبقا لنص المادة ٧٦٩ من المشروع ، يجب على الكفيل أن يضطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين . وإذا طالبه الدائن قضائيا ، ويجب عليه أن يطلب ادخال المدين في الدعوى ، وكل ذلك خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل ، أو ان يقوم بوفائه مرة اخرى بعد ان يوفيه الكفيل، وخشية ان يكون للمدين وقت استحقاق الدين أسباب تبطل الدين أو تقضي به غير الوفاء، فإذا لم يخطر الكفيل المدين قبل وفاء الدين، أو لم يطلب ادخاله خصما في الدعوى عند مقاضاة الدائن له، وقام بوفاء الدين فإنه يفعل ذلك على مسؤوليته، فإذا أثبت المدين انه كان قد وفى الدين قبل وفاء الكفيل به ، أو بعد وفاء الكفيل ، أو أثبت ان الدين كان ابلا أو قابلا للإبطال ، وكان المدين يستطيع أن يمسك بذلك ضد الدائن ، أو أثبت ان الدين قد انقضى بسبب يرجع اليه هو ، كمقاصة أو تجديده ، أو اتحاد ذمة ، أو ابراء ، فإن الكفيل يفقد حقه في الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية .

(ج) أما فيما يتعلق برجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، فنص المادة ٧٧١ من المشروع ، على أنه اذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه ، حل محل الدائن في حقه ، طبقا لتقواعد الحلول القانوني . فهذه الدعوى ليست الا تطبيقا للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما اذا قام بالوفاء شخص غير المدين . ولذلك يكون للكفيل ، اذا وفى الدين أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، سواء كانت الكفالة يعلم المدين أو غير علمه او على الرغم من معارضته ولا يشترط للرجوع بدعوى الحلول ، اخطار المدين كما هو الحال في الدعوى الشخصية ، ويحل الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات عينية ، وما يرد عليه من دفعوع . وتسرى على هذا الحلول القواعد العامة في الحلول القانوني الواردة في الكتاب الاول المتعلق بالتزامات بوجه عام .

وغنى عن البيان أن الكفيل يتخير من الدعويين ، الدعوى الشخصية ودعوى الحلول ، ما يتناسب مع مصلحته .

(د) وأخيرا عرض نص المادة ٧٧٢ من المشروع ، لرجوع الكفيل على المدينين التضامنين الذين كفلهم ، فإذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد وكفلهم الكفيل جميعا ، فإنه يكون للكفيل في هذه الحالة اذا وفى الدين ، أن يرجع على أى من هؤلاء المدينين التضامنين بالدين كله ، اما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وفقا للتفصيل الذى سبق .

أن يقتصر على إيراد أحكام عامة متكاملة لتنظيم العقد ، وان يترك ماعدا ذلك من أحكام ليصدرها تشريع أو تشريعات خاصة تتناول جميع تفاصيل هذا العقد وجزئياته ، وما يخصص به كل نوع من أنواعه ، حتى لا يتربط على الافضاء في هذه التفاصيل اخلال بالتناسق القسم بالعمود في المشروع . بل ان هناك من نواحي تنظيم عقد التأمين ما يحسن أن تناووه لوائح تنفيذية لم يجر عرف الصياغة باصدارها بالنسبة الى التقنيات المدنية ، مثل ما تضمنته لائحة المرور بالنسبة لتنظيم التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية من حوادث السيارات .

ويبدأ المشروع في المادتين ٧٧٣ و ٧٧٤ بتعريف عقد التأمين وبيان عناصره ، فألتأمين عقد يبرم بين المؤمن له والمؤمن في شأن خطر أو حادث محتمل الوقوع في المستقبل ويعني المؤمن له تأمينه منه ، فيلتزم المؤمن بموجبه ان يؤدي الى المؤمن له أو الى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه عوضا يكون مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر ، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد ، كما يلتزم المؤمن له أن يدفع للمؤمن مقابل التأمين مبلغا تقديريا على انقضاء او دفعة واحدة (مادة ٧٧٣) فالؤمن له هو الشخص الذي يتعهد بتفدي الالتزامات المقابلة لالتزامات المؤمن ، وهو في العادة أيضا يكون الشخص الذي يتقاضى من المؤمن مبلغ التأمين عند وقوع الحادث أو تحقق الخطر المؤمن منه ، ولكن في بعض أنواع التأمين ، كالتأمين على الحياة والتأمين من الحوادث ، يكون المؤمن له والمستفيد عداة شخصين مختلفين ولذلك حرص المشروع على ايضاح التفرقة بينهما مع اعتبار المؤمن له هو المستفيد اذا لم يعين في العقد مستفيد آخر (مادة ٧٧٤) .

وعناصر التأمين كما يتضح من التعريف السابق هي الخطر ، ومقابل التأمين ، والعوض المالي .

١ - والخطر أو الحادث المؤمن منه له في عقد التأمين مدلول واسع ، فهو قد يكون أمرا يخشى عاقبته ، كحريق أو سرقة أو اصابة أو وفاة أو مسؤولية ، وهو الغالب . ولكنه قد يكون أيضا حادثا سعيدا ، فهناك تأمين الاولاد يتقاضى فيه المؤمن له مبلغ التأمين كلما يرزق ولدا ، وهناك تأمين الزواج يتقاضى المؤمن له فيه مبلغ التأمين اذا ما تزوج قبل بلوغه سنا معينة ، وهناك تأمين المهر يكون المستفيد فيه أحد اولاد المؤمن له اذا عاش الى تاريخ معين وهو التاريخ الذي يغلب أن يتزوج فيه فيكون في حاجة الى المهر ، وهناك التأمين لحالة الحياة يتقاضى فيه المؤمن له مبلغ التأمين اذا عاش الى تاريخ معين .

٢ - ومقابل التأمين هو القسط أو الدفعة المالية التي يدفعها المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر أو الحادث المؤمن منه ، وبينه وبين الخطر علاقة وثيقة ، فهو يحسب على أساس الخطر

التي أعبرتها نصوصا تفصيلية تنفي عنها القواعد العامة ، ثم حذف لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ غالبية النصوص الباقية ولم تبق من مواد المشروع غير خمس وعشرين مادة . جاءت غير نافذة لتنظيم هذا العقد الهام ، مع وعد سجل في المادة ٧٥٨ باصدار قوانين خاصة تكميلية ، وهو ما حدا بالحكومة بعد ذلك الى أن تمد مشروعا لعقد التأمين ، أعادت فيه كثيرا من النصوص المحذوفة ، كما أصدر المشرع القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، الى جانب قوانين أخرى كان قد أصدرها ومنها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التأمين الاجباري من حوادث العمل .

أما في الكويت ، فلم تعرض المجلة لعقد التأمين ، وهو أمر طبيعي ما دام هذا العقد لم يكن معروفا في الفقه الاسلامي . وان عرفت صورته منه عند بعض المتأخرين من فقهاء الحنفية ، فقد تعرض ابن عابدين لعقد التأمين البحري ، الذي أسماه بالسوكره ، وذهب الى تحريمه لانه لا يشبه عقدا من العقود المعروفة في الفقه الاسلامي . ولما انتشر التأمين في العصر الحديث ، كثرت الفتاوى الشرعية في شأنه ، بعضها يطله وبعضها يحرمه ، ولكن هذا الخلاف لم يكن له من اثر على دنول نظام التأمين في الحياة الاقتصادية للبلاد ، فأثارت كثير من الشركات الاجنبية فروع لها في الكويت ، كما تكونت كثير من الشركات التي تزاول عمليات التأمين المختلفة ، وأسبح المشرع الشرعية عليها باصداره القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦١ بشأن شركات وكلاء التأمين ، وفي سنة ١٩٧٦ صدر قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦١ متضمنا نظام التأمين الاجباري ضد اسباب العمل وقانون المرور رقم ٦٧ ولائحته التنفيذية متضمنا نظام التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ، وفي غضون ذلك تم وضع مشروع متكامل لتنظيم عقد التأمين وصدر في ١٢/٤/١٩٧٥ مرسوم باحلاله الى مجلس الامة ولكنه لم يستكمل الخطوات اللازمة لاصداره حتى حل المجلس بالامر الاميري الصادر في ٢٩/٨/١٩٧٦ فتقرر تأجيل النظر فيه الى أن تتم دراسته من قبل اللجنة التي ستقوم باعداد التشريعات المدنية . كما وضعت وزارة التجارة بدورها مشروعا لا يخرج عما قرره المشروع السابق بعد ادخال تعديلات على نصوصه مستوحاة من مشروع تنظيم عقد التأمين الذي تم وضعه مؤخرا في مصر . ويقع المشروع السابق في ٩٢ مادة مستمدة جميعها من المشروع التمهيدي المرسي ، الذي استوحته جميع التقنيات العربية ، فيما أوردته من نصوص تنظم جانباً من أحكامه .

وعلى هدى هذه المشروعات المختلفة ، وضع المشروع المعروض النصوص المتعلقة بتنظيم عقد التأمين . ولكنه أثر

المصلحة * والمقصود بالمصلحة هو أن يكون المؤمن له أو للمستفيد مصلحة في عدم وقوع الخطر المؤمن منه ، ومن أجل هذه المصلحة أمن هذا الخطر ، ويجب أن تكون المصلحة اقتصادية أي ذات قيمة مالية ، لان المؤمن عليه في التأمين من الاضرار هو المال *

وغنى عن البيان أنه يجب أن تكون المصلحة مشروعة ، فالخطر المؤمن منه يجب أن يكون متولدا عن نشاط غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، فلا يجوز التأمين من المخاطر المترتبة على أعمال التهريب أو الاتجار في المخدرات أو على الاماكن التي تدار للدعارة أو القمار وما الى ذلك *

والخطر المؤمن منه هو العنصر الجوهري في التأمين ، فإذا كان قد زال أو تحقق قبل تمام العقد وقع التأمين باطلا (مادة ٧٧٧) * ويسرى هذا الحكم حتى لو كان كل من الطرفين يجهل وقت إبرام العقد أن الخطر قد زال أو قد تحقق ، فلو كان كل منهما يظن أن الخطر قائم محتمل لبقى العقد باطلا على الرغم

من ذلك ، اذ يكون الخطر في هذه الحالة خطرا ظنيا والتأمين من الخطر الظني لا يجوز ، وهذا هو الرأي السائد في فرنسا بشأن التأمين البري ، أما في التأمين البحري ، فان التأمين من الخطر الظني جائز ، ويسمى بالتأمين على الأبناء السارة أو السيئة فالتأمين على السيئة اذا كانت قد غرقت قبل إبرام العقد دون أن يعلم أحد من الطرفين بذلك **تأمين بجاني ***

ويعرض نص المادة ٧٧٨ للإثار التي تترتب على اعادة التأمين * والمستقر عليه في ذلك أن المؤمن له (أو المستفيد) في عقد التأمين الاصلى اجنبي في عقد اعادة التأمين الذي يعقده المؤمن المباشر مع المؤمن المعيد ، فلا يستمد من هذا العقد أي حق قبل المؤمن المعيد ولا يتحمل التزاما ، ويقضى المؤمن المباشر وحده هو المسئول قبل المؤمن له بموجب عقد التأمين الاصلى الذي أبرم فيما بينهما *

وتعرض المواد من ٧٧٨ الى ٧٨٩ لإبرام عقد التأمين والمراحل المختلفة التي يجتازها في إبرامه ، فمقد التأمين يبرم بين طرفيه ، وهما المؤمن له والمؤمن ، فبينما المؤمن له يتقدم طلب التأمين ، ثم يتم الاتفاق النهائي باصدار وثيقة التأمين * ولكنه يقع كثيرا أن يتفق الطرفان اتفاقا مؤقتا ، انتظارا لاتفاق نهائي ، فيسأل المؤمن المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة ، كما يقع أن يمد الطرفان بمد العقد الى اجراء اضافة أو تعديل في عقد التأمين ، ويشتان ذلك في ملحق للوثيقة *

١ - طلب التأمين - وهو ورقة مطبوعة يقوم المؤمن باعدادها مسبقا ، وتشتمل على البيانات اللازمة التي يبرم عقد

واذا تغير الخطر تغير معه قسط التأمين زيادة أو نقصا ، وهو ما يعرف ببدا تسيية القسط الى الخطر ، وقد يكون مقابل التأمين مبلغا اجماليا يدفع مرة واحدة ، ويسمى بالقسط الوحيد ، ولكن الغالب أن يكون دفع مقابل التأمين على أقساط جبرت العمادة على أن تكون سنوية تدفع مقدما في أول كل سنة ، وإن جاز تخصيص القسط السنوي الى أجزاء يدفع كل جزء منها مقدما كل ستة أشهر ، أو كل ثلاثة أشهر أو كل شهر ، ولكن ذلك ليس الا طريقا لتيسير الدفع على المؤمن له ، ويقضى القسط سنويا *

٣ - أما العنصر الثالث وهو عوض التأمين ، فقد يكون توفيا يقاس بقياس الضرر وحده الاقصى المبلغ المذكور في وثيقة التأمين ، كما هو الشأن في التأمين من الاضرار عموما ، وقد يكون مبلغا محددًا يتقاضاه المؤمن له أو المستفيد مرة واحدة أو ايرادا مرتبا ، كما هو في التأمين على الحياة *

(اولا) إبرام عقد التأمين :

يرم عقد التأمين بين طرفيه وهما المؤمن والمؤمن له * على أنه يجوز أن يعقد التأمين لحساب الغير بناء على تفويض منه أو دون تفويض فإذا كان بناء على تفويض يكون المفوض مجرد نائب عن صاحب الشأن في اجراء التأمين ، ويعتبر الاخير هو المؤمن له الذي يلتزم بدفع الاقساط واه وحده في حالة وقوع الخطر مطالبة المؤمن بمبلغ التأمين * أما اذا تم التأمين بتغير نيابة ، فانه اذا اقر الغير (المؤمن له) التأمين المقود لصالحه ، حتى بعد تحقق الخطر المؤمن منه ، انصرف أثر عقد التأمين اليه من وقت ابرامه لا من وقت الاضرار ويعتق له أن يقضى مبلغ التأمين من المؤمن ، كما يكون هو المنتزم بدفع الاقساط ، فإذا تحقق الخطر ولم يقر المؤمن له العقد خلال ثلاث سنوات من تحقق الخطر أصبحت الاقساط حقا خالصا للمؤمن (مادة ٧٧٥) *

وغنى عن البيان أنه يجوز أيضا أن يعقد التأمين لحساب ذي المصلحة أو لحساب من يشئ له الحق فيه * كأن يؤمن شخص من المسئولية عن حوادث السيارات لحساب أي سائق يقود سيارته ، فهنا يكون صاحب السيارة هو المؤمن له الذي يلتزم بدفع الاقساط ويكون السائق الذي يقود السيارة هو المستفيد *

وتنص المادة ٧٧٨ على أن التأمين من الاضرار يقع باطلا اذا لم يستند الى مصلحة اقتصادية مشروعة * فالرأي السائد هو أن المصلحة لا تكون عنصرا الا في التأمين مسن الاضرار ، أما التأمين على الاشخاص فلا تشترط فيه

والمفروض أن ما يرد في وثيقة التأمين من بيانات أو شروط ، يكون مطابقا لما تم الاتفاق عليه ابتداء بين الطرفين عند تقدم المؤمن له بطلب التأمين ، فإذا تسلم المؤمن له الوثيقة ووجد أن بعض الشروط المدونة بها لا يطابق ما كان الاتفاق قد تم عليه ، فانه يكون له - طبقا لنص المادة ٧٨٠ من المشروع - أن يطلب تصحيح هذه الشروط بعد اثبات عدم المطابقة . فإذا أثبت ذلك ، وجب تصحيح الوثيقة حتى تصبح مطابقة للمتفق عليه . ولكنه اذا سكت عن طلب التصحيح ثلاثين يوما من وقت تسلم الوثيقة ، فإن سكوته يعتبر قبولا منه للشروط المدونة فيها . وهذا النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فيما عدا تحديد مدة الثلاثين يوما .

وتعرض المادة ٧٨١ للصور المختلفة لوثائق التأمين ، والغالب أن تكون الوثيقة في صورة وثيقة لمصلحة شخص معين ، ولكنها قد تكون أيضا في صورة وثيقة اذنية أو وثيقة لعاملها . فإذا كانت الوثيقة اذنية ، فانها تنتقل بالطرق المقررة لانتقال الوثائق الاذنية ، أي بالنظير ولو كان على يابض . أما اذا كانت الوثيقة لعاملها فانها تنتقل من يد الي يد بمجرد المناولة الفعلية . وكل ذلك مع استثناء الوثائق الخاصة بالتأمين على الحياة التي تخضع لاحكام خاصة . ويجوز للمؤمن أن يحتج على حامل الوثيقة أو على الشخص الذي يتمسك بها بكل الدفع التي يكون له أن يحتج بها على المؤمن له .

وقد عمد المشروع الى طائفة من الشروط التي يكثر ورودها في العمل ، فبين حكمها في المواد ٧٨٢ الى ٧٨٤ ، ومن هذه الشروط شروط رأى المشروع عدم الاعتداد بها أو الاحتجاج بها على المؤمن له لاعتبارات شكلية وأخرى رأى عدم الاعتداد بها أو ابطالها لاعتبارات موضوعية .

أما الشروط التي لا يعتد بها لاعتبارات شكلية فهي الشروط المطبوعة التي تتعلق بالتحكيم أو بحال من الأحوال التي تؤدي الى البطلان أو السقوط ، اذا لم تبرز هذه الشروط بطريقة متميزة كان تكتب بحروف أكثر ظهورا ، أو أكبر حجما (مادة ٧٨٢) . فإذا لم تبرز مثل هذه الشروط بشكل متميز فانه لا يجوز الاحتجاج بها على المؤمن له . أما اذا كانت الشروط مكتوبة بالآلة الكتابية أو باليد ، ومن باب أولى اذا كانت موقفا عليها من المؤمن له ، فان هذا يكون كافيا لأعمالها .

وأما الشروط التي رأى المشروع عدم الاعتداد بها أو ابطالها لاعتبارات موضوعية فهي :

(أولا) الشرط الذي يقضى بسقوط حق المؤمن له

التأمين على أساسها ، وبخاصة الخطر المطلوب التأمين منه وجميع الظروف التي تحيط بهذا الخطر ، لتكون هذه البيانات أمام المؤمن عندما ينظر في اجابة هذا الطلب . وفي بعض الاحيان يشتمل طلب التأمين على مجموع من الاسئلة يجب عليها المؤمن له ، وتنص المادة ٧٧٩/١ من المشروع على أن طلب التأمين وحده لا يكون ملازما للمؤمن ولا للمؤمن له ، ولا يتم العقد الا اذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين ، وتم تسليم هذه الوثيقة الى المؤمن له ، ولكن طلب التأمين له ، على الرغم من ذلك ، أهمية كبيرة . فهو يعتبر عند تمام العقد مكسلا له بما جاء به من بيانات والقرارات ، وكل بيان أو سؤال يكون المؤمن له قد ادلى به أو اجاب عليه فيه ، يحسب عليه ، ويؤخذ به .

٢ - مذكرة التغطية المؤقتة - وقد يقبل المؤمن الطلب ومع ذلك يمضي جانب من الوقت قبل تحرير وثيقة التأمين وتوقيعها وتسليمها الى المؤمن له ، وفي هذه الحالة لا يكون المؤمن له قد أمن نفسه من الخطر الذي يتهدده . ولذلك جرت العادة بأن يسلم المؤمن الى المؤمن له مذكرة تغطية مؤقتة موقعة منه لتغطية المؤمن له طوال الوقت الذي يستغرقه تحرير وثيقة التأمين وتسليمها للمؤمن له . وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ٧٧٩ لهذه الحالة ونصت على أن العقد يتم حتى قبل تسليم الوثيقة ، اذا سلم المؤمن للمؤمن له - استجابة لطلب التأمين - مذكرة تغطية مؤقتة يضمنها القواعد الاساسية التي يقوم عليها التعاقد (نوع التأمين والخطر المؤمن منه ومبلغ التأمين والتسقط والمدة) وثبتت فيها التزامات كل من الطرفين قبل الآخر ، وتقوم هذه المذكرة مؤقتا مقام الوثيقة النهائية . ومع ذلك رأى المشروع من باب التيسير على المؤمن لهم أن ينص في الفقرة الثالثة من المادة ٧٧٩ على أنه اذا قدم المؤمن له ايصالا بدفع جزء من مقابل التأمين ، كان له أن يثبت بكافة الطرق أن العقد قد تم ، حتى ولو لم يكن قد تسلم مذكرة تغطية مؤقتة .

٣ - وثيقة التأمين - وعندما يقبل المؤمن طلب التأمين ، فانه يعدد الى تحرير وثيقة التأمين ويوقعها ثم يسلمها الى المؤمن له ، أما توقيع المؤمن له على الوثيقة فليس ضروريا ، ذلك انه قد وقع على طلب التأمين الذي يعتبر من جانبه إيجابا باتا . ووثيقة التأمين هي المحرر المثبت لعقد التأمين ، وتتضمن الشروط المطبوعة التي يضمنها المؤمن بحسب نموذج يعده لذلك ، والتي قل أن يختلف باختلاف المؤمن . والسبب جانب هذه الشروط العامة ، تذكر بيانات معينة تكتب باليد أو بالآلة الكتابية ، وهذه هي البيانات التي تخصص وثيقة التأمين باعتبارها عقدا مبرما مع مؤمن له بالذات .

التأمين من أول اليوم التالي لليوم الذي تم فيه العقد (١/٧٨٦) وتحديد مبدأ سريان العقد على هذا الوجه يكون له ميزتان - الأولى - أن هذا الوقت يكون منضبطا تماما ، فإذا تحقق الخطر قبل انتهاء اليوم الذي تم فيه العقد (الساعة ٢٤) ولو بثانية واحدة ، لم يكن المؤمن مسؤولا ، أما إذا تحقق الخطر بعد الساعة ٢٤ ليوم تمام العقد ولو بثانية واحدة ، فإن مسؤولية المؤمن تتحقق - والميزة الثانية - ميزة عملية ، إذ يمنع سريان العقد من أول اليوم التالي من غش المؤمن له إذا أمن من الحادث عقب وقوعه مباشرة في نفس اليوم دون أن يخطر المؤمن بذلك . أما إذا اتفق على بدأ سريان التأمين في يوم معين ، بدأ سريانه من أول هذا اليوم ، وكل ذلك ما لم يتفق على خلافه (٧٨٦/٢ و ٣) .

وعلى الرغم من أن لطرفي العقد مطلق الحرية في تعيين مدته ، إلا أنه حرصا على صالح المؤمن لهم ومنعا من تودطهم في الالتزام بقعود طويلة الامد ، فقد نص المشروع في المادة ٧٨٧ على تحديد أجل (خمس سنوات) يستطيع كل من الطرفين قبل حلوله بمدة ستة أشهر على الأقل ، إنهاء العقد ، وذلك دون اخلال بقعود التأمين على الحياة التي يكون للمؤمن له فيها أن يتحلل من العقد بعد انقضاء سنة واحدة ، ويعتبر هذا الحق من النظام العام إذ يقصد به حماية المتعاقدين ، ومن ثم فلا يجوز النزول عنه أو الحد منه أو الاتفاق على ما يخالفه . وهذا النص يقرر عرفا تأمينيا متبعا ، وأحكامه تدرج عادة في وثائق التأمين ، ونظرا لما ينطوي عليه حكم هذا النص من أهمية ، فقد نصت المادة المذكورة على ضرورة بياحه قسما وثيقة التأمين .

وقد عرضت المادة ٧٨٨ من المشروع لامتداد عقد التأمين فأجازت بمقتضى شرط محرر في الوثيقة بشكل متميز ، الاتفاق على امتداد عقد التأمين من تلقاء ذاته ، إذا لم يقم المؤمن له قبل انتهاء مدته بثلاثين يوما على الأقل بإبلاغ المؤمن برغبته في عدم امتداد العقد ، ولا يسرى مفعول هذا الامتداد إلا سنة فمسة ويقع باطلا كل اتفاق على أن يكون الامتداد لمدة تزيد على ذلك . وهذا النص ليس في مجموعته الا تطبيقا للقواعد العامة ، فيما عدا ميعاد الثلاثين يوما لصدور الرغبة في عدم امتداد العقد ، وفيما عدا أن مدة الامتداد لا يجوز أن تزيد على سنة . وهو على كل حال يقرر عرفا تأمينيا يحمي المؤمن من مفاجاته بعدم امتداد العقد يخطر به في وقت غير كاف ، ويحضى المؤمن له بدوره ، فلا يفتاجا لمجرد سكوتهم بامتداد العقد مدة أطول من سنة ولذلك لم ير المشروع مانعا من الأخذ بهذه الأحكام التي جرى عليها العرف التأميني ويستثنى منها عقد التأمين على الحياة لانه إما أن ينتهي بالموت فلا يقبل الامتداد وإما أن ينتهي بإهتداء مدته ، وهذه المسئلة تقبل التعديل بلحق للوثيقة ولا تمتد عادة بشرط في العقد .

بسبب تأخره في اعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات ، أو في تقديم المستندات ، إذا تبين من الظروف أن التأخر كسأن لمدر مقبول (مادة ٧٨٣) .

(ثانيا) الشرط الذي يستثنى من نطاق التأمين الاعمال المخالفة للقوانين واللوائح ، ما لم يكن الاستثناء محددًا (مادة ٧٨٤/١) فإذا استثنى المؤمن من نطاق التأمين أي عمل يأتيه المؤمن له مخالفا للقوانين واللوائح ، كان الاستثناء غير محدد فلا يمتد به . أما إذا ذكر المؤمن على وجه التحديد ، المخالفة التي يستثنها من نطاق التأمين ، كان يستثنى العمل الذي يخالف نصا معينًا من قانون معين أو من لائحة معينة ، فإن الاستثناء يكون صحيحا وتخرج المخالفة المستثناة من نطاق التأمين لأن استثناءها محدد لا إبهام فيه ولا غموض ، وغنى عن البيان أن المخالفات المنطوية على جنابات أو على جنح عمدية تكون مستثناة دون حاجة الى نص ، لأن التأمين من الخطأ العمدي غير جائز .

(ثالثا) كل شرط تصفى آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في تحقيق الخطر المؤمن منه (٧٨٤/ب) . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان مخالفة الشرط أثر في تحقق الخطر المؤمن منه ، فيكون الشرط صحيحا ، أو ليس لمخالفته أثر فيكون الشرط تصفيا ويقع باطلا فلا يمتد به .

ولم ير المشروع بعد ذلك أن يعرض لفة التي يجب أن تكتب بها وثيقة التأمين ، كما فعل المشروع السابق في المادة ١٤ منه ، لأن مجال هذا النص هو قانون الرقابة على هيئات التأمين .

٤ - ملحق الوثيقة - وملحق الوثيقة هو اتفاق اضافي ما بين المؤمن والمؤمن له يلحق بالوثيقة الاصلية ، ويكون من شأنه أن يعدل فيها ، كأن يتفق على زيادة مبلغ التأمين أو على امتداد مدته أو على اضافة خطر لم يكن مؤمنا منه . ويضعف في اتيائه للقواعد العامة كما يسرى عليه كل ما يسرى على عقد التأمين الاصلى من أحكام .

مدة التأمين - ومدة التأمين هي من أهم البيانات التي ترد في الوثيقة ، ولذلك أوجب المشروع أن تكون مكتوبة فيها بشكل ظاهر (مادة ٧٨٥) ، والاصل أن وثيقة التأمين يبدأ سريانها من وقت تمام العقد ، فمن هذا الوقت ترتب الالتزامات الناشئة من العقد في ذمة كل من الطرفين ، وذلك ما لم يتفق على وقت اخر لبده سريان الوثيقة . كان يؤمن مشتري السيارة على سيارته قبل أن يسلمها ويحمل بدو سريان الوثيقة من تاريخ التسليم . ولما كان وقت تمام العقد ، لو جعل هو وقت بدو السريان ، لايحرف منه عسادة الا اليوم الذي تم فيه ، لذلك نص المشروع على أن تبدأ مدة

تحقق الخطر ، فانه لا يجوز للتؤمن ابطال العقد ، ذلك أن الخطر قد تحقق والمقد قائم وأصبح التزام المؤمن بالتعويض واجب الأداء ، فلا يستطيع التخلل منه بالإبطال ، ولكن لما كانت الأقساط التي دفعها المؤمن له لا تتناسب مع الخطر المؤمن منه ، فإن المؤمن لا يدفع من التعويض الا ما يتناسب مع هذه الأقساط (مادة ٧٩١ / ٣) . وقد خالف المشروع في هذه الأحكام نصوص المشروع السابق التي كانت تفرق في ذلك بين حالة المؤمن له سبب النية وحالة المؤمن له حسن النية ، فتجعل العقد باطلا في الحالة الأولى وقابلا للإبطال في الثانية .

وغنى عن البيان أن الأحكام المتقدمة تسرى أيا كان الوقت الذي وقع فيه التكتان أو تم الإذلاء بالبيان غير الصحيح، يستوى أن يكون ذلك ابتداء عند التعاقد ، أو وقت أن يخطر المؤمن له المؤمن بما يستجد من ظروف تؤدي الى زيادة الخطر .

ويعرض نص المادة ٧٩٣ لحالة زيادة المخاطر المؤمن منها سواء بقبل المؤمن له أو بغير فعله بعد ان ألقي نص المادة ٧٩٠ (ب) على عائق المؤمن له التزاما بإبلاغ المؤمن بما يطرأ منها فور علمه بها . والنص لا يعدو أن يكون تنظيميا مفصلا لما يقتضيه تطبيق القواعد العامة ولما يقضى به العرف التأميني وفقا للشرط التي جرت العادة بدارجها في وثائق التأمين . ويخلص من أحكامها أنه اذا استجرت ، في أثناء سريان العقد ظروف من شأنها أن تؤدي الى زيادة المخاطر المؤمن منها ، فإن طبيعة عقد التأمين ، وما يهدف اليه من استمرار تغطية الخطر ما أمكن ذلك ، تقضى بافصاح المجال للطرفين حتى يستتقيا العقد بعد زيادة في مقابل التأمين ، وذلك الى جانب حق المؤمن في طلب انهاء العقد طبقا للقواعد العامة ، وحقه في استبقاء العقد دون زيادة في المقابل . على أنه طبقا لنص المادة ٧٩٣ من المشروع يبقى عقد التأمين ساريا دون زيادة في المقابل اذا تحقق الخطر أو زاد احتمال وقوعه نتيجة أعمال أدت امتثالا لواجب انساني أو توجها للمصلحة العامة . فإذا تمدد المؤمن له زيادة الخطر لحماية مصلحة المؤمن نفسه . كما اذا ألتف في التأمين من الحريق بعض المنقولات المؤمن عليها لنخ امتداد الحريق وذلك لمصلحة المؤمن حتى ينحصر ضلته في أضيق الحدود الممكنة فإن هذا العمل لا يكون له أثر في عقد التأمين ، ويبقى هذا العقد ساريا كما هو دون زيادة في المقابل . كذلك اذا عرض المؤمن له في التأمين على الحياة نفسه للموت انقذا لغيره فمات فعلا أو قتل شخص حصانا مؤمنا عليه بعد أن أصيب بمرض ، خشية أن يؤدي غيره ، ففي مثل هذه الفروض يبقى عقد التأمين كما هو دون زيادة في المقابل ، لأن هناك ما يبرر فعل المؤمن له - فهو يؤدي واجبا أو يقوم بعمل للمصلحة العامة .

فإذا لم يكن هناك شرط صريح في وثيقة التأمين يقضى بامتداد العقد ، وأراد المؤمن له قبل انقضاء مدة العقد امتداده لاية مدة (وكذلك تمدليه أو سريانه بعد وقته) ، كان له أن يعرض هذا الامتداد على المؤمن بكتاب موسى عليه ، فإن لم يتم المؤمن بإبلاغ المؤمن له خلال العشرين يوما التالية لوصول الكتاب ، بعدم الموافقة على الامتداد ، عد موافقا عليه وامتد العقد المدة التي عرضها المؤمن له ، على أنه اذا كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي أو كان الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين ، فإن يحد الا بالموافقة الفعلية للتؤمن (مادة ٧٨٩ من المشروع) .

(نانيا) التزامات المؤمن له :

طبقا لنصوص المشروع يلتزم المؤمن له بالزامات ثلاثة وهي :

١ - تقديم البيانات اللازمة وتقرير ما يستجد مسن الظروف ، ٢ - دفع مقابل التأمين ، ٣ - اخطار المؤمن بوقوع الحادث اذا تحقق الخطر المؤمن منه (مادة ٧٩٠ من المشروع) .

١ - فالؤمن له يلتزم أن يبين بوضوح وقت ابرام العقد كل الظروف البائرة له والتي يهم المؤمن معرفتها ليتسكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، ويعتبر مهما عسلى الاخص ، الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة محددة ومكتوبة ، كما يلتزم المؤمن له أيضا أن يبلغ المؤمن بما يطرأ أثناء العقد من ظروف من شأنها أن تؤدي الى زيادة المخاطر وذلك فور علمه بها (مادة ٧٩٠ / ١ و ب) .

فإذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بيانا غير صحيح ، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن ، فإن عقد التأمين يكون بحسب الاصل قابلا للإبطال لمصلحة المؤمن (مادة ٧٩١ / ١) سواء كان المؤمن له سبب النية أو حسن النية في ذلك .

فإذا اتكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر ، فانه يكون للتؤمن أن يطالب ابطال العقد . ويتم الإبطال بعد عشرة أيام من تاريخ اخطار المؤمن له بذلك بكتاب موسى عليه ولا يكون للإبطال هنا ، خلافا لما تقتضيه القواعد العامة ، أمر رجعي بل يبقى المؤمن ملتزما بضمان الخطر كما يبقى المؤمن له ملتزما بدفع الأقساط وذلك الى يوم ابطال العقد ، ومن ثم يكون ما يقضه المؤمن من الأقساط عن مدة سابقة على يوم الإبطال حقا خالصا له ، أما ما يقضه عن مدة تلي يوم الإبطال ، وهي مدة لا يتحلل في مقابلها خطرا ما ، فلا يجوز له أن يستبقيه ويجب عليه رده ، ولكن المؤمن له يستطيع أن يدرأ طلب الإبطال اذا هو قبل زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر (مادة ٧٩١ / ٢) . وأما اذا لم تظهر الحقيقة الا بعد

موطن وكيله ، أو في موطن المؤمن نفسه ، أو في موطن وكيل المؤمن (المؤمن) ، ولما كان المفروض أن هذا الشرط إنما هو في مصلحة المؤمن له الذي اشترطه ، فانه يجب ادراجه ضمن الشروط الخاصة المكتوبة بحروف ظاهرة بناء على طلب المؤمن له .

ويكون الدفع استثناء في موطن المؤمن الى جانب حالة الاتفاق على ذلك ، في الحالتين الآتيتين :

(أ) دفع القسط الأول ، اذ جرت العادة كما تقدم أن يدفع هذا القسط في موطن المؤمن ، ومن ثم يكون هذا القسط محمولاً لا مطلوباً .

(ب) حالة ما اذا تأخر المؤمن له في دفع أى قسط آخر بعد أن سعى اليه المؤمن في طلبه ، وعند ذلك يعذر المؤمن المؤمن له ، ومن وقت الأعداء يصبح القسط محمولاً لا مطلوباً ، أى أنه يصبح واجب الدفع في موطن المؤمن لا في موطن المؤمن له (مادة ٧٩٦ من المشرع) .

وتعرض المادتان ٧٩٧ و ٧٩٨ للجزاء الذى يترتب على الإخلال بالتزام دفع قسط التأمين ، وطبقاً للقواعد العامة ، اذا امتنع المؤمن له عن دفع القسط أو تأخر في دفعه ، يكون للمؤمن ، بعد اذاره أن يطلب الحكم اما بالتنفيذ العيني واما بالسسخ ، ولا يتحمل من التزامه بفسان الخطر المؤمن منه الا اذا حصل على حكم بفسخ القسط ، ومن الوقت الذى يصدر فيه هذا الحكم ، لأن التأمين عقد زمنى لا يكون نسخاً أو رجعى ولا يستطيع المؤمن وقف التزامه بفسان الخطر ، وكل ما يستطيعه اذا تحقق الخطر ووقف التزامه بفسان الخطر ، أن يجس مبلغ التأمين حتى يستوفى القسط أو الأقساط المستحقة ، ويكون له أن يخصها من هذا المبلغ . ولا شك أن هذه الاجراءات لا تلائم مصلحة المؤمن ولا تتفق في الوقت ذاته مع التبسيط الواجب مراعاته في تسير عجلة التأمين . ولذلك كانت شركات التأمين تلجأ الى تضييق وثائقها شروطاً من شأنها ان تيسر الاجراءات تيسيراً شديداً ، فتشترط اعفاءها من الأعدار ، فإذا تأخر المؤمن له في دفع القسط ، ووقف عقد التأمين ويفاجأ المؤمن له عند تحقق الخطر ، بأن التزام المؤمن موقوف لعدم دفع القسط في الميعاد ، فيضيع حقه في التأمين .

وقد جرى العرف التأمينى ، وهو عرف يتشمل في نصوص التشريعات الأجنبية في التأمين ، وخاصة قانون التأمين الفرنسى الصادر في سنة ١٩٣٠ ، بالتوسط بين التشديد في الاجراءات الى حد ارهاق المؤمن والتبسيط فيها الى حد يجعل المؤمن له تحت رحمة المفاجآت ، فأوجب اذار المؤمن له بكتاب موصى عليه دون أن يكون للمؤمن أن يشترط اعفاءه من هذا الأعدار ، وقرر مواعيد محددة يقف بعد اقتضاها سريان عقد التأمين ، ثم مواعيد أخرى يجوز بعدها أن يطلب المؤمن التنفيذ العيني

وكما تجوز زيادة مقابل التأمين في الحالة المنصوص عليها في المادة ٧٩٢ ، فانه يجوز أيضاً تخفيضه ، ويتحقق ذلك اذا كان قد لوحظ في تحديد مقدار المقابل اعتبارات معينة ثم زالت هذه الاعتبارات أو قلت أهميتها ، فيجوز عندئذ للمؤمن له أن ينهى العقد ، الا اذا قبل المؤمن تخفيض المقابل بما يجعله مناسباً للخطر بعد زوال هذه الاعتبارات أو بعد نقص أهميتها (مادة ٧٩٤ من المشرع) ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف هذا الحكم لانه في مصلحة المؤمن له فلا يجوز المساس به باتفاق خاص .

٢ - ويعرض المشرع في المواد من ٧٩٥ الى ٧٩٨ لاتزام المؤمن له بدفع مقابل التأمين . والأصل أن المقابل يدفع في الوقت الذى يتفق عليه السائدان ، وقد جرت العادة أن يشترط المؤمن على المؤمن له أن يدفع المقابل مقدماً ، حتى يستطيع أن يواجه الأخطار التى تتحقق في خلال السنة ، ويسدد مبالغ التعمير المستحقة عنها ، وقد اضطرر شرط الدفع مقدماً في وثائق التأمين حتى أصبح ذلك عرفاً ثابتاً مستقراً .

والغالب أن يكون مقابل التأمين أقساطاً دورية سنوية ، وقد يكون مبلغاً اجمالياً يدفع مرة واحدة ويسمى بالقسط الوحيد ، سواء لأن مدة التأمين تقل عن سنة كما في التأمين لمدة الرحلة ، أو تكون المدة طويلة ولكن المؤمن له يختار أن يوفى بمقابل التأمين دفعة واحدة . وفي هذه الحالة يدفع مقابل التأمين كله مقدماً عند ابرام العقد . ولكن الغالب كما تقدم أن يكون دفع مقابل التأمين على أقساط ، وقد جرت العادة بأن يدفع القسط الأول عند ابرام العقد ، وقد قننت المادة ٧٩٥ من المشرع هذه الأحكام .

هذا ويلاحظ أن المشرع يقضى بأنه اذا نص في وثيقة التأمين على ارجاء سريان العقد الى ما بعد سداد القسط الأول . ثم سلم المؤمن للمؤمن له الوثيقة قبل سداد هذا القسط ، لم يجز للمؤمن أن يتسكك بعد ذلك بارجاء سريان العقد ، ذلك أن تسليم الوثيقة للمؤمن له يعتبر قرينة اما على نزوله عن شرط ارجاء سريان العقد ، واما على أنه قبض القسط الأول فبدأ العقد في السريان .

وتعرض المادة ٧٩٦ من المشرع لمكان الوفاء ، والأصل طبقاً للقواعد العامة ، أن يكون مكان دفع القسط هو موطن المدين به ، أى موطن المؤمن له . ولكن العادة جرت في المحيط التأمينى أن يكون دفع أول قسط في موطن المؤمن ، ثم يكون دفع الأقساط التالية في موطن المؤمن له . والموطن التأمينى للمؤمن له هو الموطن الذى ذكره في وثيقة التأمين أو آخر موطن أخطر به المؤمن . ولكن قد يجد المؤمن له من مصلحته أن يتفق مع المؤمن على أن يكون الدفع في مكان آخر غير موطنه (في

على حلول المؤمن قانونا بما أداه من تعويض في الدعوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول قانونا عن الضرر المؤمن منه . وهذا النص مستوحى من المادة ٧٧١ مصرى والمادة ٣١٣ من قانون التأمين الفرنسى ولهما مقابل في كثير من التشريعات العربية . وقبل صدور قانون التأمين الفرنسى لم يكن من السهل توجيه رجوع المؤمن على المسئول بطريق الدعوى المباشرة ولم يقر القضاء الفرنسى الآراء التي ذهبت الى جواز الرجوع . والواقع أنه لم يكن هناك سبب قانونى يجعل المؤمن يحل محل المؤمن له قبل المسئول ، بل انه لا يوجد سبب قانونى يمنع المؤمن له بعد استيفائه مبلغ التأمين من المؤمن أن يرجع بالتعويض على المسئول . ومن أجل ذلك جرت العادة بأن يحصل المؤمن من المؤمن له مقدما على حوالته يحقق هذا الأخير قبل المسئول ، ثم صدر القانون الفرنسى مشتتلا على نص المادة ٣١٦ نقلتها المادة ٧٧١ من التتقين المصرى بالنسبة الى التأمين ضد الحريق فقط ، ولكن المشروع أثار آن يعمم الحكم على جميع أنواع التأمين من الاضرار .

على أنه يراد على مبدأ الحلول قياداً - الأول - ما نصت عليه المادة الأخيرة في الفقرة الأولى من المادة ٨٠١ من استثناء اقارب المؤمن له وأصحابه الذين يكونون معه في معيشة واحدة والأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعالهم من الرجوع عليهم بدعوى الحلول - والسبب في ذلك واضح ، فقيما يتعلق بالأقارب والأصحاب الذين يعيشون مع المؤمن له ، افترض المشروع أنهم اذا كانوا هم الذين تسببوا في الحادث ، فلو يرجع عليهم المؤمن له بالتعويض لعلاقته الخاصة بهم التي تآكلت بمعيشتهم معه في بيت واحد ، فإذا كان هو لا يرجع عليهم فأولى بالمؤمن ألا يرجع ، وفيما يتعلق بالأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعالهم كالخدم والاتباع ويدخل أيضا من هم تحت رعايته ولو لم يقيموا معه في معيشة واحدة منع المشروع أيضا المؤمن من الرجوع عليهم بدعوى الحلول ، ليس فحسب من أجل العلاقة الخاصة التي تربطهم بالمؤمن له ، بل أيضا لأن المؤمن لو رجع عليهم وكانوا معشرين لجاز له الرجوع على المؤمن له باعتباره مسئولاً عنهم ، فيسلبه باليسار ما أعطاه بالبين . وهذا الحكم يعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه - القيد الثاني - أن يصبح حلول المؤمن محل المؤمن له متأمرا بسبب راجع الى المؤمن له (مادة ٨٠١ / ٢) ، مثل ذلك أن يقر المؤمن له ، في غير الحدود المرسومة قانونا ، للمسئول بعدم المسئولية ، أو يبرىء ذمته منها ، أو يصلحه دون موافقة المؤمن ، ومثل ذلك أيضا أن يترك المؤمن له دعواه تجاه المسئول تسقط بضى الزمان ، ثم يرجع بعد ذلك على المؤمن ، ففى هذه الفروض وأمثاله يكون المؤمن له قد أضعاف بقوله فرصة حلول المؤمن محله ، فلا يستطيع عندئذ المؤمن الرجوع بدعوى الحلول على المسئول . ومن ثم

أو الفسخ بإجراءات مبسطة ، وحرم على المؤمن أن يشترط اعفائه من هذه المواعيد أو تقصيرها ، وأن جاز للمؤمن له أن يشترط اطانتها ، وبذلك أتم التوازن بين مصلحة المؤمن ومصلحة المؤمن له . وقد نقل المشروع هذا العرف التأميني عن قانون التأمين الفرنسى ، أسوة بمختلف المشروعات التي تم وضعها سواء في الكويت أو في مصر .

٣ - فاذا تحقق الخطر المؤمن منه ، وعلم المؤمن له بتحقيقه على وجه يستوجب مسؤولية المؤمن عن ضمانه ، فإن المؤمن له يلتزم عندئذ بإخطار المؤمن بوقوع الحادث الذي نجم عنه تحقق الخطر . وقد ورد هذا الالتزام في الفقرة (د) من المادة (٧٩٠) التي تلزم المؤمن له « أن يبادر الى ابلاغ المؤمن بكل حادثة من شأنها أن تجعل المؤمن مسئولا » . وهذا الالتزام بديهي ، فإن المؤمن قد تحققت مسؤوليته بتحقيق الخطر المؤمن منه ، فيعنيه ان يعلم ذلك في أقرب وقت ممكن حتى يتمكن من اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة في الوقت المناسب . وغنى عن البيان أن على المؤمن له أن يخطر المؤمن بالحوادث في وقت معقول ، وإذا تأخر في الاخطار دون مبرر فالحق متأخره ضرا بالمؤمن كان عليه أن يعرضه عن هذا الضرر . ولا يوجد ما يمنع ، طبقا للقواعد العامة ، من أن يشترط المؤمن أن يكون الاخطار في ميعاد معين ، وعندئذ يجب على المؤمن له أن يراعى هذا الميعاد في الاخطار مع مراعاة حكم المادة ٧٨٣ من المشروع .

(ثالثا) التزامات المؤمن :

أما المؤمن فيلتزم عند تحقق الخطر المؤمن منه أو عند حلول الأجل المحدد في العقد ، بإداء مبلغ التأمين المستحق خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي يقدم فيه صاحب الحق البيانات والمستندات اللازمة للثبوت من حقه (مادة ٧٩٩ من المشروع) . وهذا النص ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ، وهو يبين ميعاد حلول الالتزام بدفع مبلغ التأمين ، وما يقع على الدائن في هذا الالتزام من عبء اثبات الحادث المؤمن منه .

وتنص المادة ٨٠٠ من المشروع على أنه في التأمين من الاضرار ، يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه ، على ألا يجاوز ذلك مبلغ التأمين . وهذا النص يتناقض بمبدأ الصفة التعويضية لعقد التأمين ، ولكنه مبدأ لا يسرى الا على التأمين من الاضرار فقط ، أما التأمين على الأشخاص فيسوده مبدأ رئيسي عكسى هو انعدام صفة التعويض .

وتطبيقا لمبدأ الصفة التعويضية في التأمين عن الاضرار ، لا يجوز للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين والتعويض ، والا تقاضى مقدار ما لحق به من الضرر مرتين ، مرة من المؤمن وأخرى من الغير المسئول وهذا لا يجوز (على عكس الحال في التأمين على الأشخاص) . ولذلك تنص المادة ٨٠١ من المشروع

ويعرض نص المادة ٨٠٤ لكلاهما التي ترتب على انتقال عقد التأمين ، فيلتزم المؤمن له الجديد نحو المؤمن بدفع الأقساط المستقبلية أما الأقساط التي تكون قد حلت وقت انتقال الملكية فهي على المؤمن له الأصلي ، فإذا لم يكن قد دفعها فغلبه دفعها . وإذا كان انتقال الملكية بالموت ولم تكن بعض الأقساط الحالة قد دفعت ، فهي دين على التركة طبقاً للقواعد المقررة في الميراث .

ولكن قد يكون المؤمن جاهلاً بانتقال الملكية ولا يعرف الا المؤمن له الأصلي ينقضى منه الأقساط التي تحل ، فيبقى المؤمن الاصلي ملتزماً بدفع هذه الأقساط ويرجع بها على المؤمن له الجديد ، وذلك الى أن يخطر المؤمن بكتاب موسى عليه بحصول التصرف الناقل للملكية . فمن وقت حصول هذا الاخطار يكون المؤمن له الجديد هو الملتزم بدفع ما يحصل من أقساط ، وتبرأ ذمة المؤمن له الأصلي منها ، فلا يكون ملتزماً بدفعها لا بصفته مديناً أصلياً ولا بصفته ضامناً للمؤمن له الجديد .

على أنه يلاحظ أنه اذا كان القسط يدفع مقدماً كما هو الغالب ودفع المؤمن له الأصلي القسط عن العام الذي بدأ ، وانتقلت الملكية في خلال هذا العام ، فانه يكون للمؤمن له الأصلي أن يرجع على المؤمن له الجديد بجزء من القسط يتناسب مع المدة التي بقيت من العام منذ انتقال الملكية .

وتنص المادة ٨٠٥ من المشروع ، عن أنه اذا تعدد الورثة أو المتصرف بهم ، وسرى عقد التأمين بالنسبة لهم ، كانوا مسئولين بالتضامن عن دفع الأقساط . وقد نقل المشروع هذا النص عن المادة ٩ / ٤ من قانون التأمين الفرنسي ، حتى لا ينقسم القسط في حالة تعدد المؤمن له الجديد .

٢ - افلاس المؤمن له أو المؤمن :

وتعرض المادة ٨٠٦ من المشروع لافلاس المؤمن له ولافلاس المؤمن ، فإذا أفلس المؤمن له ، فإن عقد التأمين يبقى ، وتحل جماعة الدائنين محل المؤمن له في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ذلك أن الشيء المؤمن عليه قد دخل في التفليس ، فيبقى المؤمن ضامناً للخطر المؤمن منه ، وتصبح جماعة الدائنين ملتزمة بجميع التزامات المؤمن له ويدفع أقساط التأمين التي تحل بعد صدور الحكم بشهر الافلاس . أما الأقساط التي حلت قبل ذلك ولم تدفع فيدخل بها المؤمن في التفليس شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين .

وقد ترى جماعة الدائنين أن مصلحة لها في بقاء العقد ، كما قد يرى المؤمن أيضاً انهاء العقد بعد افلاس المؤمن له ، ولذلك تحفظ التشريعات عادة لكل من الطرفين بالحق في انهاء العقد ، وهو ما أخذ به المشروع على أن يتم ذلك في خلال ثلاثة أشهر من وقت صدور الحكم بالافلاس ، ويكون على المؤمن

تبرأ ذمة المؤمن تجاه المؤمن له بقدر ما أضعه هذا عليه من الرجوع بدعوى الحلول على المسئول .

(رابعاً) انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين وانقضاؤها :

وتعرض المواد ٨٠٢ - ٨٠٧ لنقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين في حالتين هما : (١) انتقال الشيء المؤمن عليه الى شخص آخر ، (٢) افلاس المؤمن له أو المؤمن كما تعرض لسقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمرور الزمان .

١ - انتقال الشيء المؤمن عليه الى شخص آخر :

الأصل أن الشيء المؤمن عليه ، اذا انتقلت ملكيته الى خلف عام أو خلف خاص ، تنتقل وثيقة التأمين مع الشيء الى الخلف . ذلك أنه اذا كان الخلف خلفاً عاماً ، فإن حقوق السلف الناشئة عن عقد التأمين تنتقل اليه وكذلك التزامات الناشئة عن العقد في حدود التركة ، طبقاً للقواعد الاستخلاف العام . وإذا كان الخلف خلفاً خاصاً ، فإن عقد التأمين يعتبر من مكملات الشيء المؤمن عليه ومحدداته ، فينتقل حقوقاً والتزامات من السلف الى الخلف طبقاً لقواعد الاستخلاف الخاص . ولما كان عقد التأمين ينتقل بانتقال ملكية الشيء المؤمن عليه ، بحكم القانون دون حاجة الى موافقة المؤمن أو المؤمن له الجديد ، فإن أكثر التشريعات قد احتفظت في مقابل ذلك لكل منهما بالحق في طلب انهاء عقد التأمين وهو ما أقر المشروع الأخذ به (مادة ٨٠٢ وما بعدها) .

ويبقى حق المؤمن في الانهاء قائماً الى أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً ، ويستخلص الزول الضمني من عدم استعماله حقه في الانهاء في مدة ثلاثين يوماً من التاريخ الذي يخطر فيه بالتصرف الناقل للملكية أو بوفاة المؤمن له .

أما المؤمن له الجديد فيجوز له طلب الانهاء في أي وقت منذ انتقال الملكية اليه ، ويبقى حقه قائماً الى أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً ، ولا يجوز تحديد ميعاد لطلب الانهاء لا في وثيقة التأمين ولا من جهة المؤمن ، لأن في ذلك تضييقاً في حق المؤمن له الجديد في طلب الانهاء وهو مخالف للنظام العام فيقع باطلاً . على أن حق المؤمن له الجديد في الانهاء لا يبقى بالفضل قائماً لمدة طويلة ، فانه لا يلبث أن يطلب بقسط التأمين الذي يحل عقب انتقال الملكية ، وهنا لا بد من أن يتخذ موقفاً في أمر الانهاء ، فاما أن يطلبه واما أن ينزل عنه بدفع القسط . فإذا طلب المؤمن له الجديد الانهاء ، انتهى عقد التأمين من هذا الوقت دون أثر رجعي ، ويقع باطلاً كل شرط يستحق المؤمن بمقتضاه تمويضاً اذا اختار من انتقلت أو آلت اليه الملكية انهاء العقد (مادة ٨٠٣) .

يستوفى فيه الغير التعويض من المؤمن له .

وأخيراً جعل المشروع النصوص التي تنظم عقد التأمين الواردة في هذا الفصل ، والتي تهدف في مجموعها الى حماية المؤمن له نصوصاً لا تجوز مخالفتها ، الا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد ، (مادة ٨٨ فقرة أولى) أما اذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فان الاتفاق يكون باطلاً . وقد يفهم من ذلك أنه يجوز الاتفاق على اطالة المدة المقررة لسقوط الدعوى المبيّنة في المادة ٨٠٧ أو على تقصيرها اذا كان ذلك في مصلحة المؤمن له أو المستفيد ، ولذا اتفق الأمر النص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ فلا يجوز الاتفاق على مدة تختل عن المدة التي عينها المشروع .

كذلك تسمى الاحكام المبيّنة في هذا الفصل على جميع أنواع التأمين ، مع مراعاة ما تنقضى به التشريعات الخاصة في شأن نوع معين منها (مادة ٨٠٩ ن المشروع) .

فالنصوص الواردة في قانون التجارة البحرية هي التي تسرى على التأمين البحري والنصوص الواردة في قوانين المرور هي التي تسرى في شأن التأمين من حوادث السيارات ، وهكذا . ولا تسرى النصوص الواردة في هذا الفصل الا عند عدم وجود نص في تلك التشريعات الخاصة .

((القسم الثاني))

((الحقوق العينية))

تنقسم الحقوق المالية ، بصفة أساسية ، الى حقوق شخصية وحقوق عينية ، وهو التقسيم التقليدي الذي رأى المشروع اتباعه كما سبق البيان في النظرة العامة للقسم الاول الذي خصص للحقوق الشخصية .

والحقوق العينية جميعاً تتميز عن الحقوق الشخصية أو الالتزامات بأن محل الحق العيني هو شيء معين بذاته بحيث يكون لصاحب الحق سلطات مباشرة على الشيء فلا يحتاج الى تدخل شخصي آخر ليباشر هذه السلطات ، في حين أن محل الحق الشخصي هو عمل يقوم به شخص معين هو المدين حتى ولو كان هذا العمل متصلاً بشيء ما .

والحقوق العينية تنقسم أساساً الى نوعين ، الحقوق العينية الاصلية ، والحقوق العينية التبعية وهي التأمينات العينية . والحقوق العينية الاصلية هي حقوق توجد مستقلة ، فلا يستند الحق في وجوده الى حق آخر يتبعه ، فيكون الحق بما يخوله من سلطات مقصوداً لذاته وليس لخدمة حق آخر . وأهم هذه الحقوق هو حق الملكية الذي يفول صاحبه ، بأصل وضعه ، السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع الشيء . ثم

في حالة الانهاء ، أن يرد لجماعة الدائنين الجزء من القسط الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما .

أما اذا أفلس المؤمن ، فإن القسط يقف سريانه من يوم صدور الحكم بشهر الافلاس ويكون للمؤمن له الحق في استرداد الجزء من القسط الذي يكون قد دفعه عن الفترة التي يوقف فيها القسط . وذلك مع مراعاة الاحكام الخاصة بالتأمين على الحياة حيث يحدد حق المؤمن له أو المستفيد في العقود السارية بمبلغ يعادل قيمة الاحتياطي الحسابي محسوبة على أساس تعريفه التأمين المعمول بها وقت ابرام العقد ، دون زيادة .

٣ - سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بمضي الزمان :

وتنص المادة ٨٠٧ من المشروع على سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى وذلك ما لم يقض القانون بخلاف ذلك . والدعاوى التي تعتبر ناشئة عن عقد التأمين ويسرى عليها حكم هذه المادة . اما أن تكون دعاوى للمؤمن أو دعاوى للمؤمن له .

وأما دعاوى المؤمن فهي دعاوى المطالبة بالقسط المستحق ودعاوى ابطال عقد التأمين ، ودعاوى انهاء عقد التأمين اياً كان سبب الانهاء ، سواء كان اخلال المؤمن له بالتزامه بدفع الاقساط المستحقة ، أو كان تقرير ما يستجد من الظروف ويكون من شأنه أن يزيد الخطر ، أو كان غير ذلك من الاسباب .

وأما دعاوى المؤمن له فهي دعوى المطالبة بمبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه ، سواء رفعت هذه الدعاوى من المؤمن له أو من المستفيد ، وكذلك دعاوى البطلان والابطال والانهاء وكذلك دعوى استرداد المبالغ التي دفعت بغير حق .

وتسرى مدة ثلاث السنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى ، غير أن هناك حالات يتأخر فيها مبدأ سريان المدة عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى وهي :

(أ) حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر ، فلا تسرى المدة في هذه الحالة الا من اليوم الذي علم المؤمن بذلك .

(ب) حالة وقوع الحادث المؤمن منه . ففي هذه الحالة يبدأ سريان المدة من وقت وقوع الحادث المؤمن منه ، بل من وقت علم ذوى الشأن بوقوع هذا الحادث .

(ج) كذلك لا تسرى المدة عندما يكون سبب دعوى المؤمن له على المؤمن ناشئاً عن رجوع الغير عليه ، الا من يوم رفع الدعوى من هذا الغير على المؤمن له أو من اليوم الذي

والتصرف القانوني (٨٨٨م - ٨٩٠م)، والشفعة (٨٩١م - ٩٠٤م) كما عرض للحيازة بتنظيم شامل لا يقتصر على ما قد يترتب عليها من كسب الملكية، أو غيرها من الحقوق العينية، وإنما يشمل كل ما يتعلق بالحيازة (٩٠٥م - ٩٣٨م) وأخيراً عرض المشروع لكسب الملكية انتقالاً بسبب الوفاة، فبدأ بالإشارة إلى الميراث مكتفياً بالأحالة على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنه (٩٤٠م)، ثم عرض للوصية فأحال أيضاً على أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، ثم بين التصرفات التي تأخذ حكم الوصية (٩٤١م - ٩٤٣م).

الفصل الأول

أحكام حق الملكية

الفرع الأول - نطاق حق الملكية

بدأ المشروع أحكام حق الملكية بنص المادة ٨١٠ التي تبين مضمون حق الملكية، أي السلطات التي يخولها الحق صاحبه، وفيه تعريف بهذا الحق أو هو يعني عن التعريف. وحق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقاً من حيث ما يخول صاحبه من سلطات، فهو يخول المالك بأصل وضمه كل السلطات المتصورة لتسكينه من الحصول على كافة مزايا الشيء محل الحق. ومن الممكن أن يذكر هذا في نص تشريسي فيقال: «لمالك الشيء السلطات التي تمكن من الحصول على كل مزاياه» دون ذكر هذه السلطات، ولكن نظراً إلى أن السلطات التي تمكن من الحصول على كافة مزايا الشيء لا تعدو أن تكون الاستعمال والاستغلال والتصرف، فقد رؤى اتباع مسلك التشريعات المختلفة بذكر هذه السلطات الثلاث.

وتتمتع المالك بهذه السلطات جميعاً هو الأصل في حق الملكية بمعنى أن المالك يتمتع بها مالم يحرم من بعضها مؤقتاً، كما لو حرم المالك من الاستعمال والاستغلال نتيجة لوجود حق انتفاع لغيره على الشيء أو حرم من سلطة التصرف كإثر لشرط صحيح بعدم التصرف. والحد من سلطات المالك نتيجة وجود حق للغير ليس محلاً للشك ويبقى المالك، برغم حرمانه من إحدى السلطات مالكا.

هذا ولم يشر في النص إلى بعض العبارات التي ترد في النصوص المقابلة في بعض التشريعات لعدم الحاجة إليها من ناحية ولما قد يترتب على ذكرها من لبس من ناحية أخرى:

أولاً: ترد في بعض النصوص الفاظ أو عبارات لا يربز ما يقال عادة في الفقه عند بيان خصائص حق الملكية من أنه حق مانع بمعنى أن تقتصر السلطات التي يخولها الحق على المالك دون غيره، مثل ما ورد في القانون المصري والقوانين التي حلت

تأتي بعد ذلك حقوق تعرف بالحقوق المتفرعة عن الملكية لأن كل حق منها يخول صاحبه بعض ما يخوله حق الملكية من سلطات.

والحقوق العينية التابعة، أي التأمينات العينية، هي حقوق عينية لا تقصد لذاتها، وإنما لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية فيكون الحق العيني التابع دائماً تابعاً لحق شخصي. وهذه الحقوق، وقتاً لا سار عليه المشروع، هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والامتياز.

وقد عرض المشروع لكل من نوعي الحقوق العينية في كتاب مستقل.

الكتاب الأول

الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول

حق الملكية

حق الملكية هو أهم الحقوق العينية الأصلية، وعنه تنفرع الحقوق الأخرى. وقد عرض المشروع لتنظيم الملكية في فصلين: الأول في أحكام حق الملكية أي في القواعد التي تنظم الحق الموجود فعلاً، فبدأ أولاً ببيان نطاق حق الملكية من حيث مضمونه أي السلطات التي يخولها الحق صاحبه (٨١٠م)، ومن حيث الحق (٨١٣م - ٨١٦م) ومن حيث القيود التي ترد على حق المالك (٨١٣م - ٨١٦م). ثم عرض المشروع للملكية الشائعة حيث يتعدد أصحاب الحق على الشيء فبدأ بأحكام الشيوع التي تبين كيفية ممارسة الشركاء حقوقهم على الشيء المملوك لهم جميعاً (٨١٨م - ٨٢٩م). ثم تناول انقضاء الشيوع بالتقسمة، فعرض للحق في طلب التقسمة، وكيف تتم التقسمة، اتفاقاً أو قضاءً، وأثر التقسمة سواء من حيث افراز الأنصبة أو ضمان التعرض والاستحقاق (٨٣٠م - ٨٤٢م). وبعد التقسمة النهائية التي يترتب عليها انتهاء حالة الشيوع، عرض المشروع لتقسمة المهياة (٨٤٣م - ٨٤٦م). ثم عرض المشروع بعد ذلك لما يسمى الشيوع الاجباري حيث وضع قاعدة عامة (٨٤٧م). ثم عقب عليها بتنظيم ملكية الطبقات والشقق حيث يوجد أهم تطبيق من تطبيقات فكرة الشيوع الاجباري وهو ملكية الاجزاء المشتركة في البناء الذي يتعدد فيه الملاك، كل منهم يملك جزءاً مفزواً، وحصة شائعة في الاجزاء المشتركة (٨٤٨م - ٨٧٤م).

وبعد أحكام حق الملكية، عرض المشروع في الفصل الثاني، لأسباب كسب الملكية، مبتدئاً بكسب الملكية ابتداءً عن طريق الاستيلاء أي حيازة المباح (٨٧٥م - ٨٧٩م). ثم كسب الملكية انتقالاً فيما بين الأحياء بالاتصاف (٨٨٠م - ٨٨٧م).

فاذا كان المقصود هو العنصر الجوهري أى الجزء فالضابط غير صحيح لأن بعض ما يعتبر جزءاً من الشيء يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير مثل كثير من أجزاء السيارة وبعض أبواب ونوافذ المبني «وإذا كان المقصود هو هلاكها وتلفها وتغير الشيء الاصيلي، فالضابط غير مفيد إذ كيف يمكن مثلاً أن نميز بواسطته بين صورة معلقة على حائط المنزل وهي بلا شك ليست جزءاً منه وبين تمثال مثبت على قاعدة في مدخل المنزل؟ أن كلمة يتغير التي يقال أنها تعين على التفرقة تصدق في الحالتين على نفس الوجه . وإذا كان نص المشروع قد انتهى بفكرة الجزئية، فهذا القدر من التحديد يكفي تشريعياً، وإذا أثير النزاع في العمل حول ما إذا كان شيئاً ما يعتبر أولاً يعتبر جزءاً من شيء آخر، فالقاضي يفصل فيه على ضوء الظروف والاستماع عند اللزوم بالعرف وتقدير أهل الخبرة .

وبالإضافة إلى أجزاء الشيء تشمل الملكية منتجاته وثماره، ويقصد بالمنتجات ما ينتج عن الشيء غير الثمار . وإذا كانت الثمار تشمل ما ينتجه الشيء من غلة دورية دون أن يترتب على أخذها الانتقاص من أصل الشيء فالمنتجات غير دورية وترتب على أخذها الانتقاص من أصل الشيء .

كما تشمل الملكية ملحقات الشيء ويقصد بها كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء وفقاً لعرف الجهة وقصد من أعدها دون أن تكون جزءاً من الشيء ذاته ولا متولدة عنه .

واستمراراً لتحديد نطاق الحق من حيث الشيء الذى يرد عليه، نصت المادة ٨١٢ من المشروع على أن ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف . فترتباً على فكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، ينبغي ألا يتجاوز حق المالك الحدود التي له فيها فائدة من الاستئثار بباطن الأرض وما يعلوها من فضاء، فالملكية ولو أنها تخول المالك بحسب الأصل كل ما يتصور من سلطات للاقتراع بالشيء الذى يملكه فذلك ينبغي أن يكون في حدود الاقتراع المألوف، ولهذا حرص المشروع على النص على قيد الحد المفيد في التمتع بالعمق والعلو، فذكر أن ذلك يكون «وفقاً للمألوف» حتى يضع حداً لما يمكن أن يدعيه المالك من وجود منفعة له في الاستئثار بما في باطن الأرض أو فيما يعلوها من فضاء .

واشماتال الملكية لأجزاء الشيء ومنتجاته وملحقاته، وكذلك امتداد ملكية الأرض لما تحتها وما فوقها، كل ذلك هو الاصل في حق الملكية . وقد نص القانون على خلافه، كما قد يرد في تصرف قانوني ما يطاقه، سواء كان التصرف عقداً أو وصية، فقد يبيع الشخص ثمار الشيء كثمر الحديقة أو منتجاته كالأحجار

عنه من أن المالك الشيء وحده « والواقع أن حق الملكية لا يختلف في هذا عن غيره من الحقوق، فكل صاحب حق له وحده أن يباشر السلطات التي يولها حقه » .

ثانياً: لم يشر النص إلى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، فأولاً من الخطأ أن يقال، كما يقول البعض، أن الملكية وظيفة اجتماعية لأن هدايتضمن انكاراً لفكرة الحق ذاتها، فصاحب الحق يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة أما مصلحة الجماعة فتحقق بطريق غير مباشر . ولذلك فالصحيح أن يقال أن للملكية وظيفة اجتماعية، ولكن هذا لا يستدعي النص، كما فعلت بعض التشريعات، على تشييد مباشرة المالك لسلطاته بالقول أن ذلك يكون «متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية» (المادة ٦٨٤) من القانون السوداني رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١)، ذلك أن حق الملكية لا يختلف عن غيره من الحقوق من هذه الناحية، فكل حق له وظيفة اجتماعية، وليس من حسن السياسة التشريعية أن يرد مثل هذا القيد في نص تشريعي لا يستبعد أن يساء استغلاله، هذا بالإضافة إلى أن مشروع القانون قد تضمن تنظيمًا عامًا لعدم جواز التعسف في استعمال الحق .

وبعد أن عرض المشروع لنطاق حق الملكية من حيث مضمونه أى لسلطات المالك، عرض في المادتين ٨١١، ٨١٢ لنطاق الحق من حيث محله . فنصت المادة ٨١١ على أن ملكية الشيء تشمل أجزائه وثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك .

والنص على أجزاء الشيء يقابل ما ورد في القانون المصرى والقوانين العربية التي نقلت عنه أو تأثرت به من أن «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير» (١/٨٠٣ مصرى، ١/٧٦٩ سورى - ١/٨١٢ لبيى، ١/٦٨٥ سودانى، ١/٦٨٢/صومالي، ١/٦٧٥ تونسى، ١٠٤٩ عراقي، ١/١٠١٩ أردني) وقد أكرر المشروع كلمة «أجزاء» مع إيجازها على تلك العبارة وذلك «لأن كلمة جزء أكثر ملاءمة لنصوص التشريع من كلمة عنصر، كما أن وصف العناصر التي يملكها المالك بأنها جوهرية يفيد أن العناصر غير الجوهرية لا تشملها الملكية وهو غير صحيح، فكل ما يعتبر جزءاً أو عنصراً من الشيء محل الحق تمتد إليه الملكية إما كانت درجة أهميته حتى ولو كان من الكماليات . وإذا كانت التشريعات المشار إليها قد حرصت على تحديد معنى العنصر الجوهري بأنه الذى «لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير» فهذا التحديد يكتسفه المومض إذ يدعو إلى التساؤل عن الشيء الذى تعود عليه عبارة «دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير»، هل هو العنصر الجوهري أم الشيء الاصيلي؟

(ب) رؤى عدم النص على القيد الخاص بمضار الجوار غير المألوفة اكتفاء بالنص العام على عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، حيث جعل المشروع الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر غير مألوف أى ضرر فاحش صورة من صور التعسف في استعمال الحق (المادة ٣٠ من المشروع) .

(ج) وفيما يتعلق بالقيود التي ترد على ملكية الأرض الزراعية ومراقبتها كموارد المياه والصرف ، أثار المشروع ألا يعرض لها تاركا أمرها للعرف وما قد تصدره الدولة في شأنها من تشريعات خاصة .

(د) فيما يتعلق بالقيود القانونية لم يعرض المشروع لبعض القيود التي تنطهها عادة قوانين البلاد الأخرى ، وذلك لعدم الحاجة إليها في الكويت ، وهي : القيد الخاص بملكية الحائط الذي يفصل بين بناءين من حيث تقيد حق المالك في هدمه إذا كان الهدم يضر الجار الذي يستمر ملكه بالحائط ، وكذلك القيد الخاص بحق المرور القانوني الذي يقرر المالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام على الأراضي المجاورة .

ولهذا اقتصر الأدر ، في شأن القيود القانونية ، على نص المادتين ٨١٣ ، ٨١٤ وذلك على النحو التالي :

فيقتضن نص المادة ٨١٣ قيدياً على حرية المالك في ملكه ، فأصل أن كل مالك حر في ملكه ، ومن بين مظاهر هذه الحرية حرته في وضع أو عدم وضع علامات ظاهرة تبين حدود هذا المالك تمييزاً له عن ملك جاره . وعلى خلاف هذا الأصل نص المشروع على أن « لكل مالك أن يعبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة » . والفرض الذي يعرض له النص هو حالة وجود أرضين غير مبنتين متلاصقتين لمالكين مختلفين ، ونظراً إلى أن اتصال حدود كل منهما بحدود الأخرى قد يؤدي إلى صعوبة التصرف على الحد الفاصل بين كل منهما . الأمر الذي يثير المنازعات بين المالكين المتجاورين عند مباشرة كل منهما حقه ، هي النص لكل منهما الوسيلة للتعرف على حدود ملكه في وضوح ، فإذا لم يترأس المالكان على بيان الحدود كان لكل منهما أن يعبر الأخر على ما يسمه معه في وضع الحدود بدعوى تعيين الحدود ، وهي دعوى تثبت للمالك ولكل صاحب حق عيني على المقار .

ويتم وضع الحدود أولاً بتطبيق مستندات ملكية الجارين على الطبيعة لمعرفة الحد الفاصل بين ملكيهما ، ثم توضع علامات مادية ظاهرة تميز ذلك الحد .

وتكون نفقات التحديد مناصفة بين المالكين ولو اختلفت مساحة أرض كل منهما عن مساحة الأرض الأخرى . ونفقات التحديد التي يشترك فيها المالكان مناصفة تقتصر على ما يلزم لوضع الحدود ذاتها كمن الأوتاد ونفقات المحضر الذي يعر

في باطن الأرض أو حتى بعض أجزاء الشيء مثل أبواب المنزل ، فتتفصل ملكية الشيء عن ملكية المبيع ، وقد يحدث مثل هذا الانفصال بالوصية كأن يوصي شخص لآخر بملكية الطابق العلوي في الدار مع حق القرار على السفل .

قيود الملكية :

وبعد النص على مضمون حق الملكية ونطاقه من حيث المل ، عرض المشروع لبعض قيود الملكية . فإذا كان الأصل أن يستأثر المالك بكل السلطات التي تمكن من الحصول على كل مزايا الشيء الذي يملكه ، فتمتة قيود قد تحد من ذلك إما لتحقيق مصلحة عامة وإما لتحقيق مصالح خاصة . وقد ترد القيود بحكم القانون ، وقد ترد في تصرف قانوني عندما كان أو وصية .

وإذا كان من الطبيعي أن يعرض القانون المدني ، عند تنظيم حق الملكية ، لما يرد على هذا الحق من قيود تحد من سلطات المالك أو من استنثاره بها ، فالأمر على خلاف ذلك بالنسبة لما يرد من قيود على حق التملك أو حرية التملك ، فهذه القيود ليست من موضوعات القانون المدني ، ولهذا لم يعرض لها المشروع .

وبالنسبة للقيود التي ترد على حق الملكية ذاته ، فمنها أولاً ما ينشأ نتيجة ختسية لوجود حق لشخص آخر غير المالك ، كالحد من سلطات المالك بسبب وجود حق انتفاع على الشيء أو حق رهن ، وهذه القيود لاحتجاج إلى تنظيم خاص ، في باب الملكية . تبقى القيود ، القانونية والإدارية ، التي تحد من سلطات المالك أو من استنثاره بملكه والتي تقرر ابتداء تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة يقدر القانون أنها جديرة بالحماية ، وهذه هي التي عرض لها المشروع بنصوص المواد من ٨١٣ إلى ٨١٧ مع ملاحظة أن المشروع أثار استبعاد النص على بعض القيود التي تنص عليها تشريعات أخرى ، أما لعدم الحاجة إلى النص عليها وأما لاعتبارات تتعلق بالظروف الخاصة بدولة الكويت ، وذلك على النحو التالي :

(١) رؤى أنه لا داعي للنص ، كما تعمل بعض التشريعات (المادة ٨٠٦ مصرية والنصوص العربية المستمدة منها) على أن المالك يجب عليه أن يراعى في استعمال حقه ما تقتضيه القوانين والمراسم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ، أو النص على أن المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة في اللوائح والشروط التي تفرضها (٨٢٢ مصرية) . فمثل هذه النصوص لا فائدة منها ، بمعنى أنه يستوى في العمل وجود النص أو عدم وجوده ، فمراعاة القوانين واجب تفرضه تلك القوانين ذاتها .

خلال مدة معقولة ، لأن هذا الشرط لا يمنع المالك من التصرف فيما ملك بالقد أو الوصية بعد انتهاء تلك المدة ، وعلى هذا لا يكون اشتراطه مخالفاً لمقتضى العقد أو الوصية وهو الغاية المقصودة من كل منهما وقد أثار المشروع الأخذ بهذا الرأي .

هذا في فقه الشريعة الاسلامية ، وفي القوانين الوضعية ذهب القضاء الفرنسي في أول الأمر ، وحيث لا يوجد نص ، الى اعتبار شرط المنع سواء كان مؤبداً أو مؤقتاً ودون نظر الى البواعث التي دفعت الى اشتراطه ، بإطلا . ثم تطور القضاء فحصر على تصحيح شروط المنع اذا كانت مؤقتة وتهدف الى تحقيق مصلحة مشروعة . وجاء القانون المصري القديم ، الذي استمد من القانون الفرنسي ، خلوا من نص في الموضوع ، وجرى القضاء على تصحيح شروط المنع على نحو ما فعل القضاء الفرنسي . ثم جاء القانون المصري الحالي فنص في المادة ١٨٢٣ / على انه « اذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على بائع مشروع ومقصوراً على مدة معقولة » . وقد نقل هذا النص حرفياً كل من القانون السوري (١/٧٧٨٣) والقانون الليبي (١/٨٣٢٣) والقانون الصومالي (١/٦٩٩٣) أما القانون السوداني فنص على صحة الشرط اذا كان مبنياً على بائع مشروع ومقصوراً على مدة معقولة ، كما فعل المشرع المصري ، ولكنه صاغ النص على نحو يفيد أنه يجب أن يرد شرط المنع في التصرف القانوني الذي تلتقي به المشروع عليه الملك (١/٧٠٣٣) كما أخذ المشرع الأدنى بحكم القانون المصري مع تعديل في صياغة النصوص (١٠٢٨٣ و ١٠٢٩٠) .

ونظراً الى أن الشرط المانع أو المقيد للتصرف يحقق مصالح معتبرة ، فقد رأى المشروع النص على صحته بشروط تحول دون أن يستغنى هذا الشرط لتحقيق أغراض تنافي مبادئه الشرعية الاسلامية ، وتجعل غير مناف لمقتضى العقد أو الوصية . فقد يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب حماية له من طيشه والى أن يبلغ سناً معينة ، أو احتياطياً لاحتمال تحقق عذر من الأعداء التي يبيح للواهب الرجوع في الهبة وبالتالي استرداد الشيء الموهوب . وقد يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى تمام الوفاء بالثمن ، أو يشترط البائع أو الواهب الذي استبقى لنفسه حق الانتفاع عدم التصرف في المبيع أو الموهوب تجنباً للتعامل مع مالك رتبة لا يعرفه ولا يأمن مضايقته . وقد يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الموهوب ضماناً لبقاء قدرة الموهوب له على الوفاء بالتزام بالنفقة التزم به نحو شخص ثالث يحرص المشتري على ضمان حصوله على النفقة .

والنصوص المقترحة تختلف عن نص القانون المصري ، الذي نقلته أو حورت فيه بعض القوانين العربية الأخرى في النواحي الآتية :-

ليبان الحدود . اما ما يقتضيه التجديد من صفات لمسح الأراضي المتجارة فتكون على أصحابها كل بحسب ما تكلفه أرضه .

ويعرض نص المادة ٨١٤ للقيود الخاصة بفتحات البناء التي تمكن من رؤية ملك الجار ، وهي المطلات والمناور . وقد كان على المشروع أن يختار بين سياستين : فاما أن يضع النصوص التي تنظم الموضوع أسوة بآثار التشريعات العربية ، واما أن يقتضى - كما فعل القانون السوداني - بالاحالة في شأن هذه القيود الى القوانين الخاصة التي تصدر بخصوص تنظيم أعمال البناء . ونظراً للارتباط الشديد بين هذه القيود ، وقيود البناء بوجه عام ، وبين السياسة العمرانية التي تتطور بشكل ملحوظ في الكويت ، ونظراً للطابع الفنى لقيود البناء ، فقد روى الاكتفاء بالاحالة الى القوانين الخاصة .

شروط عدم التصرف :

بعد أن عرض المشروع لبعض القيود القانونية ، تناول في المواد من ٨١٥ الى ٨١٧ شروط المنع من التصرف في الملك ، وحيث تتقيد سلطة المالك بمقتضى تصرف قانوني ، فينبى أولاً متى يكون الشرط صحيحاً ، (م ٨١٥) ، ثم جزاء مخالفة المالك للشرط الصحيح (٨١٦ م) وأخيراً الاحتجاج بالشرط على الغير (٨١٧ م) .

(أ) فقيماً يتعلق بصحة أو عدم صحة مثل هذا الشرط ، نجد ، سواء في فقه الشريعة الاسلامية أو في القوانين الوضعية ، اتجاهين أحدهما ينتهى الى عدم صحة الشرط ، والثاني الى صحته . فالشرط غير صحيح عند الحنفية والمالكية والشافعية ، وصححه بعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم ، ومرجع عدم صحة الشرط عندهم أنه يخالف مقتضى العقد أو الوصية وهو اطلاق الحرية للمالك في الانتفاع بما ملك والتصرف فيه بأى تصرف أراد ولم يعم الدليل الشرعي المبين الذي يدل على صحته فلا يجوز اشتراطه وإذا اشترط لا يعمل بموجبه . وعلى رأى الفقهاء الذين يرون أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم شرط ولا يبطل الا اذا ورد نهي بخصوصه أو كان اشتراطه يؤدي الى الغاء المقصود الأصلي من العقد وهو الأثر الذي وضع المقصد لافادته في جميع صورته ، فان شرط المنع المؤقت الذي يستند الى بائع مشروع ، يكون صحيحاً لأنه لم يرد عن الشارع نهي عنه بخصوصه واشترطه لا يؤدي الى الغاء المقصود الأصلي من العقد أو الوصية وهو الملك . هذا بالإضافة الى أن من فقهاء المسلمين من نص على أنه اذا باع شخص لآخر شيئاً بشرط ألا يبيعه من شخص معين كزيد فان هذا الشرط يكون صحيحاً لأنه لا يخالف الغاية من البيع ، وهي الملك ، لأن المشتري يستطيع أن يبيعه من أى شخص آخر غير زيد (الخالصى ، وهو من علماء الشيعة الامامية في كتابه « الاسلام سبيل السعادة ») . ويؤخذ من هذا الكلام جواز الشرط الذي يمنع من التصرف في المال

أولاً - ذكر المشروع أن الشرط قد يكون مانعاً أو مقيداً
للتصرف ، في حين أن النص المصري ، ونصوص القوانين الأخرى
التي استمدت منه ، تتكلم عن شرط المنع من التصرف ، ولكن
الشرح يبرهن حكم النص ، ليس فقط على الشرط التي تمنع
للتصرف بصفة مطلقة خلال مدة المنع ، بل كذلك على الشرط
التي تقيد حرية التصرف دون أن تمنعه كما لو اشترط الواهب
على الموهوب له ، إذا أراد بيع الموهوب ان يعرضه أولاً بالأفضلية
على شخص معين ، أو اشترط المتصرف عدم جواز التصرف الا
مع استبدال مال آخر بالمال المتصرف فيه . لهذا رأى المشروع
زيادة في الايضاح النص على الشرط المانع أو المقيد للتصرف .

ثانياً - حرص المشروع على حسم مسألة خلافية سواء
بمقتضى شرح القانون الفرنسي أو شرح القوانين العربية ، وهي
إذا ما كان يشترط أن يرد شرط المنع من التصرف في التصرف الذي
يلقى به المشتري عليه الملكية أم يمكن أن يكون في تصرف اخر ،
كعقد الرهن أو عقد وعد بالبيع مثلاً . وقد أخذ المشروع بالرأي
القائل بوجوب ورود شرط المنع في التصرف الذي تلقى به
لشرط عليه الملكية ، وهو ما يضيّق من نطاق استخدام شرط
المنع ، خصوصاً والثالثين اللذين يرددهما أنصار الرأي الاخر لا
يخلو فيهما شرط المنع من مخاطر . الاول ، أن يشترط الموعود له
في الوعد بالبيع ، على الواعد الا يتصرف في الشيء الموعود
بيعه خلال مدة الوعد حتى يضمن ، اذا ما أراد الشراء ، أن يجد
الشيء في ملك الواعد . وخطورة تصحيح شرط المنع من التصرف
في هذا الفرض أنه يمكن ، كل مالك ، ولو مؤقتاً من اخراج أي
مال من أمواله من ضمان دائنيته وذلك بأن يتفق مع أي شخص
على أن يعده ببيع هذا المال ويتفق في عقد الوعد على منع التصرف
فيه خلال مدة الوعد ، فيمنع التنفيذ عليه ، لأن المنع من التصرف
يقترض منع التنفيذ . والمثال الثاني هو أن يرد شرط المنع في عقد
الرهن حيث يشترط المرتهن على الراهن عدم التصرف في الموهون
إلى أن يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن ، حتى يتفادى اتباع
اجراءات التنفيذ ضد من تنتقل اليه الملكية وهي أكثر تعقيداً
من اجراءات التنفيذ ضد الراهن نفسه وخطورة تصحيح مثل هذا
الشرط ، أنه لو كان صحيحاً لاصبح شرطاً جارياً يوضع في كل
عقد الرهن وحيث يكون المرتهن في مركز من القوة يسمح له
بفرض شروطه ، وينتهي الامر الى تعويت ما يهدف اليه التنظيم
التشريعي للرهن من التوفيق بين حرية المالك في التصرف في
الموهون ليتسنى بأكثر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول
الدائن على حقه عن طريق ما له من سلطة التتبع .

ثالثاً - اكتفى نص المشروع بالقول أن الشرط لا يكون
صحيحاً « ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة
معقولة » وهي العبارة التي استخدمها المشرع المصري ، ومن

بعده التشريعات التي نقلت عنه ، فلم ينص على ما نصت عليه هذه
التشريعات في بيان مشروعية الباعث ، والمدة المعقولة . فقد
نصت المادة ٨٢٣ مصرى ، ومن بعدها نصوص القانون السوري
والقانون الليبي ، والقانون السوداني والقانون الصومالي على أنه
« ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية
مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو الغير » وهذا الذي
أريد به ايضاح معنى مشروعية الباعث ، لا يضيف في الواقع
جديداً لأن عبارة « المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة »
تساوى تماماً في المعنى «... المنع مبنياً على باعث مشروع »
كما أن القول أن المصلحة قد تكون مصلحة المتصرف أو المتصرف
اليه أو الغير ، يجمع كل المصالح المتصورة ، ولعل هذه العبارة قد
قصد بها الى التأكيد على أن المصلحة قد تكون للغير ، وقد اشر
المشروع الاكتفاء بالمعيار المرن الوارد في النص تشمياً مع سياسته
العامة في اعطاء القضاء حرية التقدير كلما أمكن ذلك دون ضرر .

(ب) وعرضت المادة ٨١٦ للجزاء الذي يترتب على تصرف
المالك المخالف للشرط . فاذا تصرف المشروع عليه بما يخالف
الشرط فالجزاء الذي يحقق الغرض من شرط المنع ليس هو فسخ
التصرف الاصيل أي الذي ورد به الشرط ، وانما هو ابطال التصرف
المخالف للشرط حتى يبقى المال في ذمة المشتري عليه وبالتالي
يتحقق الغرض المشروع الذي أريد بشرط المنع تحقيقه . وكان
على المشروع أن يختار بين أحد اتجاهين في تحديد من له حق
التمسك بالبطان . الاتجاه الاول وهو ما يدل عليه نص القانون
المصري والقوانين التي نقلت عنه ويدافع عنه بعض الشراح أن
البطان مطلق وبالتالي يكون لكل ذي مصلحة أن يطلبه وللقاضى
أن يحكم به ولو لم يطلب منه ، ولا ترد عليه الاجازة . والاتجاه
الثاني ، وهو ما دعا اليه بعض الشراح ، وأخذ به القانون السوداني
أن يقتصر حق التمسك بالبطان على المشتري الذي تتوفر مصلحته
دائماً ولو كان الشرط قد وضع لمصلحة غيره فتكفي مصلحته
الادبية ليكون له حق التمسك بالبطان ، وكذلك لمن تقرر الشرط
لمصلحته ان كان غير المشتري ، وذلك تأسيساً على أن شرط المنع
قد أريد به تحقيق مصلحة خاصة لشخص معين فيجب أن يكون
هذا الشخص هو صاحب الحق في التمسك بالبطان ، وأن يكون
لهذا الشخص النزول عن حقه هذا باجازه التصرف المخالف فيصبح
صحيحاً وينتهي أصحاب هذا الرأي الى أن أحكام هذا البطان
لا تتفق تماماً مع أحكام البطان المطلق ولا مع أحكام البطان
النسبي ، وانما تدور كلها حول فكرة الغرض الذي يراد تحقيقه
من شرط المنع من التصرف . وقد اثر المشروع الاخذ بهذا الرأي
الاخير .

(ج) وأخيراً عرض المشروع في المادة ٨١٧ للاحتجاج
بالشرط على الغير فظنرا الى أن الشرط ينشئ قيداً علينا يرد

في الملكية تتحقق في الحقوق العينية الأخرى ، كالشيوخ في حق الانتفاع أو في حق الارتفاق أو حتى في الرهن ، ورؤى البدء بالنص على معنى الشيوخ بوجه عام ، وهو يقتصر على الحقوق العينية ، أما تعدد أصحاب الحق الشخصي وهو ما عبرت عنه المجلة بشركة الدين فلا يعتبر شيوعاً ويخضع لاحكام أخرى غير أحكام الشيوخ .

كما تضمنت الفقرة الأولى قرينة بسيطة على مقدار حصة كل شريك فنصت على أن تكون حصص الشركاء متساوية ما لم يثبت عكس ذلك .

ونظرا إلى أن الشيوخ في الملكية هو أهم صور الشيوخ وأكثرها تحققت في الواقع العملي ، فقد رؤى وضع النصوص الخاصة بالشيوخ في باب الملكية ، وهو مسلك التشريعات المختلفة بوجه عام ولما كان المسلم في القوانين التي تنظم الشيوخ في باب الملكية أن النصوص الخاصة بهذا الحق تسرى أيضا على حالات الشيوخ في الحقوق العينية الأخرى ما لم تتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع نصوص القانون ، فقد رؤى النص على ذلك دفعا لكل شك ، وهو الحكم الذي أورده المشروع في الفقرة الثانية من النص .

وبينت المادة ٨١٩ سلطات المالك على الشيوخ ، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف .

(أ) فبالنسبة للاستعمال والاستغلال نص المشروع على أن للشريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبراعة حقوق شركائه . وهذا يقرر النص مبدأ الحق في الاستعمال والاستغلال بقيد من الأول يتعلق بمدى الحق فنص على أن تكون الاستعمال والاستغلال بقدر الحصص ، والثاني يتعلق بكيفية مباشرة الحق وهو القيد الذي تدل عليه عبارة « وبراعة حقوق شركائه » ونظرا لتعدد الشركاء ووحدة المحل الذي تباشر عليه السلطات فكثيرا ما تثير مباشرة الاستعمال والاستغلال صعوبات في العمل ولهذا بعد أن قرر المشروع المبدأ على النحو السابق عاد إلى تنظيم إدارة المال الشائع في المواد التالية ذلك التنظيم الذي يهدف إلى بيان كيفية افادة كل شريك من سلطتي الاستعمال والاستغلال .

(ب) أما بالنسبة لسلطة التصرف ، فقد عرض لها المشروع في الفقرة الثانية من النص ، فللشريك أن يتصرف في حقه الشائع أي في حصته سواء كان التصرف في الحصص كلها أو بعضها ، في كل الأموال التي تدخل في الشيوخ أوفى مدى منها فقط ، وسواء كان التصرف بنقل الحصص أو بترتيب حق عيني عليها غير الملكية كالاتفاق أو الرهن .

فإذا كان التصرف بنقل الحق الشائع أي الحصص ، كالبيع أو الهبة ، حل المتصرف إليه محل المتصرف فيصبح شريكا بقدر

على المال ذاته كان من اللازم حماية من يتعاملون مع المالك ، وهو ما لم يعرض له المشروع الصرى والتشريعات التي تأثرت به ، وهو نص عمد المشروع إلى تلافيه فنص على عدم الاحتجاج على الغير إلا إذا كان يعلم بالشرط . وقت إبرام العقد الذي ترتب عليه كسب حقه أو كان في مقدوره أن يعلم به ، وافترض العلم بمجرد ورود الشرط في تصرف وارد على عقار تم شؤره .

الفرع الثاني - الملكية الشائعة

الملكية الشائعة هي التي يتعدد فيها المالك لشيء واحد غير مفرزة حصة كل منهم . وتعدد المالك لشيء واحد ، أي الشيوخ من شأنه أن يجعل استغلال هذا الشيء أكثر تعقيدا مما لو انفرد بملكه شخص واحد ، إذ كثيرا ما تختلف وجهات نظر المالك في كيفية الاستغلال مما يؤدي إلى صعوبات قد تصل إلى حد التهديد بتعطيل استغلال الشيء ، ولهذا تعتبر حالة الشيوخ ، من الناحية الاقتصادية ، غير مرغوب فيها ، ولكنها مع ذلك حالة ضرورية لا يمكن تجنبها ، إذ يكفي الإشارة إلى أنه يترتب على الوفاة وانتقال أموال الشخص إلى ورثته أن تصبح ملكية الأشياء الموجودة في الشركة شائعة بين الورثة فترة من الزمن ، قد تطول أو تقصر ، ولهذا فلا بد من تنظيم الملكية الشائعة على نحو يقلل بقدر الامكان من الصعوبات التي تنشأ عن تعدد أصحاب الحق الواحد كما ينبغي تيسير انهاء حالة الشيوخ عن طريق القسمة .

وقد بدأ المشروع بتنظيم أحكام الشيوخ ، وفي سبيل التغلب على الصعوبات الناشئة عن تعدد المالك ، سلك المشروع مسلك التشريعات الحديثة في تيسير القيام بأعمال الإدارة وأعمال التصرف عن طريق الاكتفاء بقرار من الأغلبية وعدم التقييد بالمنطق الصارم الذي كان يقتضى اجماع الشركاء .

ثم عرض المشروع بعد ذلك للقسمة مبتدئا بتقرير حق كل شريك في طلب القسمة وما يمكن أن يرد على هذا الحق من قيود ثم نظم كيفية اجراء القسمة وأثرها . وعقب على القسمة التي تنهى حالة الشيوخ ببيان أحكام قسمة المهايأة . وأخيرا عرض للشيوخ الاجباري موليا عناية خاصة للملكية الطبقات والشقق .

(أولا) أحكام الشيوخ :

عرضت المادة ٨١٨ بفقرتها لتعريف الشيوخ ، ومقدار حصة كل شريك ثم لبيان نطاق تطبيق النصوص الخاصة بالملكية الشائعة .

فبينت الفقرة الأولى من النص معنى الشيوخ فذكرت تعريفا لا يقتصر على الملكية الشائعة وإنما يصدق على كل صور الشيوخ ، وذلك على خلاف القانون المصري والقوانين العربية الأخرى التي قللت عنه أو تأثرت به والتي تقتصر على تحديد معنى الشيوخ في الملكية . فلما كان المسلم أن حالة الشيوخ كما تتحقق

فيها الإيجار والرأى فيها في ظل النص المقترح هو أن العبرة بكون الإيجار لمدة يعتبر مهما عملا من أعمال الإدارة المعتادة أم لا . والوجه الثاني أن النص المقترح حرص على أن يذكر أن الشريك يعتبر نائبا « فيما قام به » في حين أن النص المصري يقول « عد وكيلاً عنهم » الأمر الذي قد يظن معه أن النيابة تمتد الى أعمال أخرى وهو غير مقبول ويجب أن تقتصر النيابة على العمل الذي تم دون اعتراض .

ثالثا : لم ينظم المشرع المصري الاعتراض لا من حيث الوقت الذي يتضح فيه وجود اعتراض أو عدم وجوده ولا من حيث أثر الاعتراض ان وجد . أما مشروع النص فقد ذكر أن الاعتراض يجب أن يكون في وقت مناسب تاركا تقدير المناسبة للقاضي على ضوء الظروف المختلفة ، كما ذكر المشروع أن أثر الاعتراض هو عدم نفاذ ما قام به الشريك في حق غيره من الشركاء .

أعمال الإدارة غير المعتادة :

بعد أن عرض المشروع في المواد السابقة لأعمال الإدارة المعتادة عرض في المادة ٨٢٤ لأعمال الإدارة غير المعتادة ، وهي التي تقتضي أحداث تغيير أساسي في المال الشائع أو التعديل في الغرض الذي أعد له ، كإنباء في الأرض أو هدم جزء من البناء لإعادة بناؤه على شكل آخر أو تحويل المبنى المد لل سكني الى فندق أو تحويل الأرض المعدة للزراعة الى غرض آخر . وحكم النص مستند من القانون المصري الذي أخذت به بعض قوانين البلاد العربية الأخرى (السوري ، والليبي ، والسوداني ، والأردني ، والصومالي ، والجزائري ، والعراقي) مع بعض التعديلات .

وحكم الفقرة الأولى مماثل لحكم القانون المصري فيما عدا أن المشروع صرح بأن يكون الاخطار « قبل أحداث التغيير أو التعديل » زيادة في إيضاح أن الأغلبية لا تملك ابتداء الاتخاذ القرار أما تنفيذه فلا يكون الا بعد أن تقتضى مدة اعتراض الأقلية دون أن يعترض أحد منهم أو بعد أن تفصل المحكمة وتوافق على القرار ، كما نص المشروع على أن يكون الاخطار بقرار الأغلبية كتابة حسما للمنازعة في مسألة حصول الاخطار أو عدم حصوله . كما نص المشروع على أن تكون مدة الاعتراض ثلاثين يوما بدلا من شهرين كما هو نص القانون المصري .

أما الفقرة الثانية من النص فتعرض لسلطة المحكمة اذا اعتراض أحد الشركاء من الأقلية على قرار الأغلبية . وبهذه أن المحكمة لها أن تحكم بعدم جواز اجراء التغيير أو التعديل الذي قرره الأغلبية اذا تبين لها أنه لا يؤدي الى تحسين الانتفاع بالشيء ، « كما لها أن تعتمد القرار كما هو دون أي قيد » ولها ، كما ينص المشروع أن توافق على قرار الأغلبية وتقرر مع الموافقة

(ب) وعرض المشروع في المادة ٨٢٢ لحالة ما اذا لم يتفق من لهم أغلبية الحصص ، فنص على حق كل شريك في أن يلجأ الى المحكمة لتنفيذ ما يلزم لمنع تعطيل الانتفاع بالمال الشائع ، ولم يقتصر المشروع على ما قرره المشرع المصري من أن المحكمة لها أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ١/٨٢١) وانما أضاف الى ذلك ما تقتضيه المصلحة . فللمحكمة اذا وجد مستأجر يعرض الاستئجار بأجر مناسب أن تقرر التأجير ، ولها أن تعين من يدير المال الشائع اذا كانت الظروف تبرر ذلك .

(ج) ثم عرض المشروع في المادة ٨٢٣ لحالة ما اذا قام شريك بغيره بعمل من أعمال الإدارة ، فاذا لم يعترض من يملكون أغلبية الحصص ، وهم أصحاب الحق في أعمال الإدارة المعتادة ، في وقت مناسب ، كان الشريك فيما قام به نائبا عن الجميع . أما اذا اعترض من نهم أغلبية الحصص في وقت مناسب فيكون ما قام به الشريك غير نافذ في حق سائر الشركاء ، من اعترض منهم ومن لم يعترض . والنص المقترح في المشروع يختلف عن النص المصري . والنصوص التي نقلت عنه من النواحي الآتية :

أولا : نص المشروع على أنه اذا تولى أحد الشركاء عملا من أعمال الإدارة « دون اعتراض من الأغلبية » في حين أن النص المصري يقول « دون اعتراض من الباقين » مما يوحي أن المقصود هو دون اعتراض من أي شريك آخر والواقع أنه لو اعترض البعض ولم يعترض البعض الآخر ، وكان الذين لم يعترضوا يملكون أغلبية الحصص ، أي يملكون الإدارة ، فاعتراض موافقتهم ، وهو الأساس الذي يقوم عليه حكم النص ، يكفى لجعل تصرف الشريك نافذا كما لو كان قد صدر من الأغلبية .

ثانيا : ينص المشروع على اعتبار الشريك الذي قام بالعمل ، ولم يعترض من يملكون الأغلبية ، نائبا عن الجميع فيما قام به . وفي هذا يختلف نص المشروع عن النص المصري . والنصوص المنقولة عنه من وجبين : الوجه الأول أن المشروع يعتبر الشريك نائبا في حين أن النص المصري يعتبره وكيلاً . وهذا التعديل يؤدي الى تفادي صعوبة يتربها النص المصري تتملق بالمدة التي يسرى فيها الإيجار الذي يعقده الشريك ، فاعتبار الشريك وكيلاً يدعو الى التساؤل عن أثر عدم الاعتراض وقيل - في رأى - أنه دليل على وجود وكالة سابقة ومن ثم لا ينفذ الإيجار الا للمدة التي تدخل في سلطة الوكيل . وقيل - في رأى آخر - أن عدم الاعتراض يعتبر اقراراً من الأغلبية لما قام به الشريك وبالتالي ينفذ الإيجار في كل مدته ولو جاوزت المدة التي يملك الوكيل التأجير فيها . والواقع أن الذي أدى الى هذا الخلاف في الرأى هو النص على اعتبار الشريك وكيلاً وهو ما يخالف جوهر فكرة الوكالة وهي أنها عقد يتم بالإرادة ، والواقع أن الشريك يعتبر نائبا بحكم القانون وتبني مسألة المدة التي يسرى

الحفظ والإدارة وسائر التكاليف المقررة على المال كالترايب والرسم، فيتحمل جميع الشركاء هذه النفقات التي تنفق لمصلحة الجميع كل بقدر حصته في الشئوع، وليس ثمة ما يمنع من أن يتفق الشركاء على نسبة أخرى في توزيع النفقات أو أن يعفى أحدهم منها أو من بعضها كما قد ينص القانون في حالة خاصة على خلاف حكم هذا النص الذي يقرر القاعدة العامة.

التصرف في النسيء والشائع:

وبعد أن عرض المشروع بنص المراد السابقة لتنظيم إدارة المال الشائع، عرض للتصرف في هذا المال. وبدهى أن للشركاء بالاتفاق جميعاً أن يتصرفوا في المال الشائع بكافة صور التصرف ويكون تصرفهم صحيحاً نافذاً في حق الجميع.

والأصل، وفقاً للقواعد العامة التي تنبثق عن حرية المالك فيما يملك أن التصرف يجب أن يتم بموافقة جميع الشركاء، وليس للأغلبية أي كانت قبية حصصهم أن يفرضوا إرادتهم في التصرف على الأقلية، وتشتمع مع هذا الأصل لم تخول بعض التشريعات الترية للأغلبية سلطة التصرف وهذا هو مسلك القانون العراقي والقانون التونسي والقانون الأردني.

وقد أقر المشروع أن يسلك مسلك التشريعات العربية الأخرى التي تمنح للأغلبية التصرف مع ضمان حماية مصالح الأقلية لما في ذلك من مصلحة. وهذا هو مسلك القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون الإيراني والقانون الصومالي.

ومن نص المادة ٨٢٧ من المشروع يتضح أن الأغلبية لا تستطيع أن تفرض إرادتها في التصرف دون مراعاة لرأي الأقلية، فالتصرف لا يتم إلا في أحد فرضين، أما أن تملك به الأقلية ولا يعترض أحد منهم فيحصل ذلك على موافقتهم، وأما أن يعترض أحدهم ويكون أمر التصرف أو عدم التصرف من سلطة المحكمة التي توازن بين دواعي التصرف التي تستند إليها الأغلبية ودواعي الاعتراض.

والأغلبية التي لها أن تقرر التصرف ليست أغلبية عادية بل أغلبية خاصة فيجب أن تتوفر لهم ثلاثة أرباع الحصص. والخطوة الأولى في سبيل التصرف هي أن تتخذ الأغلبية قراراً بالتصرف وذلك بشرطين: الشرط الأول أن توجد أسباب قوية تبرر التصرف كما لو كان استغلال المال الشائع بعائته متعذراً أو كان لا يدل على الغلة خيالية إذا تورفت ربح ما يمكن الحصول عليه من ضمن. والشرط الثاني أن تكون قسمة هذا المال ضارة بمصالح الشركاء، فإذا كانت القسمة ممكنة دون ضرر فلا يجوز التصرف بقرار من الأغلبية وعلى من يرغب في التخلص من الوضع القائم أن يطلب القسمة.

ما تراه مناسباً من التدابير ولم ينقل المشروع ما نص عليه القانون المصري، والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه من أن المحكمة « بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » لأن هذه العبارة قد تفهم على معنى أن المحكمة، بعد أن توازن بين مبررات قرار الأغلبية ووجه اعتراض من اعتراض، قد توافق على القرار وهي تقدر في الوقت نفسه احتمال أن يكون ضاراً فلا تحسم مسألة ملائمة القرار أو عدم ملائمته وإنما تحكم على مسؤولية الأغلبية وتكون الكفالة لضمان ما قد يستحق للمخالف من تعويضات بسبب أن القرار نفسه كان ضاراً. وهذا الفهم هو ما تدل عليه عبارة المذكرة الإيضاحية لمشروع النص المصري إذ تقول «... بما قد يستحق له من تعويض، من جراء تنفيذ قرار الأغلبية فيما إذا تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة »، وهو ما يدل عليه نص القانون السوداني إذ يقول «... بما قد يستحقه من تعويض من جراء تنفيذ قرار الأغلبية إذا ما تبين أن ذلك القرار ضار بمصلحته » وصياغة النص، مفهومة بهذا المعنى، تعني في الواقع أن المحكمة تتخلى عن مهمتها الأساسية وهي التحقق من ملائمة القرار نفسه، وتحكم للأغلبية بأن تقوم بما قرره على مسؤوليتها، وهو أمر غير مقبول.

ولهذا اكتفى المشروع بالنص على أن المحكمة، عند اعتماد قرار الأغلبية أن تقر ما تراه من التدابير. ولا يمنع هذا من أن تحكم بكفالة لضمان ما قد ينشأ من أخطاء في التنفيذ، أما القرار نفسه فيبعد موافقة المحكمة يجب أن يفترض أنه في محله.

أعمال الحفظ:

بعد بيان أعمال الإدارة بنوعها، المعتادة وغير المعتادة، عرض المشروع بنص المادة ٨٢٥ لأعمال الحفظ، فأعطى لكل شريك الحق في أن يتخذ ما يلزم لحفظ الشيء الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء. ويستوى أن تكون أعمال الحفظ مادية مثل الترميم والصيانة وجنى الثمار في موعدها قبل أن تلف، أو إجراءات أو تصرفات قانونية مثل رفع دعوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء أو قطع التنازل الساري لمصلحة من يعوز المال بنية تملكه أو الوفاء بدين الدائن المرهون توكيلاً للتنفيذ على المال. ونظراً إلى أن مثل هذه الأعمال لا تتخذ إلا بالتصريح لم يفرضها المشروع للقواعد الخاصة بأعمال الإدارة بوجه عام، من حيث ضرورة توفر أغلبية للقيام بها، فلكل شريك أن يقوم بها وحده. والشريك إذ يقوم بهذه الأعمال يقوم بها بحكم القانون لحساب الشركاء جميعاً، ولهذا فهو يرجع على كل منهم بحصته فيما أتفق.

نقطة الحفظ والإدارة:

وبعد أن عرض المشروع لمن له الحق في القيام بأعمال الإدارة بصورها المختلفة، عرض في نص المادة ٨٢٦ لنفقات

وقبل انمام التصرف يجب على الأغلبية أن يغلروا باقي الشركاء بقرائهم وأن يكون الاخطار كتابة . وكل شرك من الاقلية ، خلال سنتين يوما من وصول الاخطار اليه أن يعترض على قرار الأغلبية بالرجوع الى القضاء ، فاذا لم يعترض أحد خلال فترة الاعتراض كان الاغلبية أن تبرم التصرف الذي يكون عندئذ صحيحا نافذا في حق الجميع ، وليس في هذا اعتداء على حقوق الاقلية اذ يحمل سكوت الاقلية مع القدرة على الاعتراض على محمل الرضا . واذا اعترض أحدهم فعلى المحكمة أن تثبت من توفر الشرطين السابقين بينهما ، أى قوة الأسباب التي تستند اليها الاغلبية في تقرير التصرف وكون القسمة خاتمة بمصالح الشركاء . مع الموازنة بين دواعي التصرف وأسباب اعتراض المترض ، وعلى ضوء هذه الموازنة اما أن تحكم بعدم جواز التصرف واما أن تحكم بالتصريح للاغلبية بالتصرف . فاذا صرحت المحكمة للاغلبية بالتصرف فنصرفهم يكون صحيحا نافذا في حق الاقلية ، وهنا يظهر بوضوح وجه الخروج على الأصل العام في حرية المالك فيما يملك وهو خروج تبرره مصلحة الاغلبية التي قدرتها المحكمة .

وللحد من عيوب الأخذ بنظام الاغلبية ، سواء في أعمال الادارة (المبراد من ٨٢١ الى ٨٢٤) أو في التصرف (المادة ٨٢٧) استحدثت المشروع نص المادة ٨٢٨ الذي يحول دون أن يكون من حق شريك واحد القيام بعمل من الأعمال باعتباره الاغلبية ، أيا كانت حصته في المال الشائع . ذلك أنه حتى مع الأخذ بمبدأ حساب الاغلبية على أساس حصص الشركاء ، وهو المبدأ الذي روعي فيه وزن المصالح ، الا أن وزن المصالح ليس هو كل شيء ، فيجب أن يتعدد الرأي وبالتالي يجب أن تكون الاغلبية للشركين على الأقل .

ويعرض نص المادة ٨٢٩ لحكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال أو الاموال المملوكة على الشيوخ ، سواء كان التصرف بنقل الملكية أو بانشاء حق عيني آخر كالاتفاق أو الرهن .

واذا كان للشريك ، وفقا للقواعد العامة أن يتصرف في حصته الشائعة على نحو ما ذكره المشروع في المادة ٨١٩ ، فليس من حقه أن يتصرف فيما يعتبر من حق غيره من الشركاء ، ولهذا فاذا تصرف في جزء مفرز ، فمفترضا لورود حقوق الشركاء الآخرين على هذا الجزء ، فلا شك أن التصرف يكون غير نافذ في حقهم . أما حكم التصرف في العلاقة بين الشريك المتصرف والمتصرف اليه ، فهو الذي يثير الصعوبة واختلاف في شأنه موقف التشرعات ، ويمكن أن يقال فيه عدة آراء .

فقد يقال أن الشريك تصرف فيما يملك ، وهو حصته ، وفيما لا يملك وهو حصص باقي الشركاء ، وذلك على أساس أن الملكية المفترزة وهي التي وقع عليها التصرف هي مجموع حقوق الشركاء أي حصصهم ، وبالتالي يكون التصرف صحيحا

نافذا في حق الجميع بالنسبة لحصصة الشريك المتصرف . ويأخذ حكم التصرف في ملك الغير بالنسبة لخصص الشركاء الآخرين . ولكن يعترض على هذا بأنه يخالف ارادة المتعاقدين التي انصرفت الى التصرف في الحق المفترز دون تفريق ، وليس من المقبول أن ينظم المشرع أثر التصرف على خلاف ارادة أطرافه .

وقد يقال أن التصرف صحيح ، نافذ في كل آثاره بما فيها نقل الملكية أو انشاء الحق العيني ، بالنسبة لطرفيه ، ولكنه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء . وذلك على أساس أن الشريك المتصرف يعتبر مالكا لما تصرف فيه ولكن ملكيته مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين . ومقتضى هذا أن التصرف اليه يمكن - حتى قبل القسمة - أن يكون مالكا أو صاحبا لحق عيني غير الملكية ، ولكن حقه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء . ولكن يعيب هذا الرأي أولا من الناحية النظرية أن الشريك لا يملك الا ملكية شائعة وقد تصرف في ملكية مفترزة وهو حق لا يملكه وبالتالي لا يصح القول أن الشريك مالك وقد تصرف فيما يملك ، وثانيا فهو يؤدي الى نتائج عملية غير مقبولة فالقول بأن التصرف اليه يصبح مالكا في مواجهة الشريك المتصرف وغير مالك بالنسبة لباقي الشركاء غير مقبول وبغفل مسألة هامة وهي : من هو المالك في مواجهة الكافة ؟ واذا فرض أن تصرف شريك آخر في نفس الجزء هو مالكا ؟ ان صاحب الحق العيني يجب أن يتحدد بالنسبة للكافة .

والرأي المقبول ، والذي يتفق مع القواعد العامة ، في انعقاد التصرف وآثاره ، هو أن يقال أن الشريك قد تصرف في حق لا يملكه ، ولا يحول هذا دون انعقاد التصرف ، وترتيب آثاره الشخصية أي الالتزامات بين طرفيه ، أما الآثار العينية أي نقل الملكية أو انشاء الحق العيني غير الملكية فلا تزترب ما بقى الشيوخ قائما . واذا تمت القسمة ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتيب الأثر العيني ، وهذا هو ما أخذ به المشروع .

هذا وقد يكون المتصرف اليه عالما وقت ابرام التصرف أن التصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفترزة وانما يملك حصصة شائعة فيه . وقد يكون غير عالم أي متقنأه ان يتعامل مع من يملك ملكية مفترزة للشيء المتصرف فيه . وفي الفرض الأول ليس له حق طاب ابطال التصرف ، ويمكن اعتباره قابلا لتصرف موقوفا أثره العيني على نتيجة القسمة . وفي الفرض الثاني يكون المتصرف اليه قد وقع في غلط وبالتالي يكون له حق طلب ابطال التصرف على هذا الأساس ، ولم ير المشروع ما يدعو الى النص على حق طلب ابطال اللغطل في هذه الحالة لأنه محض تطبيق للقواعد العامة .

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد في القانون المصري ، والذي نقلته قوانين بعض البلاد العربية ، وهو انتقال حق

القسمة ، والاستثناء هو الاجبار على البقاء في الشبوع ، وقد تغير الظروف التي دفعت الشركاء الى اشتراط عدم جواز طلب القسمة ، نظرا لهذا يضع المشروع حدا اقصى للمدة التي يصح فيها الاتفاق على الاجبار ، واقتضاء المدة لا يمنع الشركاء اذا راوا مصلحة لهم في ذلك ان يتفقوا من جديد على الاجبار لمدة ثانية وثالثة وهكذا ، والمهم ألا يجد الشركاء قسمة في أي وقت مجبرا على البقاء في الشبوع لمدة أكثر من الحد الاقصى وهو وفقا لنص المشروع خمس سنوات . فاذا اتفق على مدة تزيد على خمس سنوات كان الاتفاق باطلا في الزيادة ويستطيع كل شريك أن يطلب القسمة فور اقتضاء السنوات الخمس ، أما اذا كان الاتفاق لا يجاوز خمس سنين فهو صحيح يلزم كل شريك كما يلزم من يخلفه سواء كان الخلف عاما أو خاصا . ويستوى أن يكون الخلف الخاص يعلم وقت تعاقده مع سلفه أو لا يعلم بالاتفاق على عدم جواز طلب القسمة ، وذلك حماية لباقي الشركاء حتى لا يفتاجوا ، وبعد الاتفاق وترتيب امورهم على أساس أن الشبوع سيبقى طوال المدة المتفق عليها ، بأن من اشترى من شركتهم يطلب القسمة على أساس انه اشترى دون ان يعلم بالاتفاق .

وقد أورد المشروع في الفقرة الثانية حكما يحق شيئا من المردوة في حق الشركاء في طلب القسمة من ناحية وفي الزام الشركاء بالبقاء في الشبوع من ناحية اخرى : فأجاز للمحكمة ، اذا كانت القسمة العاجلة صادرة بمصالح الشركاء ، أن تأمر بالبقاء في الشبوع مدة تحددها اذا لم يوجد اتفاقا على عدم جواز طلب القسمة أو الى أجل لاحق للاجل المتفق عليه . كما أجاز لها أن تأمر بالقسمة في الحال رغم وجود اتفاق على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة لم تنته بعد ، اذا وجد مبرر قوى للقسمة . وقد أريد بهذا الحكم مواجهة الظروف التي قد تطرأ اثناء قيام الشبوع وتغير من توقعات الشركاء ، وذلك نظرا لما يترتب على حسن او سوء استغلال الاموال من انعكاس على المصلحة الاقتصادية للجماعة .

وقد استمد المشروع حكم الفقرة الثانية من النص ، من المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري (٢/١٢٠٢) الذي استمده بدوره من مشروع قانون المدني الايطالي .

وبعد أن عرض المشروع لحق كل شريك في طلب القسمة ، عرض في نص المادة ٨٣١ للقسمة الاتفاقية أو الرضائية . وهذه القسمة لا تتم باعتبارها قسمة تنهى حالة الشبوع الا باتفاق جميع الشركاء . وتتم هذه القسمة بالطريقة التي يرضيها المتقاسمون ، بطريق القرعة أو بطريق التجنيب ، وقد يلجأون الى خبير ينولي تكوين الاصلبة الى غير ذلك من الوسائل التي تمكنهم من الوصول الى اتفاق .

المتصرف اليه من وقت التصرف الى ما يقع في نصيب المتصرف من اموال اخرى غير المال المتصرف فيه عند القسمة ، لان هذا الحكم غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية . فمن الناحية النظرية يثور التساؤل : ما هو الحق الذي ينتقل ؟ وهو سؤال يستدعي التساؤل من مائة حق المتصرف اليه قبل القسمة ، وهو الحق الذي يقال انه ينتقل ، وقد بينا انه لا يصح ان يقال انه حق عيني ، فهو ليس حق ملكية مفرزة ولا حق ملكية شائعة . ومن الناحية العملية ليس من المقبول ان يشتري شخص شيئا بمعنا بذاته ويفرض عليه أن يمتلك شيئا آخر حتى ولو كان ماددا له في القيمة اذ قد لا يحقق الشيء الاخر الغرض الذي قصد اليه - حتى ولو كان كل من الشبوع جزءا من كل ، مثال ذلك ان يشتري شخص قطعة أرض ليبنى عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران ثم يقع في نصيب البائع أرض بعيدة عن العمران وقد لا تصلح للبناء عليها .

وما يقال عن التصرف الذي من شأنه نقل الملكية يقال كذلك عن التصرف الذي يراد منه الى انشاء حق عيني كالرهن مثلا ، فالمتصرف الذي يصدر من شريك لا يملك الا حصة شائعة اذا ورد على جزء مفرز لا يمكن ان ينشئ الحق العيني ، وبالتالي فلا محل للقول بانتقال حق لم يكن موجودا قبل القسمة .

(نانيا) اقتضاء الشبوع بالقسمة :

بدأ المشروع النصوص الخاصة بالقسمة ، بنص المادة ٨٣٠ التي تقرر حق كل شريك في انهاء حالة الشبوع بأن يطلب القسمة ، وما يرد على هذا الحق من قيود . فنظرا الى أن حالة الشبوع تؤدي الى شيء من التعقيد في طريقة الانتفاع بالمال الشائع والتصرف فيه ، ولأن الغالب ان يكون استقلال الفرد في استغلال ما يملك حافزا قويا على العمل وحسن التصرف ، الامر الذي ينعكس اثره على المصلحة العامة للمجتمع ، نظرا لهذا كان الاصل هو حق الشركاء في أي وقت أن يطلب القسمة ، رضاه أو قضاء ، لانهاء حالة الشبوع . ومع هذا فقد توجد اعتبارات تدعو الى الاجبار على البقاء في الشبوع ، وهذه الاعتبارات قد يقدرها المشرع فيضع نصا يمنع طلب القسمة كما هي الحال بالنسبة للاجزاء المشتركة أي المملوكة على الشبوع في ملكية الطوابق والشقق (٣/٣٠) من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ في الكويت) . وقد يقدرها الافراد ذوو الشأن فيفتق الشركاء مثلا على عدم جواز طلب القسمة خلال مدة معينة تقديرا منهم أن تجزئة المال المشترك تقال من غلته ، وقد يوصي شخص بمال الى أكثر من واحد شائعا بينهم ويشترط في الوصية عدم جواز القسمة لاعتبارات يتدبرها . ولهذا نص المشروع على أن الاجبار في الشبوع قد يكون بمقتضى تصرف قانوني يشمل ذلك العقد والوصية . ولما كان الاصل هو الحق في طلب

تشريعات عربية أخرى (السوري ، والليبي ، والعراقي ، والصومالي ، والجزائري) اذ قد يفهم الجواز على أنه للمحكمة .

وقد جعل المشروع الغبن الذي يترتب عليه الحق في طلب الإبطال أى الغبن الفاحش ، هو الذى يزيد على الخمس على نحو ما فعلت أكثر التشريعات العربية (المصرى ، والسورى ، والليبي ، والصومالي ، والجزائري) ولم يتكف بوصف الغبن بأنه فاحش كما فعلت بعض التشريعات (م ١٠٥٠ اردنى) كما أن المشروع فضل عدم الاخذ بحكم القانون العراقى الذى يجعل حد الغبن يختلف باختلاف ماهية الاشياء اذ تنص المادة ١٠٧٧/٣ منه على أنه « ويعتبر الغبن فاحشاً متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخس في العقار » ذلك أن هذا النوع في مقدار الغبن يؤدي الى صعوبات عملية في التطبيق يحسن تقادها اذ كثيراً ما يكون المقسوم عدة أموال متنوعة وتم بالنسبة لها جميعاً قسمة واحدة .

وحتى تستقر القسمة نهائياً في وقت قريب قرر المشروع في الفقرة الثانية سقوط دعوى الإبطال للغبن بمرور سنة من وقت القسمة .

ونصت الفقرة الثالثة من النص على حق المدعى عليه ، وهم المتناسون الآخرون ، في الحيولة دون إبطال القسمة وذلك بتكلمة نصيب الميون ، وهو تطبيق للقواعد العامة التي تقتضى عدم جواز التمسك بالإبطال على نحو يخالف حسن النية . وقد فضل المشروع عبارة « أن يمنع طلب الإبطال » الواردة في النص ، على العبارة المقابلة التي نجدها في كثير من التشريعات العربية وهي « للمدعى عليه أن يقف سيرها (أى الدعوى) وينع القسمة من جديد » (المصرى ، والسورى ، والليبي ، والعراقي ، والصومالي ، والجزائري) وذلك لان المسألة ليست مسألة وقف الدعوى ، ولأن التشريعات المذكورة تستعمل دون مبرر عبارتين « يقف سير الدعوى » و « يمنع القسمة من جديد » وقد أدى هذا البعض استناداً الى العبارة الأخيرة الى القول أن المدعى عليه له أن يكمل النصيب حتى بعد الحكم النهائي بالنقض وهو أمر غير مقبول فما دام الحكم النهائي قد صدر بنقض القسمة عادت حالة الشروع الى ما كانت عليه ، ولم يعد مقبولاً ان يكون من حق من كان مدعياً عليه أن يطلب تكلمة النصيب ، ولا يبقى بعد الحكم النهائي الا العمل على الاتفاق على القسمة من جديد او رفع دعوى القسمة .

وبعد أن بين المشروع ، أحكام القسمة الاتفاقية ، عرض في المواد من ٨٣٣ الى ٨٣٦ للقسمة القضائية . وكان على المشروع ، فيما يتعلق بمكان التصرف المتعلقة بهذه القسمة أن يختار بين احدى سياستين تلجأ الى كل منهما بعض التشريعات في بعض الدول لا تنظم أحكام القسمة القضائية في مدونة القانون

ولم يجر المشروع القسمة الاتفاقية اذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية ، سواء كان صغيراً عديم الاهلية أو ناقصاً او كان عدم كمال اهليته لعارض من جنون او عته او سفه او غفلة ، الا اذا كان له ولي شرعى فيجوز للولي ان يتفق على القسمة ، وكذلك لا تجوز القسمة الاتفاقية اذا كان بين الشركاء من يثبت غيبته أو فقده ، فليس لمن تعيينه المحكمة للولاية على ماله أن يبرم عقد القسمة . ففى هذه الحالات يجب الانتجاع الى اجراءات القسمة القضائية .

ولم يذهب المشروع مذهب القوانين التي تمنع القسمة الاتفاقية كلما وجد بين الشركاء غالب أو غير كامل الاهلية دون أن تستثنى الحالة التي يوجد فيها للمراد حمايته ولي شرعى . وهي القانون العراقى والقانون التومنى والقانون الاردنى .

كما لم يذهب المشروع مذهب القوانين التي تجيز القسمة الاتفاقية التي تتم بواسطة الوصى او القيم او وكيل الغالب او المفقود ، بشرط الحصول على اذن من القضاء ، وهذا هو ما

يتضح في مصر من نص المادة ٨٣٥ مدنى والمادتين ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال ، وكذلك في الكويت من نص المادة ١٨ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شئون القصر . وقد راعى المشروع في ذلك أن القسمة القضائية فيها الضمانات اللازمة لحماية غير كامل الاهلية أو الغالب او المفقود ، وفي الوقت نفسه ليس في الانتجاع اليها مشقة أكثر من الانتجاع اولا الى القضاء لطلب الاذن باجراء القسمة الاتفاقية ، ثم الانتجاع الى المحكمة مرة ثانية للثبوت من عدالة القسمة ، وقد ترى المحكمة بعد هذا كله أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية ، فالاولى من هذا كله ان يلجأ الوصى او القيم ابتداء الى اجراءات القسمة القضائية .

ويعرض نص المادة ٨٣٢ للحق في طلب ابطال القسمة الاتفاقية للغبن ، أو كما يعبر عنه عادة بنقض القسمة . وقد أثر المشروع النص على الإبطال لان كلمة نقض القسمة لا تعنى أكثر من ازالتها او هدمها دون ان تدل على ماهية الوسيلة الفنية التي توصل الى ذلك . ونظراً الى أن سبب نقض القسمة هو الغبن وهو أمر معاصر للاتفاق على القسمة ، ولأن القسمة مع وجود الغبن تعتمد وتبقى قائمة منتجة لانها راساً الى أن تنقض فحقيقة النقض اذن هي الإبطال . وترتب على ذلك ان يخضع حق الإبطال للقواعد العامة في غير ما يرد بشأن حكم خاص ، من ذلك مثلا القواعد الخاصة بالاجازة .

وعبارة « للمتقاسم الحق في طلب ابطال القسمة ... » الواردة في صدر النص تفيد ان الحكم بالإبطال وجوبى بالنسبة للمحكمة اذا ما توفرت شروطه ، ولذلك اثر المشروع هذه العبارة على العبارة الواردة في صدر النص المصرى « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى ... » (٨٤٥٣) والتي قللتها

أن يتفق الشركاء جميعا على ذلك ، فالشركاء أنفسهم هم أصحاب الحق الأول في تقدير ما اذا كانت القسمة على أساس أصغر حصة ثم القسمة بقدرهم أم لا . والحالة الثانية هي حالة ما اذا تمذرت القسمة على أساس أصغر حصة . وقد خالف المشروع ، في هذا الخصوص ، نص القانون المصري (م ٨٣٧) والقانون السوري (م ٧٩١) من ناحيتين ، الأولى أنه جعل الاتجاه الخبير الى طريقة التجنيب ليس مقصورا على حالة تمذرت القسمة على أساس أصغر حصة بل اضاف حاله اتفاق الشركاء ، والناحية الثانية أنه جعل العدول عن القسمة على أساس أصغر حصة الى القسمة بطريق التجنيب وجوبيا وليس جوازيا .

(ج) وبعد أن يكون الخبير الأنصبة اما على أساس أصغر حصة أو بطريق التجنيب ، يكون لكل شريك ، بل كذلك لكل ذي مصلحة كدائن الشريك ، أن ينازع في تكوين الحصص . فاذا حدثت منازعة ، فعلى المحكمة أن تفصل أولا فيها ، كما عليها أن تفصل فيما قد يثور من منازعات أخرى مثل المنازعة في ملكية جزء من الأموال المطلوب قسمتها .

وبعد الانتهاء من الفصل في المنازعات ، تأتي المرحلة الأخيرة في دعوى القسمة التي عرضت لها المادة ٨٣٥ فاذا كانت الأنصبة قد كوت بطريق التجنيب ، تصدر المحكمة حكمها باعطاء كل متقاسم نصيبه المقرز . وان كانت الأنصبة قد كوت على أساس أصغر حصة ، فيكون تحديد ما يخص كل شريك من هذه الأنصبة بطريق الاقتراع ، وعلى المحكمة أن تثبت ما تم في الاقتراع في المحضر وتحكم باعطاء كل متقاسم نصيبه المقرز الذي تحدده بالاقتراع .

ويعرض نص المادة ٨٣٦ لبيع المال الشائع المراد تمهيدا لقسمة الشمن على الشركاء وهو ما يعرف بالقسمة بطريق التصفية . فاذا تبين للمحكمة أن المال الشائع لا يمكن قسمته عينا ، كما لو كان منزلا معدا لسكنى أسرة واحدة ، أو تبين لها أن قسمته عينا من شأنها أن تنقص من قيمته تقصا كبيرا ، كما لو كان هذا المال قطعة أرض معدة للبناء ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا الى حد ينقص من منفعة فقتل قيمته ، فتعدل المحكمة عن القسمة العينية الى القسمة بطريق التصفية وذلك بأن تحكم بأن يباع المال المراد العلني بالطريقة المبينة في قانون المرافعات للبيع الجبري .

والأصل أنه يجوز لأي شخص ، سواء من الشركاء أو من غيرهم ، أن يتقدم بالمزايدة عند بيع المال الشائع حتى يمكن الحصول على أكبر ثمن ممكن . ولكن قد يرى الشركاء أنفسهم قصر المزايدة عليهم لاعتبارات يقدرونها ، كان يكون المال هو منزل الأسرة ويريدون أن يبقى في يد واحد منهم ، ولما كانت المصلحة التي يمكن أن تأتي بقصر المزايدة على

المدني، كما هي الحال في القانون السوداني وفي القانون الليبي . وبعض الدول تنظم دعوى القسمة في مدونة القانون المدني مثل القانون المصري والقانون السوري ، هذا بالإضافة الى أن بعض القوانين تقتصر على وضع بعض أحكام دعوى القسمة في القانون المدني دون أن تعرض لكيفية اجراء القسمة مثل القانون الاردني .

وقد اختار المشروع سياسة القوانين التي تنظم الأحكام الخاصة بدعوى القسمة ، والتي لا تكفي في شأنها القواعد العامة في المرافعات ، في مدونة القانون المدني ، وذلك حتى لا يعرض قانون المرافعات للقواعد التي تخص كل دعوى من العداوى ، مثل دعوى الشفعة ودعاوى الحيازة ودعوى القسمة .

(١) وقد بدأ المشروع في المادة ٨٣٣ ببيان المحكمة المختصة بدعوى القسمة، فنص على أن ترفع أمام المحكمة الكلية، وهو ما يفيد اختصاص هذه المحكمة بدعوى القسمة أيا كانت قيمة المال أو الاموال المطلوب قسمتها . وقد راعى المشروع في ذلك أولا أن أحكام المحاكم الجزئية ، في ظل قانون المرافعات الحالي لا تقبل الاستئناف، ومن ناحية أخرى اختصاص المحكمة الكلية يؤدي الى أن تحكم المحكمة في كافة المنازعات التي تعرض أثناء نظر دعوى القسمة .

كما نص المشروع على أن للمحكمة ان تدب خيرا أو أكثر لافراز الأنصبة ان كان المال يقبل القسمة عينا دون تقص كبير في قيمته ، والغالب أن تلجأ المحكمة الى ذلك .

(ب) ثم عرض المشروع في المادة ٨٣٤ لكيفية تكسوين الأنصبة ، والغالب أن يقوم بذلك الخبير ، واذا كان النص لم يأخذ بعبارة المشروع المصري « يكون الخبير الحصص ... » وانما قال « تكون الأنصبة ... » وذلك لأن نذب الخبير جوازي للمحكمة وان كان من الناحية العملية هو ما يحدث في كل دعاوى القسمة .

والأصل أن تكون الأنصبة على أساس أصغر حصة تمهيدا لاجراء القرعة بين الشركاء ، فاذا كانت أصغر حصة هي السدس مثلا قسم المال الى ستة اقسام . وهذه الطريقة وان كانت تتقادم احتمال أي تمييز للشريك على حساب غيره ، الا أنها تؤدي الى تقسيم نصيب الشريك صاحب الحصص الكبيرة فيحصل على عدة اجزاء متفرقة ، فيحصل صاحب النصف مثلا على نصيبه في ثلاث قطع كل منها منفصلة عن الأخرى . هذا بالإضافة الى أنه قد تمذرت تقسيم المال الى أجزاء صغيرة أو قد يترتب على مثل هذه التجزئة ضرر للشركاء .

ولهذا نص المشروع ، في الفقرة الثانية من النص ، على أنه يجب الانتهاء الى طريقة أخرى لتكوين الأنصبة ، وهي طريقة التجنيب ، فيعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال أو الاموال الشائعة يعادل حصته ، وذلك في حالتين ، الأولى

مفر من الالتجاء الى القسمة القضائية . أما اذا لم يدخل المتقاسمون الدائن فلا تكون القسمة ، قضائية كانت أم اتفاقية، نافذة في حقه .

(ب) وفيما يتعلق بالدائنين العاديين لا يتصور الزام المتقاسمين ابتداء وبحكم القانون أن يدخلوا الدائن لأنه غير معلوم لهم . ولهذا تكون الخطوة الأولى في سبيل الحماية من الدائن نفسه وذلك بأن يعارض في أن تتم القسمة في غيبته، فإذا تمت المعارضة وجب على الشركاء ادخال من عارض في القسمة والا كانت غير نافذة في حقه .

وقد عرضت الفقرة الثانية من النص لمعارضة الدائنين وأثرها وقصرت الحكم على القسمة القضائية . وقد خالف المشروع في هذا بعض التشريعات العربية التي تعمم الحكم ليشمل القسمة الاتفاقية أيضا مثل القانون السوري والقانون الأردني . وفي القانون المصري يدل ظاهر النص (م ٨٤٢)

على أن حكمه خاص بالقسمة القضائية كما تصرح المذكرة الايضاحية باستبعاد القسمة الاتفاقية ، ومع ذلك ذهب بعض الشراح الى أنه ليس ثمة مبرر معقول للفرقة بين القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية بل أن الحاجة الى تخويل الدائن حق المعارضة أظهر في القسمة الاتفاقية منه في القسمة القضائية إذ أن الدائن له وفقا للقواعد العامة حق التدخل في دعوى القسمة ، هذا بالإضافة الى أن القسمة الاتفاقية خالية من ضمانات القسمة القضائية وبالتالي فالدائن أحوج الى التدخل فيها ، وبالتالي يدعون الى التوسع في تفسير النص ليشمل القسمة الاتفاقية . ومع هذا أثر المشروع قصر المعارضة وما يترتب عليها من الزام المتقاسمين بادخال من عارض على القسمة القضائية ، فمع التسليم بما قبل من أن الدائن في حاجة الى حماية من القسمة الاتفاقية لا تقل عن حاجته الى الحماية من القسمة القضائية بل لمل حاجته الأولى أكبر مع هذا فاعطاء الدائن العادي حق التدخل في القسمة الاتفاقية أمر غير مقبول إذ يؤدي الى تمكين الدائن الذي لم يتلق حقه بذات المال أو الأموال المراد قسمتها من التحكم الذي لا حد له وينتهي الأمر الى أن يكون في قدرة أي دائن لأي شركة أن يجبر الشركاء جميعا على العدول عن القسمة الاتفاقية والالتجاء الى القضاء ، وفي هذا خروج على مبدأ حرية التعاقد لا مبرر له ، فإذا كان الشريك يستطيع أن يتصرف في حقه بسائر التصرفات كالبيع والهبة ... الخ دون موافقة دائنيه ، فلا مبرر لاقصام الدائن في القسمة بالذات . ولهذا يكتفى في حماية الدائن العادي من القسمة الاتفاقية بالقواعد العامة التي تجيز للدائن الطعن في تصرفات مدنيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات .

وبالنس للمترشح يستطيع كل دائن لشريك يخفى أن يؤثر القسمة القضائية التي تنهى حالة الشروع بين مدنيه

الشركاء هي مصلحتهم فيكتفى لحمايتهم أن يكون قصر الزيادة عليهم دون غيرهم بموافقتهم جميعا . لكن اذا كان بين الشركاء غائب أو مفقود أو غير كامل الأهلية ولا يمثله الولي الشرعي، فرعاية لمصلحته لا يجوز للمحكمة أن تأمر بقصر الزيادة على الشركاء حتى ولو طلبوا ذلك ووافق على الطلب من ينوب عن الغائب أو المفقود أو غير كامل الأهلية . تبقى حماية دائني الشركاء ، ولهم بلا شك مصلحة في رسو المزداد بأعلى ثمن ممكن ، وقد اكتفى المشروع في شأنها بالقواعد العامة التي تعطي الدائن حق التدخل في الدعوى والنص الخاص بحماية دائني الشركاء من أخطار القسمة (م ٨٣٧ من المشروع) خاصة وقصر الزيادة على الشركاء جوازى للمحكمة التي لها برغم اجماع الشركاء على طلب قصر الزيادة عليهم أن ترفض طلبهم اذا اعترض عليه أحد الدائنين لاعتبارات مقبولة .

حماية دائني المتقاسمين من القسمة :

عرض نص المادة ٨٣٧ لحماية خاصة بدائني الشركاء المتقاسمين من القسمة التي قد يتواطأ فيها الشركاء على الاضرار بحقوق بعض الدائنين كأن يتفق شريك مدين مع بقية الشركاء على أن يختص بأموال يسهل اخفاؤها كالنقد أو المجوهرات أو السندات لحاملها ، أو على أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه ويكمل النصيب بنقد يقبضها دون علم الدائنين .

وإذا كانت القواعد العامة تخول دائني المتقاسم حقت التدخل في دعوى القسمة باعتباره صاحب مصلحة . وبالتالي يتسكن من مراقبة سير اجراءات القسمة حتى لا تتم على نحو يضر بمصلحته ، كأن ينازع في تكوين الأنصبة أو يمترض على اجراء القسمة بطريق التجنيب مادام اجراؤها بطريق القرعة ممكنا أو يمترض على طلب الشركاء قصر الزيادة عليهم ، اذا كان الأمر كذلك ، فقد يحدث عملا أن ترفع دعوى القسمة دون أن يعلم بها الدائن وبالتالي تفوته فرصة الدفاع عن مصلحته ، لهذا يعنى المشروع دائني المتقاسم حماية خاصة بتسكينهم من تفادي اجراء القسمة في غيبتهم ، وبفرق في هذا الخصوص بين الدائنين اصحاب الحقوق المشهورة من جهة ، والدائنين العاديين من جهة أخرى .

(٩) ف فيما يتعلق بالدائنين المشهورة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو قبل ابرام القسمة الاتفاقية ، وأوجبت الفقرة الأولى من النص على الشركاء أن يدخلوهم في القسمة . فإذا حصل الادلخ لللدائن أن يعمل على تفادي المساس بحقه ، فإن كانت القسمة قضائية فالمحكمة هي التي تقدر ما يطلبه الدائن وتحكم في الدعوى بما تراه محققا مصالح المتقاسمين وبمراجعة مصلحة الدائن . وإن كانت القسمة اتفاقية فقد يراعى المتقاسمون ما أبداه الدائن رعايته لحقه وتمت القسمة باتفاق كل ذوى الشأن بما في ذلك موافقة الدائن ، فإن اختلفوا نلوا

الذي يراد الوصول اليه من وراء تقرير الأثر الرجعي للقسمة هو حماية كل شريك من تصرفات غيره من الشركاء التي تمت أثناء فترة الشبوع بالنسبة للنصيب الذي اختص به الشريك بالقسمة . وللوصول الى تحقيق هذا الهدف يقرر المشرع في القوانين التي تأخذ بالأثر الرجعي أن الشريك يعتبر مالكا وحده لما آل اليه بالقسمة منذ أن تملك في الشبوع ليصل من وراء ذلك الى اعتبار التصرفات التي تمت من غيره صادرة من غير مالك وبالتالي لا أثر لها بالنسبة للمتقاسم فتخلص له ملكية النصيب الذي اختص به خالية من كل أثر تصرفات غيره من الشركاء .

وإذا كانت هذه الوسيلة الفنية ، وهي كما يقال عنها في عبارة مشهورة « كذب فني تقتضيه الضرورة » توصل فعلا الى تحقيق هدفها المذكور ، فهي تؤدي منطقيا الى نتائج لا يمكن قبولها ، فقد قيل مثلا أننا لو التزمنا منطق نص من النصوص الذي اختص به في القسمة ، لوجب القول أن كل شريك يستحق ثمار النصيب الذي اختص به في القسمة ، ويشكل تكاليفه ، في الفترة التي سبقت القسمة أي أثناء حالة الشبوع ، وهو حكم غير مقبول . كذلك كان منطق فكرة الأثر الرجعي للقسمة أن يعتمد في تقويم الأنصبة عند القسمة بقيمة الأموال وقت بدء الشبوع لا وقت القسمة ، وفعلت محكمة النقض الفرنسية بذلك في وقت ما وكان قضاؤها محللا للنقد فعدلت عنه واستقرت على الاعتداد بالقيمة وقت القسمة ، وكان منطق الأثر الرجعي كذلك أنه إذا كان هناك حق ارتفاق لخدمة العقار الذي وقع في نصيب الشريك فالأعمال التي قام بها غيره أثناء الشبوع والتي تعتبر ممارسة لحق الارتفاق لا تقطع التقادم المسقط للحق ، وكذلك فإن وقف التقادم الذي حدث أثناء فترة الشبوع لصلحة شريك آخر لا يجعله موقوفا بالنسبة للشريك الذي اختص بالعقار . بل ان منطق فكرة الأثر الرجعي للقسمة أدى الى القول أنه اذا صدر قانون جديد أثناء حالة الشبوع يغير من القواعد المنظمة للقسمة فان هذا القانون لا ينطبق على أساس أن القسمة تركز لكل متقاسم حقه من وقت بدء الشبوع أي من وقت سابق على صدور القانون الجديد وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وكان قضاؤها محل نقد الكثيرين .

هذه أمثلة لا يمكن أن يؤدي اليه النص على رجعية أثر القسمة . صحيح أنه قيل بوجود قصر تطبيق النص على الحالات التي تتحقق فيها الحكمة من وضعه ، ولكن هذا لن ينهي الخلاف ، والأفضل أن يواجه المشرع المسائل التي يريد تقرير حكمها مواجهة مباشرة ويقرر الحكم الذي يراه مناسباً دون الالتجاء الى التحايل وهو ما فعله المشروع بالنص في المادة ٨٣٨ ، بعد أن قرر الأثر الجوهري للقسمة وهو الافراز ، على

وشركائه في ضامه ، يستطيع أن يبادر منذ نشوء حقه بأن يعارض في أن تتم القسمة التقسائية في غيبته . وقد نص المشروع على أن تكون المعارضة بائذار رسي يوجه الى جميع الشركاء ، فلم يسلك مسلك المشرع المصري في ترك طريقة المعارضة دون تحديد ، وإنما نص على أن تكون بائذار رسي حسبا لما قد يشور من منازعة فيما اذا كان الدائن قد عارض أم لا . ويجب أن توجه المعارضة الى جميع الشركاء فاذا وجهت الى البعض دون البعض الآخر ولم يدخل المتقاسمون الدائن الذي عارض فتكون القسمة نافذة في حقه فلا يصح أن يقال أنها تنفذ بالنسبة للبعض دون البعض الآخر لأنها لا تقبل التجزئة .

اثر القسمة :

إذا تمت القسمة ، رضا أو قضاء ، ترتب عليها أثرها الجوهري الذي يهدف اليه المتقاسمون وهو افراز نصيب من الأموال الشائعة لكل شريك . وحتى يستقر للمتقاسم الجزء المفرز الذي اختص به في القسمة ، يلتزم نحو غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق .

ويعرض نص المادة ٨٣٨ لأثر القسمة الجوهري وهو افراز نصيب كل شريك أي استقلال كل شريك بجزء من المال الشائع يملكه ملكية مفرزة .

ولم يأخذ المشروع بفكرة الأثر الرجعي للقسمة التي أخذت بها أكثر القوانين العربية ، تأثر بالقانون الفرنسي . فقد نصت المادة ٨٤٣ مصرى على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ أن تملك في الشبوع وانه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص » وهذا النص قد نقله حرفيا كل من المشرع السوري (م ٧٩٧) والمشرع الليبي (م ٨٤٧) والمشرع الصومالي وأخذت بحكمه تشريعات أخرى مع شيء من الاختلاف في عبارة النص كالقانون العراقي الذي قرر الحكم نفسه ومهد له بعبارة « ترجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة » (م ١٠٧٥) والقانون اللبناني (م ٩٤٦) وقانون الموجبات) والقانون التونسي (م ١٢٣) . أما القانون الأردني فقد وضع نصا تفادى فيه التعرض لوقت استقلال كل شريك بالنصيب الذي آل اليه بالقسمة فذكرت المادة ١٠٤٧ أنه « يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذي آل اليه بعد القسمة » .

واسناد أثر القسمة الى وقت التملك في الشبوع ، بحيث يعتبر كل متقاسم أنه كان يملك وحده النصيب الذي آل اليه منذ بدء الشبوع ، هو تحايل أو مجاز قانوني لأنه يخالف الحقيقة مخالفة مؤكدة ، ذلك أن كل متقاسم كان يملك قبل القسمة فيما وقع في نصيب غيره وأن غيره كانوا يملكون فيما وقع في نصيبه . والحيلة أو المجاز هي وسيلة فنية لبلوغ اليها الميترع عندما يجدها ضرورة لتحقيق ما يهدف اليه ، والهدف

التي كانت تثقل حصة الشريك الشائعة .
ولم تواجه التشريعات المختلفة مصير الحقوق التي كانت واردة على الحصة الشائعة بقاعدة عامة تتناول الفروض المختلفة التي يمكن أن تعرض في العمل ، وإنما اهتمت التشريعات التي عرضت للمسألة بالرهن الرسمي الذي ينشئه الشريك على حصته الشائعة ، وهذا هو مسلك القانون المصري والقوانين التي تأثرت به ومنها القانون الكويتي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون الجزائري والقانون الصومالي والقانون الأردني .

وقد آثر المشروع أن يضع قاعدة عامة لا يقتصر تطبيقها على الرهن وإنما تتناول الحقوق العينية الأخرى ، كما يتناول تطبيقها الفروض المختلفة التي يمكن أن تتحقق في العمل ، فقد يرد الحق ابتداء على كل حصة الشريك ، في كل الأموال الشائعة أو في مال واحد من بين الأموال المتعددة الداخلة في الشيوع ، وقد يرد الحق على حصة أقل مما يملك الشريك كما لو كان يملك النصف ورهن الربع . وعند القسمة قد يقع المال الذي ورد عليه الحق ابتداء في نصيب الشريك ، وقد يقع جزء منه فقط ، وقد يقع في نصيب الشريك مال آخر ولا يختص بشئ من المال الذي ورد عليه الحق ابتداء .

وقد روعي في صياغة النص أن يواجه هذه الفروض المختلفة ، وذلك على خلاف التشريعات التي لا تواجه نصوصها إلا بعض الفروض ، حتى في نطاق الرهن الرسمي الذي عرضت له .

(أ) فإذا كان الحق قد ورد ابتداء على كل حصة الشريك في كل الأموال الشائعة ، فيترتب على القسمة أن يتقسط هذا الحق لكل الجزء المرز الذي آل إليه .

(ب) وإذا كان الحق قد ورد على بعض حصة الشريك في كل الأموال الشائعة ، كما لو كان يملك النصف ورهن الربع ، ترتب على القسمة أن يتقسط نصف النصيب الذي آل إليه .

(ج) وإذا كان الحق قد ورد ابتداء على كل حصة الشريك أو بعضها في مال واحد من الأموال الشائعة ، فبان وقع هذا المال في نصيبه عند القسمة بقي الحق كما هو ، ولهذا لم يستخدم النص عبارة « انتقل الحق » أو « تحول الحق » التي وردت في نصوص التشريعات التي ظلمت الموضوع بالنسبة للرهن . وإذا لم يقع هذا المال في نصيب الشريك وإنما وقعت في نصيبه أموال أخرى تحول الحق إلى جزء مما وقع في نصيبه يعادل قيمة الحصة التي ورد عليها الحق ابتداء . وتعين المحكمة الجزء الذي يعادل قيمة الحصة عند عدم اتفاق ذوي الشأن .

ضمان التعرض والاستحقاق :

عرض المشروع بنصوص المواد ٨٤٠ ، ٨٤١ ، ٨٤٢

لضمان التعرض والاستحقاق في القسمة ، والاستحقاق الذي

أن تكون ملكية المتقاسم النصيب المرز الذي اختص به في القسمة « خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبتهم وفقاً للقانون » .
وباعمال هذا النص ، مع النصوص الأخرى التي قررها المشروع ، في شأن التصرف في المال الشائع ، نصل إلى النتائج الآتية :
أولاً : إذا كان الشريك قد تصرف في حصته الشائعة ، فالتصرف صحيح وفقاً لنص المادة ٨١٩ من المشروع . ولا صعوبة إن كان التصرف بنقل الحق الشائع إذ يدخل المتصرف إليه شريكاً في الشيوع محل التصرف ويكون أحد المتقاسمين عند القسمة .

وإذا كان التصرف في الحصة بترتيب حق عيني عليها ، كالانتفاع أو الرهن ، فهو أيضاً تصرف صحيح لأن الشريك قد تصرف فيما يملك ، وقد كان على المشروع أن يضع نصاً يبين مصير الحق ، وهو ما قرره في المادة ٨٣٩ .

ثانياً : إذا كان التصرف قد تم أثناء الشيوع على جزئه مرز ، فإن كان قد تم بإجماع الشركاء أو بواسطة الأغلبية في حدود ما يسمح به القانون ، فالتصرف صحيح يترتب عليه أثره . ولا صعوبة إن كان من التصرفات الناقلة للملكية ، أما إذا كان التصرف بإنشاء حق عيني غير الملكية كالرهن ، فيبقى الحق قائماً لا يتأثر بالقسمة ويجب على المتقاسمين أن يدخلوا وجوده في اعتبارهم عند القسمة . ولهذا حرص المشروع على النص في نهاية المادة ٨٣٨ ، بعد أن قرر أن تكون ملكية المتقاسم خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء دون موافقته ، على أنه « ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبتهم وفقاً للقانون » .

أما إذا كان التصرف في الجزء المرز قد أبرمه أحد الشركاء فلا يترتب عليه قبل القسمة أي أثر فيما يتعلق بنقل أو إنشاء الحق العيني ، وفقاً لنص المادة ٨٢٩ من المشروع . فإذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف زال المانع الذي منع ترتب الأثر العيني وأمكن نقل الحق أو انشاؤه . وإذا وقع الجزء المتصرف فيه في نصيب متقاسم آخر فلا يكون أمام المتصرف إليه الرجوع على المتصرف وفقاً للقواعد العامة .

ويعرض نص المادة ٨٣٩ لمصير الحقوق العينية التي كانت تثقل حصة الشريك ، كلها أو بعضها ، قبل القسمة . فنظراً إلى أن الشريك من حقه أن يتصرف في حصته الشائعة ، فيمكن أن يقرر عليها حق انتفاع ، أو حق رهن ، وقد يكون هذا الشريك قد اشترى الحصة ولم يدفع الثمن فيكون للبائع عليها حق امتياز البائع .

فإذا تمت القسمة ، فإن أعمال القاعدة التي تقرر أن كل شريك يحصل على نصيبه المرز الذي اختص به في القسمة خالصة من الحقوق التي رتبها غيره ، يشر مسألة مصير الحقوق

حصول المشتري على القيمة التي يملها وقد تزيد أو تنقص بعد البيع والعبء بالقيمة وقت الاستحقاق لأن البيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشتري للربح والخسارة ، أما القسمة فليست عقد مضاربة وإنما تراعى فيها المساواة بين المتقاسمين ولذلك تكون العبء عند تقدير ما يرجع به مستحق الضمان بقيمة الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق . والواقع أن كون القسمة ليست عقد مضاربة وإنما تراعى فيها المساواة التامة بين المتقاسمين لا يستتبع أن تكون العبء عند النظر في التعويض عند الاستحقاق بقيمة ما نقص من نصيب مستحق الضمان وقت القسمة ، ذلك أن المساواة التي يبنى أن تحققها القسمة هي المساواة وقت القسمة ، أما بعد تمام القسمة فقد تتغير قيم الأشياء التي اختص بها المتقاسمون كلها أو بعضها دون البعض ، وليس من العدل أن تتغير قيم الأشياء المقسومة بعد القسمة ثم يبقى لكل متقاسم نصيبه بقيته الحالية التي يحتمل أن تكون قد زادت أو نقصت ثم نعوض مستحق الضمان بالقيمة وقت القسمة ، فإذا افترضنا أن الأسعار قد ارتفعت بوجه عام فيضار المتقاسم الذي استحق نصيبه إذ يعوض على أساس قيمة الشيء قبل ارتفاع الأسعار ويحتفظ الآخرون بأنصابتهم بقيمتها المرتفعة ، والعكس هو صحيح إذا انخفضت الأسعار بوجه عام . كما يحتمل أن ترتفع قيمة بعض الأشياء دون البعض أو العكس وبالتالي يؤدي التعويض على أساس القيمة وقت القسمة إلى الأضرار بمستحق الضمان أو إلى إفادته . ولهذا قد يقال أن الأفضل تطبيق القاعدة المقررة بالنسبة للضمان في عقد البيع وحيث تكون العبء بقيمة الشيء الذي استحق وقت الاستحقاق ، وهذا هو ما قرره القانون اللبناني الذي نص في المادة ٩٤٨ على أن « يضمن كل من الشركاء المتقاسمين أنصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقاً للأحكام الموضوعة للبيع » ، ويكون وجه تفضيل هذا الحكم أنه بعد أن تتم القسمة - والمفروض أنها حقت المساواة وقت إبرامها - يتحمل كل متقاسم ما يطرأ على قيمة ما اختص به من نقص ويستفيد مما يطرأ عليها من زيادة .

وقد أثار المشروع أن يعمل على تقادي كل ما يترتب على الاستحقاق من إخلال بالمساواة بين المتقاسمين ، فأعطي أولاً لمن استحق نصيبه الحق في طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة بشرط أن يكون ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير ، فإذا لم يكن ممكناً ، كما لو كان المتقاسمون كلهم أو بعضهم قد أجرى تعديلات أو تحسينات فيما اختص به أو تصرف لغيره ، ففي هذه الحالة ، وكذلك حالة ما إذا لم يطلب مستحق الضمان الفسخ ، فلجأ إلى التعويض وهنا استحدث المشروع حكماً يحول دون الإخلال بما تهدف إليه القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين فقرر أن يكون التعويض على

يترتب عليه الضمان هو استحقاق ما وقع في نصيب الشريك مدعى الضمان ، وليس استحقاق المقوم كله أو حصة شائعة فيه كله ، فإذا حدث لواحد من المتقاسمين تعرض فله أن يطلب من بقية المتقاسمين المساهمة منه في دفع هذا التعرض ، فإذا كان التعرض يدعى ملكيته للمقوم كله أو حصة شائعة فيه ونجح في إثبات ما يدعيه ، فمقتضى القواعد العامة اعتبار القسمة باطلة لا أثر لها إلا أنها وقعت على مال غير مملوك للمتقاسمين وإنما لأنها تمت بين بعض الشركاء دون البعض الآخر . وهذا الحكم هو ما ورد في صدر المادة ١١٢ من المجلة إذ تقول : « شرط المقوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقوم بعد القسمة بطلت وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه وتبين حينئذ إعادة القسمة فيما بقي منه » . وهذا الفرض ليس هو الذي عرض له المشروع مكتتباً في شأنه بحكم القواعد العامة .

أما الفرض الذي عرضت له النصوص فهو أن يكون الاستحقاق خاصاً بما يقع في نصيب من يدعى الضمان ، وهنا لا تبطل القسمة لجرد أن المتقاسمين ادخلوا فيها ما ليس لهم ، وتكون في نطاق الالتزام بالضمان وإن كانت الجملة تقرر البطلان ليس فقط عند استحقاق المقوم كله أو حصة شائعة فيه كله بل كذلك إذا ظهر مستحق لمجموع حصة أحد المتقاسمين .

وقد عرضت المادة ٨٤٤ لضمان كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض واستحقاق لسبب سابق على القسمة ، وبعد أن قررت في الفقرة الأولى الالتزام بالضمان ، عرضت في الفقرة الثانية لأثر الاستحقاق فأعلنت لمن استحق نصيبه كله أو بعضه حق طلب الفسخ وإجراء قسمة جديدة إن كان ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير ، فإذا لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة لا يترتب عليها من ضرر ، كأن له أن يرجع على باقي المتقاسمين بمقدار ما نقص من نصيبه بسبب الاستحقاق على أساس قيمة الأموال المقسومة كلها وقت الاستحقاق . ويتحمل كل متقاسم ، مما يستحقه مدعى الضمان ، نسبة حصته فإن كان أحدهم معسراً وزع ما يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين . وفي هذا النص تجديد مخالف للفرع أكثر القوانين العربية ، فمعظم هذه القوانين تقصر أثر الاستحقاق في رجوع مستحق الضمان على غيره من المتقاسمين بالتعويض كل منهم بنسبة حصته على أن تكون العبء في تقدير الشيء بقيته وقت القسمة (المصري والسوري واليبي والصومالي والجزائري والعراقي والتونسي) . وتقدير الشيء بقيمته وقت القسمة يخالف القاعدة المقررة في ضمان الاستحقاق في عقد البيع حيث العبء في تقدير قيمة الشيء بوقت الاستحقاق . ويقال في تبرير الفرق في الحكم بين الضمان في البيع والضمان في القسمة أن الالتزام بالضمان في البيع يقوم على أساس ضرورة

شيء من نصيبه .

وقد حذا المشروع في الاخذ بحكم النص حذو القانون المصرى (٣/٨٤٤) والقوانين العربية الاخرى التي تأثرت به (السورى ، والليبي ، والتونسي) ، وذلك على خلاف بعض القوانين التي لم تأخذ بهذا الحكم (العراقى واللباني) .
(ثالثا) قسمة المهايأة :

بعد أن عرض المشروع للقسمة التي تؤدي الى انتهاء حالة الشبيوع ، عرض في المواد من ٨٤٣ الى ٨٤٦ لقسمة المهايأة ، التي لا تنه حالة الشبيوع وانما تنظم بطريقة خاصة كيفية انتفاع الشركاء بالمال الشائع . والمهايأة أما مكانية واما زمانية .

وقد عرض نص المادة ٨٤٣ للمهايأة المكانية ، وفيها يتفق الشركاء على تقسيم المال الشائع اجزاء ليتنفع كل شريك منهم بجزء في مقابل انتفاع غيره بالاجزاء الاخرى . والمهايأة في الانتفاع على هذا الوجه وسيلة مقبولة يتفادى بها الشركاء مشاكل ادارة المال الشائع . وما بقى الشبيوع قائما فلا بأس من أن تستمر المهايأة في الانتفاع لاية مدة . ولكن نظرا الى أنه لا يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشبيوع أى عدم طلب القسمة مدة تزيد على خمس سنين ، نص المشروع على أن الاتفاق على المهايأة لا يصح فيما زاد من مدته على خمس سنين وذلك حتى لا يحل الاتفاق على المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين محل الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشبيوع لهذه المدة .

والاتفاق على المهايأة يكون صحيحا ولو لم يتفق فيه على مدة . فاذا اتفق على مدة معينة ، في حدود خمس سنين ، انتهت القسمة باقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة الى أن ينه أحد الشركاء على الآخرين ، قبل انقضاء هذه المدة ، برغبته في الانهاء . أما اذا لم يتفق على مدة ، فتكون المدة بحكم القانون هي سنة ، وتمتد هذه المدة سنة فسنة الى ان ينه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما برغبته في انهاء القسمة ، فاذا حصل التنبيه انتهت القسمة بنهاية السنة .

واذا انتهت القسمة اما بانتهاء المدة المتفق عليها ، أو بنهاية السنة على الوجه السابق ، فقد يحدث مع ذلك أن يظل الشركاء على ما هم عليه كل منهم يتنفع بالجزء الذى اختص به دون أن يعترض أحدهم على ذلك خلال مدة معقولة ، فتكون القسمة قد تجددت بتجدد اضمينيا ، والتجدد الضمنى عقد جديد يتعقد بشروط العقد الذى انتهى ، فيما عدا أنه يكون غير محدد المدة فيسرى عليه حكم العقد الذى لم يتفق فيه على مدة أى تكون مدته سنة تمتد سنة فسنة الى أن ينه أحد الشركاء على الآخرين قبل انقضاء السنة الجارية بستين يوما برغبته في انهاء القسمة .

أساس قيمة الأموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق ، وهذا يعنى القيام بما يشبه ما يحدث لو كنا بصدد اجراء قسمة جديدة ، فنقوم الأموال المقسومة جميعا - بعد استبعاد ما استحق - ويحدد على ضوء ذلك قيمة ما يقض الشرك الذى استحق نصيبه ، ويموض بهذه القيمة ان كان نصيبه كله قد استحق أو بما يكمل ما بقى معه بعد الاستحقاق ان كان بعض نصيبه هو الذى استحق .

هذا وقد استحدثت المشروع القاعدة الواردة في المادة ٨٤١ ، ويبان ذلك أن نصوص التشريعات العربية تقصر الضمان على حالة ما اذا كان سبب الاستحقاق سابقا على القسمة ، وهى الحالة التي ورد حكمها في المادة السابقة ، (المصرى ، والسورى ، والليبي ، والعراقى ، والصومالى ، والجزائرى ، والتونسي ، والسودانى) في حين أن المعروف أن الضمان في البيع يشمل كذلك حاله ما اذا كان سبب الاستحقاق لاحقا للبيع اذا كان حق المستحق قد آل اليه من البائع . وربما كان السبب في عدم نص التشريعات العربية على مثل هذا الحكم بالنسبة للقسمة هو تصور واضعي النصوص ان حالة الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة غير ممكنة ، والواقع أنها ممكنة فاذا فرضنا أن احد المتقاسمين ، بعد القسمة التي لم تسجل ، قد باع الى الغير حصة شائعة في عقار الخصب به غيره من المتقاسمين تساوى ما كان للبائع في هذا العقار قبل القسمة ، ثم سجل المشتري عقد البيع ، فتنتقل اليه ملكية تلك الحصة الشائعة ، فاذا ما طالب بحقه فيعتبر هذا تعرضا للمتقاسم الذى اختص بالعقار في القسمة ، ويكون لهذا الاخير أن يرجع بالضمان على المتقاسم البائع وحده دون غيره من المتقاسمين . ولهذا نص المشروع على أن يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لاحق للقسمة يرجع الى فعله ، وجعل الرجوع في هذه الحالة بالتعويض عما نقص من نصيب مستحق الضمان مقدرا وقت الاستحقاق ، كما هي الحال في ضمان الاستحقاق في عقد البيع . ولما كنا في هذا الفرض بصدد ضمان عدم التعرض الشخصي فكل اتفاق على خلاف حكم النص يقع باطلا .

أما المادة ٨٤٢ فنعرض لحكم الاتفاق على عدم الضمان ، وهى تبدأ بتحفظ خاص بعدم الاخلال بما تقضى به المادة السابقة ، والمقصود هو بطلان كل اتفاق على خلاف ما يقضى به النص . ثم قضي النص بعد ذلك بأنه لا يكون للضمان محل في حالتين ، الحالة الاولى ، أن يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، فيجب أولا أن يكون الاتفاق صريحا ، ويجب ثانيا أن يكون الاتفاق خاصا بالاعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها فلا يكفي في ذلك شرط الاعفاء العام من الضمان . والحالة الثانية هي أن يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم الذى استحق

هذا ولم يأخذ المشروع بحكمين وردا في كل من القانون المصري (٢/٨٤٦م) والقوانين التي حذت حذوه (السوري ، والصومالي ، والجزائري) ، محتديا في ذلك حذو القانون العراقي والقانون الليبي والقانون السوداني والقانون التونسي والقانون الاردني ، والحكم الاول الذي لم يأخذ به المشروع هو أن المهايأة المكانية اذا دامت خمس عشرة سنة اقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، وهو حكم يقال في تبريره أن دوام المهايأة خمس عشرة سنة أكبر دليل على أن هذه المهايأة هي خير قسمة للمال الشائع ، وهو قول محل نظر فقد توجد اعتبارات تجعل الشركاء يشيئون القسمة باعتبارها مهايأة في الانتفاع دون أن يرضوها قسمة نهائية لاختلاف غاية كل من نوعي القسمة ، كما لو كان المقسوم مهايأة أرضا زراعية تستوى أجزاؤها في الجودة من حيث الاستغلال الزراعي ولكن بعض الاجزاء التي يزرعها أحدهم قد أصبحت قريبة من منطقة المائي فارتفع سعرها . والحكم الثاني الذي لم يأخذ به المشروع هو أنه اذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المسال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة ، وهذا في الواقع حكم غير مقبول ، خاصة اذا لوحظ أن بعض الشراح ، عند تفسير النص، قد قالوا أن الافتراض لا يقبل اثبات العكس . وحتى اذا كان يقبل اثبات العكس كما يقول البعض الآخر ، فالقرآن تبني على الغالب وليس الغالب أن تكون حيازة الشريك لجزء مفرز مستندة الى قسمة مهايأة .

والنوع الثاني من قسمة المهايأة هي المهايأة زامنا ، وقد عرض لها المشروع بنص المادة ٨٤٤ . وهي كالمهايأة مكانا ، لا تتم الا باتفاق الشركاء جميعا . وفيها يتفق الشركاء على أن يتنفع كل منهم بالمال الشائع كله لمدة معينة ثم يبدأ شريكه في الانتفاع به وهكذا بحيث تكون مدة انتفاع كل منهم متناسب مع حصته في الشيوع . وفي هذه القسمة لا بد من الاتفاق على المدة ، فاذا لم يتفق عليها كان العقد باطلا لان مدة انتفاع كل شريك والنسبة بينها وبين مدة انتفاع الآخر هي الامر الجوهرى في هذه القسمة .

وبعد أن عرض المشروع لنوعي المهايأة ، المكانية والزمانية، عرض بنص المادة ٨٤٥ لقسمة مهايأة تتم أثناء اجراءات القسمة النهائية ، وتتميز بمرين : الاول انها لا تخضع للقواعد الخاصة بالمدة وانما تستمر حتى تتم القسمة النهائية . والامر الثاني أن هذه القسمة يسكن - اذا لم يتفق عليها الشركاء - أن تتم بامر المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، وذلك على خلاف الاصل وهو أن المهايأة لا تكون الا باتفاق الشركاء جميعا عليها . وأخيرا يعرض نص المادة ٨٤٦ للقواعد التي تحكم قسمة المهايأة في غير ما ورد به نص في المواد ٨٤٣ و ٨٤٤ و ٨٤٥ .

ونظرا الى أن كلا من المتقاسمين يلتزم بمقتضى الاتفاق بتسكين غيره من الانتفاع اما بالجزء الذي يخصه ان كانت القسمة مكانية واما بكل المال الشائع ان كانت زمانية ، وذلك في مقابل أن يمكنه غيره من الانتفاع بالجزء الخاص به ، فهي تشبه الايجار بحيث يعتبر كل متقاسم في مركز يشبه مركز المؤجر والمستأجر في الوقت نفسه . ولهذا نص المشروع ، شأنه في ذلك شأن القوانين العربية الأخرى ، على أن تخضع المهايأة لاحكام عقد الايجار . وكل هذه القوانين ، وكذا المشروع ، أحالت على أحكام الايجار فيما يتعلق بالاهلية وحقوق والتزامات المتعاقدين وقد اكتفى القانون العراقي بذلك ، وزادت القوانين الأخرى الاحالة فيما يتعلق بالاثبات والاحتجاج على الغير ، وقد رأى المشروع الاحالة فيما يتعلق بالاحتجاج على الغير حماية لمن يشتري من أحد الشركاء حصته الشائعة مثله في هذا مثل من يشتري الشيء المؤجر من المؤجر . أما بالنسبة للاثبات فقد أتم المشروع أن يبقى خاضعا للقواعد العامة .

(دأبنا) الشيوع الاجباري :

يعرض نص المادة ٨٤٧ للمبدأ العام فيما يسمى الشيوع الاجباري وذلك ببيان الخاصة المميزة لهذا النوع من الشيوع وأهم أحكامه .

والخاصة المميزة هي أن الغرض الذي خصص له المال الشائع يتقضى أن يبقى شائعا ، ولهذا فاهم حكم يرتب هو أنه لا يجوز لاي شريك أن يطلب القسمة ، وهو حكم يصدق على كل صور الشيوع الاجباري ولهذا وضعه المشروع في النص الوحيد الذي يتناول الشيوع الاجباري بوجه عام . وبالإضافة الى الحكم الخاص بعدم جواز طلب القسمة ، فسلطة الشريك في التصرف في الحصة الشائعة لا بد أن تتأثر ، على نحو ما ، بالعرض الذي أعد له المال الشائع ، وان كان هذا التأثير ليس واحدا في جميع الصور ، فاذا كان الشيوع اجباري أصليا ، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء التي تخصص مستقلة لخدمة أو استعمال الشركاء على وجه الدوام مثل مدافن الاسرة وصورها ووثائقها ، فلا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته لاجنبى عن الشركاء الا بموافقتهم جميعا . وإذا كان الشيوع الاجباري تبعا ، وهو ما يتحقق بالنسبة للأشياء الشائعة التي تخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء ملكيات مفرزة ، مثل الطرق والأبواب والمساقى والمصارف التي تخصص لخدمة عقارات يملكها الشركاء ملكيات مفرزة ، فلا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته الا مع التصرف في العقار الذي تمتثل هذه الحصة من توابعه . ولهذا اكتفى النص ، في شأن التصرف في الحصة ، بالتقول أنه ليس للشريك أن يتصرف فيها تصرفا يتعارض مع الغرض الذي أعد له المال الشائع .

يفكر الافراد في تجزئة ملكية البناء الواحد يفكرون في الابنية الكبيرة ذات الوحدات المتعددة حتى يمكن الحصول على المسكن الملائم بنفقات معتدلة .

وقد صدر في الكويت القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطبقات والشقق ، الذي تأثر الى حد كبير بما ورد في القانون المدني المصري بخصوص ملكية الطبقات ، (المواد من ٨٥٦ الى ٨٦٩) ، والذي تأثر بدوره بالقانون الفرنسي الذي صدر سنة ١٩٣٨ . وقد حذا القانون الكويتي حذو القانون المصري في الجمع بين نظامين جد مختلفين ، النظام المستمد من القانون الفرنسي ، ونظام العلو والسفل المستمد من الفقه الاسلامي ، فبينما نجد التنظيم التشريعي يقوم بوجه عام على أساس تعدد الملكيات المفترزة ووجود أجزاء مشتركة أى مملوكة على الشيوع ، نجد المواد ٦ و ٧ و ٨ (وتقابل المواد ٨٥٩ و ٨٦٠ و ٨٦١ في القانون المصري تأخذ بأحكام مستمدة من الفقه الاسلامي في شأن ملكية السفل والعلو وتفترض على صاحب السفل التزاما بالقيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو (م ٦) و التزاما باعادة بناء سفله اذا تهدم البناء (م ٧) وتفرض على صاحب العلو التزاما بالا يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل (م ٨) . وهذه الاحكام تواجه في الواقع صورة خاصة للملكية الطبقات تختلف عن الصورة التي تواجهها النصوص الاخرى في القانون ولا يمكن تطبيق نوعي الاحكام بالنسبة لبناء واحد بحيث يسكن القول بأن ثمة خطأ يجب تصديقه . واذا كان القانون الكويتي قد تأثر في هذا الخلط بقوانين البلاد العربية التي وضعت مس قبل ، وأولها القانون المصري ، فقد نبه شراح القانون المصري الى اختلاف النظامين وتناولوا بالشرح أحكام كل نظام على حدة .

وتفاديا لهذا الخلط أثر المشروع في تنظيمه للملكية الطبقات وحيث توجد الاجزاء المشتركة ، الاقتصار على النظام الخاص بالصورة الغالبة في الوقت الحالي لئلا يمتدح المبادئ الكبيرة .

وقد بدأ المشروع النصوص المنظمة للملكية الطبقات بنص المادة ٨٤٨ التي تحدد الملكية التي تسرى عليها تلك النصوص ، ففقطا لوجود نظامين للملكية الطبقات ، الاول هو الذي يعرض له المشروع هنا مع احكام الملكية الشائعة ، والثاني هو نظام العلو والسفل المستمد من فقه الشريعة الاسلامية ، بدأ المشروع بتحديد مجال تطبيق النصوص الخاصة بملكية الطبقات والشقق فذكر انها تسرى على كل بناء أو مجموعة ابنية لعدة أشخاص كل منهم يملك جزءا مفترزا وحصص شائعة في الاجزاء المشتركة .

وتحديد مجال تطبيق النصوص على هذا الوجه هو الذي يميز ملكية الطبقات والشقق التي تحكمها نصوص المواد ٨٤٨

وبعد هذا النص العام ، عرض المشروع لتنظيم ملكية الطبقات والشقق ، حيث يوجد فيها أهم صورة من صور الشيوع الاجباري وهي ملكية الاجزاء المشتركة . (خاصا) ملكية الطبقات والشقق :

نظام ملكية الطبقات ، أو ملكية الطبقات والشقق ، على النحو الذي تناولوه المشروع في المواد ٨٤٨ وما بعدها نظام حديث نسبيا في قوانين الدول التي عنيت بتنظيمه . وقد أخذ في الانتشار في كثير من الدول لما يحققه من مزايا ، ففي العصر الحديث حيث كثرت الابنية الكبيرة التي تحتوي كل منها على عدد كبير من الوحدات السكنية ، نجد هذا النظام يوفق بين اعتبارين ابرزت ظروف العصر تعارضهما : الاعتبار الاول هو ميل الانسان الى التملك وبخاصة بالنسبة لسكنه حتى يشعر بشيء من الاستقرار ويهيئ مسكنه على النحو الذي يرضيه . والاعتبار الثاني هو عدم قدرة كثير من الأشخاص ، وبخاصة من أبناء الطبقة المتوسطة ، على تملك منزل خاص مستقل المالك بملكيته وحده ، أو عدم قدرته على تملك منزل مستقل تتوفر فيه المزايا التي تتوفر في شقة في بناء كبير .

والتوفيق بين هذين الاعتبارين ، وجد نظام ملكية الطبقات والشقق ، الذي يقوم أساسا على أن يملك عدة اشخاص بناء ، كل منهم يملك فيه جزءا محددًا ملكية مفترزة ، أي ملكية يستقل بها ، سواء كان هذا الجزء هو طبقة بأكملها في البناء أو جزءا من طبقة ، غالبًا ما يكون شقة هي وحدة سكنية متكاملة ، وقد يكون الجزء دكانا سواء في الطابق الارضى أو في طابق علوى ، ويمكن أن نصلح على التعبير عن الجزء من الطبقة بمصطلح (شقة) . وبالتالي ملكية الطبقة أو الشقة يمتلك مالكيها حصص شائعة في اجزاء اخرى من البناء هي الاجزاء المشتركة .

وبهذا يختلف نظام ملكية الطبقات والشقق ، اختلافا جوهريا ، عن نظام السفل والعلو ، أو حق التملك ، الذي عرض له فقهاء الشريعة الاسلامية ، وحيث يمتلك شخص سفل البناء والارض المقام عليها ، ويمتلك آخر علوه ، كل منهما يملك ملكية مفترزة ، ولا توجد أجزاء شائعة لا في الارض ولا في البناء . ويكون مالكي العلو حق القرار ، أو حق التملك ، على السفل ، وهو ما يستتبع التزام صاحب السفل بالتزامات معينة تصمد السى تسكين صاحب العلو من الافادة من ملكه ، والتزام صاحب العلو بالتزامات اخرى تهدف الى عدم الاضرار بالسفل . ويتبين من الاحكام التي ذكرها فقهاء الشريعة الاسلامية ان نظام السفل والعلو ، واخذت بها بعض قوانين البلاد العربية انها تواجه صورة خاصة للملكية هي البناء الصغير الذي يتكون من طابقتين فقط وكل طابق يتكون من مسكن واحد . وهذه الصورة أصبحت في الوقت الحالي تادرة ، فالغالب أنه عندما

(أ) الأرض المقام عليها البناء والافنية والمرات الخارجية والعتائق ومواقف السيارات، وكلها أجزاء الأرض التي يشترك فيها جميع الملاك .

(ب) أساسات البناء والاسقف والاعدة المعدة لحملها وانجدران الرئيسية، وهذه هي الأجزاء التي يصدق عليها ميار هيكل البناء .

(ج) المداخل والمرات الداخلية والسلام والمساعد، وهذه يصدق عليها ميار أجزاء البناء غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك .

(د) الاماكن المخصصة للحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء مثل حجرة المدير أو عامل التليفون أو حجرات عمال النظافة ... الخ . وهي مما يصدق عليه الميار السابق .

(هـ) الاماكن المخصصة للخدمات المشتركة مثل الاماكن المخصصة لوضع الاجهزة العامة للتكييف المركزي أو المفاتيح العامة للكهرباء، وحجرات غسل الملابس المشتركة الى غير ذلك .

(و) وأخيراً - كل انواع الانابيب والاجهزة الا ما كان منها داخل الأجزاء المفزعة وتقتصر منفعتها على ملاك هذه الأجزاء . وقد حرص المشروع عندما استبعد الانابيب والاجهزة التي تكون داخل الأجزاء المفزعة أن يفيد ما يستبعد منها بأن تكون منفعتها مقصورة على ملاك الأجزاء المفزعة الموجودة فيها ، ذلك أنه يمكن ان تقتضي الاعتبارات الفنية ان تمر بعض الانابيب المشتركة داخل شقة أحد الملاك ولا يحول ذلك دون كونها مشتركة .

وهذا التحديد للأجزاء المشتركة هو الاصل ، ويمكن أن يتفق على خلافه كما لو بني شخص البناء وبدأ في تملكه طبقات أو شقق واحتفظ لنفسه بملكية الأرض كلها أو بملكية جزء من الفناء أو الحديقة ليتسكن من أن يبني فيه بناء آخر ، ولهذا نص المشروع في آخر النص على جواز أن تتضمن سندات الملك ما يخالف ما ورد بالنص .

والاصل في الأجزاء المشتركة ان تكون مملوكة على الشيوع لجميع الملاك ، ولكن نظرا الى أن بعض الأجزاء التي يصدق عليها وصف الأجزاء المشتركة وفقا لنص المادة ٨٤٩ تقتصر منفعتها على بعض الملاك دون البعض الآخر ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٥٠ على أن تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك . وقصر منفعة بعض الأجزاء على بعض الملاك دون غيرهم قد يتم بالاتفاق فقد يتفق على أن يكون احد مداخل المبنى وجزءا من الفناء أو الحديقة مقصورة على أصحاب الشقق الموجودة في الطابق الأرضي . كما قد يكون اقتصارمنفعة بعض الأجزاء على بعض الملاك مما يفرضه وضع هذه الأجزاء ، وقد نصت الفقرة الثانية من النص تطبيقا لذلك ، على أن تكون

وما بعدها من نظام العلو والسفل . ولهذا يجب ، تمهيدا لتحديد النصوص الواجبة التطبيق ، معرفة ما انصرفت اليه ارادة ذوى الشأن، فإن كانت قد انصرفت الى اشتراك مالك الطبقة أو الشقة في ملكية الأجزاء المشتركة ، كلها أو بعضها ، وجب تطبيق نصوص ملكية الطبقات والشقق . وإن كانت قد انصرفت الى الاقتصار على ملكية جزء مفزعة دون الاشتراك في ملكية الأرض أو الأجزاء المشتركة الأخرى ، كنا يصدق حق القرار أو حق التملكي ، وهو حق ارتفاع ، فيجب تطبيق أحكام حق الارتفاع .

هذا وقد روعي في النص على بناء أو « مجموعة أبنية » أنه قد يحدث ان تقام على أرض واحدة عدة أبنية منفصلة بمرافق مشتركة وإدارة مشتركة بحيث يكون مجموعها وحدة متكاملة ولم يكن الفصل بين كل بناء وغيره الا اعتبارات تتعلق بفس البناء نفسه .

ونظرا الى أنه قد يفصل ذوو الشأن الاتفاق على تملك من يملك جزءا مفزعا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة ، وضع المشروع في الفقرة الثانية من النص قرينة بسيطة فنص على أن من يملك جزءا مفزعا يعتبر مالكا حصة شائعة في الأجزاء المشتركة ما لم يثبت خلافه .

ثم عرض المشروع بنصوص المواد من ٨٤٩ الى ٨٥٢ لتحديد الأجزاء المشتركة ومقدار حصة كل شريك فيها ، والاحكام المترتبة على وضعها الخاص باعتبارها شائعة شيوعا اجباريا لتبعيتها لملكية الأجزاء المملوكة ملكية مفزعة .

فعرض المشروع في المادة ٨٤٩ لبيان ما تشمل الأجزاء المشتركة ، ووضع في ذلك ثلاثة ضوابط أو معايير عامة ، ثم ذكر بصفة خاصة أهم الأجزاء التي تصدق عليها . والضوابط أو المعايير الثلاثة هي : الأرض ، وهيكل البناء ، وأجزاء البناء وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك . والمشروع في هذا يختلف عن القانون الكويتي الحالي (م ١/٣) من قانون (١٩٧٦) الذي يضع بالإضافة الى الأرض معيارا واحدا كما هي الحال في القانون المصري (م ١/٨٥٦) من القانون المدني) والقوانين العربية الأخرى التي نقلت عنه ، هو معيار « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » ، فهذا المعيار لا يجمع كل الأجزاء المشتركة ، فهو لا يصدق مثلا على أجزاء هيكل البناء كالاسقف والاعدة البعيدة عن الجزء الذي يملكه الشريك مفزعا ، كما لا يصدق بمعناه الحرفي على الأجزاء المشتركة المعدة لاستعمال الحراس وغيرهم من العاملين في خدمة البناء .

وبعد أن ذكر النص المعايير التي تمكن في مجموعها من تحديد ما يدخل في الأجزاء المشتركة ، ذكر بوجه خاص ، أي ليس على سبيل الحصر ، ما تصدق عليه تلك المعايير وهي :

ومن ناحية أخرى فالغرض من جعل المشتركة مملوكة على الشيوع لملك الاجزاء المفروزة هو تمكين هؤلاء الملك من الانتفاع بما يملكون ، الامر الذي يقتضى التلازم بين ملكية الاجزاء المفروزة والاشتراك في الاجزاء المشتركة ، ويترتب على ذلك حكمان قررهما نص المشروع ، بعد أن قرر الحكم الخاص بعدم جواز طلب القسمة . الحكم الاول أنه لا يجوز لملك أن يتصرف في حصته في الاجزاء المشتركة مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا ، وهو الحكم الذي قرره الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الكويتي الصادر سنة ١٩٧٦ وقرره من قبل القانون المدني المصري (م ٥٥٦) والقوانين العربية التي استمدت منه . والحكم الثاني هو أنه اذا تصرف مالك في الجزء الذي يملكه مفرزا ، سواء كان التصرف نافلا لملك أو غير ذلك من التصرفات كالرهن مثلا ، فتدخل حصة المتصرف في الاجزاء المشتركة بقوة القانون فيما يشمله التصرف . وهذا الحكم الأخير لم ينص عليه القانون الكويتي ، كما لم ينص عليه القانون المصري ولا القوانين التي استمدت منه ، ولكنه مع ذلك مسلم ويمكن تخريجه على أساس أن الحصص الشائعة في الاجزاء المشتركة تعتبر من ملحقات الجزء المقرن المتصرف فيه ، وقد آثر المشروع النص عليه صراحة .

وبعد الأحكام الخاصة بتحديد الاجزاء المشتركة ، وحصص كل شريك فيها ، والأحكام الخاصة بملكية هذه الاجزاء ، بدأ المشروع في تنظيم كيفية الانتفاع بالعقار وادارته ، وحق كل شريك في التصرف فيما يملك .

فبدأ في المادة ٥٥٣ بالنظام الاتفاقي لملكية الطبقات والشقق . والقانون الحالي في الكويت ينص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة على أن « يضع جميع أعضاء الاتحاد نظاما له ولحسن ادارة العقار والانتفاع به . فإذا وافقت أغلبية أصحاب الأنصبة في المقار المشتركة على نظام ، واعترض بعض المالك عليه ، فللقاضي بناء على طلب الأغلبية اقراره ، ويكون نافذا في حق الجميع » . فالأصل هو ضرورة موافقة جميع المالك على النظام ، فإذا لم يوافق الجميع فلا يوجد النظام ويكون نافذا في حق الجميع الا بموافقة الأغلبية واقرار المحكمة . فضاء المشروع وجعل وضع النظام من سلطة أغلبية خاصة هي من يملكون ثلاثة أرباع الأنصبة دون حاجة الى اقرار المحكمة .

ولتفادي ما قد يحدث من وضع قيود ، في النظام الاتفاقي ، على الملكية تفندها كثيرا من مزايها ، ونظرا الى أن الرغب في التملك قد يقبل ما يرد في النظام المعد من قبل لشدة حرصه على التملك أو لعدم تقديره لمدى القيود الواردة في النظام على الملكية ، نظرا لهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على أنه لا يجوز أن تفرض في النظام قيود على ملكية الاجزاء المفروزة

الحواجز الفاصلة بين جزئين من اجزاء الطبقة ملكا مشتركا لملكها .

وبعد بيان الاجزاء المشتركة في المادتين ٥٤٩ و ٥٥٠ عرض المشروع في المادة ٥٥١ لبيان مقدار حصص كل شريك في تلك الاجزاء . والمبدأ الذي قرره المشروع في هذا الخصوص ، هو الوارد في المادة الثالثة من القانون الكويتي ، وهو أن يكون نصيب كل مالك في الاجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا . ولكن بينما اقتصر نص القانون الحالي على بيان هذا المبدأ كما فعل من قبل القانون المصري والقوانين العربية التي تأثرت به ، حسم المشروع المسائل التي يثيرها تطبيق هذا المبدأ واختلقت في شأنها الآراء .

والمسألة الاولى هي الاساس الذي يبنى عليه تقدير قيمة كل جزء من الاجزاء المفروزة ، فهل يعتد بكل ما يؤثر في قيمة هذا الجزء أم تقف عند بعض الاعتبارات دون البعض الآخر ؟ أخذ المشروع بأن تكون العبرة بالمساحة والموقع ، وبالتالي لا يدخل في الاعتبار عند التقدير ما قد تميز به شقة عن غيرها من الشقق بسبب ما يوجد بداخلها من أشياء مرتفعة القيمة كأنواع جيدة من الاخشاب أو الادوات الصحية أو بوجه عام أعمال الزينة (الديكور) .

والمسألة الثانية هي الوقت الذي يعتد به عند تقدير القيمة ، هل هو وقت انشاء المبنى أم الوقت الذي يثور فيه النزاع حول التقدير ، فقد يعتد بمعد انشاء المبنى أن تتغير الظروف المحيطة به فتتغير قيمة بعض الاجزاء زيادة أو نقصا ، كأن يتحول الشارع الى شارع تجاري . وقد أثارت هذه المسألة خلافا في الرأي سواء في فرنسا أو في مصر ، وأخذ المشروع بالرأي القائل أن العبرة بالقيمة وقت الانشاء .

وبهذين القيدين ، تحديد القيمة على أساس المساحة والموقع دون اعتداد بما يوجد من تحسينات داخل الجزء المفروز ، وان تكون العبرة في التحديد بوقت انشاء البناء ، تستمر نسبة ما يملكه كل شريك في الاجزاء المشتركة فلا يعاد النظر فيها كلما حدث تغيير في الظروف المحيطة بالمبنى أو فيما يوجد داخل الشقة .

وبعد تحديد الاجزاء المشتركة ، وحصص كل شريك فيها ، عرض المشروع في المادة ٥٥٢ للأحكام الخاصة بملكية هذه الاجزاء المترتبة على وضعها الخاص باعتبارها شائعة شيوعا اجباريا لتبنيها المملوكة ملكية مفروزة .

وأول مظاهر الاجبار على البقاء في الشيوع هو عدم جواز طلب قسمة الاجزاء المشتركة لأنها مخصصة لاغراض تقتضى بقاءها شائعة ، وهذا ما نص عليه المشروع في صدر النص .

فيترتب على ذلك أن يتقيد استعمال المالك أو اتفاهم بوجه عام بالقيود التي تتفق مع هذه التبعة . وهذه القيود هي :

أولا ، أن يكون استعمال الشريك جزءا من الأجزاء المشتركة في سبيل اتفاهه بما يملكه مفرزا ، فلا يجوز للشريك في المنزل مثلا أن يستعمل الجزء المخصص من الفناء لوقوف السيارات بوضع السيارات الخاصة بمتجره أو مصنعه وخصوصا إذا كانت

من سيارات نقل البضائع . ويتقيد استعمال الشريك للأجزاء المشتركة ثانيا بأن يكون فيما خصصت له تلك الأجزاء ، فلا يجوز للشريك مثلا أن يستعمل المدخل أو المرات أو السلم أو الفناء

ع عرض منتجاته أو بضائمه حتى ولو كان الجزء الذي يملكه مفرزا مخصصا للتجارة ، هذا إذا كان هناك اتفاق على خلاف ذلك . وأخيرا يتقيد استعمال الشريك للأجزاء المشتركة بوجود

مراعاة حقوق غيره من الشركاء ، فنظرا إلى أن لكل شريك ما لغيره من حق استعمال الأجزاء المشتركة ، فيجب ألا يكون من شأن استعمال أحدهم حرمان غيره من الاستعمال أو عقلة هذا الاستعمال على نحو يجعل بعض الشركاء أكثر انتفاعا من غيره ،

وانما يجب تحقيق التوازن بين حقوق الجميع . وقد أقر المشروع أن يستبدل بمبارة « على ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم » الواردة في المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٧٦ ، وفي

المادة ١/٨٥٧ من القانون المصري والقوانين العربية التي قلقت عنها ، آثر أن يستبدل بتلك العبارة عبارة « مع مراعاة حقوق غيره من المالك » لأن العبارة الأولى تقيد أن كل ما يتقيد به

استعمال الشريك هو ألا يحول هذا الاستعمال دون استعمال الآخرين لحقوقهم ، في حين أن التقيد المطلوب أكثر من ذلك ، إذ يجب ألا يصل الاستعمال إلى حد فيه شيء من الطغيان على

حقوق الآخرين ، وهي حقوق متساوية مع حق الشريك الذي يباشر الاستعمال ، حتى ولو لم يصل الأمر إلى حد الحيلولة دون استعمال الآخرين . وبناء على هذا القيد ، إذا كان الاستعمال المشترك يمكن أن يتحقق للشركاء جميعا في وقت واحد دون تعارض إذا روعيت فيه درجة من العناية فيجب على كل شريك أن يلتزم هذه الدرجة من العناية . وإذا كان استعمال الجميع في وقت واحد متعمدا ويقتضي الأمر أن يتناوب الشركاء في الاستعمال كما هي الحال لو وجدت غرفة مشتركة لتسليم الملابس . فيجب أن يتيح كل مالك لغيره فرصة متكافئة في الاستعمال على الوجه المألوف .

أما المادة ٨٥٦ فتعرض لحق الشريك في أن يحدث تعديلا في الأجزاء المشتركة على ثقته هو . ويتضمن النص حكما يوفق بين مصلحة الشريك الذي يرغب في أحداث التعديل من جهة ، ومصالح غيره من الشركاء من جهة أخرى . فالأصل وفقا للقواعد

العامّة أن الشريك في الشيوع ليس له أن يحدث تعديلا في الشيء الشائع ، وانما يكون التعديل من سلطة الشركاء مجتمعين أو بموافقة الأغلبية . ولكن قد يرغب شريك في إجراء تعديل

أو المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها ، وهو الحكم الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٥ ، وهذا يعني أن كل قيد ليس له ما يبرره يعتبر كأن لم يكن ، ولكل مالك حتى ولو كان قد وافق على النظام أن يطلب إلى القضاء اعتبار الشرط المتضمن هذا القيد باطلا .

ثم عرض المشروع بالمواد من ٨٥٤ إلى ٨٥٨ لسلطات المالك وواجباته سواء بالنسبة لما يملكه مفرزا أو بالنسبة للأجزاء المشتركة .

فالمادة ٨٥٤ تعرض لسلطات المالك على الجزء الذي يملكه مفرزا ، وطبقه كان أو شقة . فتقرر أولا المبدأ العام في حق المالك في التصرف فيما يملك شأنه في ذلك شأن أي مالك . وإطلاق النص في هذا الخصوص يفيد أن للمالك أن يتصرف سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا ، وله أن يتصرف لمن يشاء سواء كان المتصرف إليه من المالك الآخرين أو من غيرهم . وله أن يتصرف فيما يملكه كله تصرفا واحدا كما له أن يجزئ الطبقة

أو الشقة ويتصرف في جزء ويستبقى الجزء الآخر أو يتصرف فيه لغير المتصرف إليه الأول . وللمالك أن يتصرف تصرفا ناقلا للملك أو غير ذلك من التصرفات كأن يرتب على ما يملك حق انتفاع أو يرهنه .

ولكن ليس ثمة ما يمنع المالك من الاتفاق مقدما ، في نظام الملكية الاتفاقي ، على تقيد حرية المالك في التصرف وذلك في الحدود التي يصح فيها مثل هذا الاتفاق وفقا للقواعد العامة ومع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٨٥٣ من المشروع .

فلمن أن ينتقوا مثلا على أنه لا يجوز لأي منهم أن يقسم طبقته أو شقته إلى أجزاء يتصرف في كل جزء منها لشخص ، ويكون الباعث على مثل هذا الاتفاق هو الاحتفاظ بمستوى معين للسكنى والحد من عدد الأشخاص الذين ينتفعون به . وتكون بصد

حق ارتفاق مقرر على كل طابق أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى . فيخضع لأحكام حق الارتفاق وبخاصة من حيث أنه لا يشترط له مدة .

كما عرض النص نفسه لسلطات الاستعمال والاستغلال بالنسبة للجزء المفرز مع التخصيص المتفق عليه في نظام الملكية الاتفاقي أو مع ما أعده له . فإذا كانت الشقة مثلا مخصصة للسكنى ، فلا يجوز للمالك أن يباشر فيها هو أو من يستأجرها

منه تجارة أو حرفة . ثم عرض المشروع في المادتين ٨٥٥ و ٨٥٦ لسلطات المالك على الأجزاء المشتركة ، فنص في المادة ٨٥٥ على أن لكل مالك - في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه مفرزا - أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من المالك . فنظرا إلى أن هذه الأجزاء مملوكة على الشيوع بالتبعة

لملكية الأجزاء المفرزة ، ولتسكين المالك من الانتفاع بهذه الأجزاء ،

أو طلاء النوافذ بألوان تتناوب مع المظهر الخارجي للبناء وتشوه مظهره .

وأخيراً عرض المشروع في المادة ٨٥٨ للنفقات المشتركة ومقدار ما يتحمله كل مالك منها ، وهذه من أهم المسائل التي يشرها نظام ملكية الطبقات والشقق .

والقانون الحالي ، أي قانون سنة ١٩٧٦ ، ينص في المادة الخامسة منه على أن يشترك كل مالك في تكاليف حفظ الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك . كما نص في الفقرة الثانية من النص على أنه لا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الاجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر . وهو حكم مأخوذ من القانون المصري (٨٥٨ م) الذي أخذه بدوره من المادة ٢/٦ من القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٣٨ .

وقد لوحظ ، بحق ، في فرنسا أن توزيع النفقات المشتركة كلها بنسبة ما يملكه كل شريك يتناقض مع العدالة بالنسبة لبعض النفقات ، فقبل مالك أنه ليس من العادل في الاجزاء صاحب الشقة الموجودة في الدور الارضي أو في دور مسن الادوار المنخفضة مع صاحب الشقة الموجودة في دور مسن الادوار العليا في تحمل نسبة من تكاليف تشغيل المصعد ، او ان يشترك صاحب جراج ليس فيه تكييف مركزي في النفقات المشتركة للتكييف . وكان علاج هذا ، في ظل قانون سنة ١٩٣٨ ، هو الاتفاق على خلاف القاعدة التي نص عليها القانون ، والتي كانت تسمح بالاتفاق المخالف .

ثم جاء قانون سنة ١٩٦٥ وقرر قاعدة آمرة ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها ، وتفرق بين نوعين من النفقات ، النوع الاول هو نفقات حفظ وصيانة وادارة الاجزاء المشتركة ، ونوزع على المالك بنسبة حصة كل منهم في هذه الاجزاء . والنوع الثاني هو النفقات التي تستلزمها الخدمات المشتركة والجهزة والادوات المشتركة ، وهذه توزع بنسبة ما يعود من الخدمات أو الاجزة والادوات من منفعة على كل طابق أو شقة . وقد حذا القانون الجزائري حذو القانون الفرنسي في الاخذ بهذه التفرقة بين نوعي النفقات .

ويرغم ما لوحظ ، بحق ، في فرنسا من أن التفرقة بين نوعي النفقات ليست بالدرجة من الانضباط الذي يمنع التردد في اعتبار نفقة معينة من النوع الاول أو من النوع الثاني ، برغم هذا أثر المشروع أن يسير في اتجاه القانون الفرنسي من حيث عدم التسوية بين كل النفقات وذلك سيما الى تحقيق العدالة بقدر الامكان ، فاستوحى نص المادة ٨٥٨ بقفرتها من نص المادة العاشرة من القانون الفرنسي مع شيء من التعديل .

ما يراه محققاً لمصلحته ، وفي الوقت نفسه لا يقبل الآخرون أو الأغلبية التي يعطيها القانون سلطة اجراء هذا التعديل ، لا يقبلون اجراءه على نفقة الجميع . فإذا بلغت درجة حرص الشريك الراغب في اجراء التعديل الى حد أن يقبل القيام به على نفقته وحده ولم يكن من شأن اجراء هذا التعديل المساس بمصالح الشركاء الآخرين ، فلا مبرر لحرمان الشريك الراغب في التعديل من اجرائه .

وللتوفيق بين المصالح ، قيد النص حق الشريك في اجراء التعديل ، بالإضافة الى كونه على نفقته خو ، بقيود ثلاثة : الاول أن يكون من شأن التعديل تحسين استعمال الجزء أو الاجزاء التي يحدث فيها ، والثاني ألا يترتب على التعديل تغيير في تخصيص تلك الاجزاء والثالث ألا يترتب عليه ضرر لباقي الملاك ، وبناء على هذا ، يجوز للشريك ، مثلاً ، أن يستبدل بانابيب المياه الموجودة خارج شقته ، وهي مشتركة ، بانابيب أوسع حتى تصل المياه الى شقته الموجودة في الادوار العليا على نحو أفضل . كما يجوز للشريك أن يضيف الى المصعد جهازاً يرفع من مستوى أداء وظيفته ، وكذلك للشريك أن يستبدل ببلاط مدخل المبنى نوعاً أفضل يسهل تنظيفه .

وإذا كان اجراء التعديل بالشروط الواردة في النص من حق الشريك ، فهذا لا يعني أن له أن يباشر اجراء التعديل دون إذن ، فنظراً لتعلق حق الشركاء الآخرين بالجزء المشترك الذي يراد اجراء التعديل فيه ، ولتقدير ما اذا كانت الشروط التي يلزم توافرها لاجراء التعديل متحققته أم لا ، نظراً لهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على ضرورة حصول المالك الذي يرغب في اجراء التعديل قبل احداثه ، على إذن أغلبية الملاك التي يدخل في سلطتها اجراء مثله ، أي أنه يلزم موافقة من يملكون ثلاثة أرباع الحصص ان لم يوجد اتحاد للملاك ، أو موافقة الجمعية العمومية لاتحاد الملاك بأغلبية أصوات جميع الأعضاء (٨٦٧م من المشروع) . فإذا لم توافق الأغلبية على التصريح للمالك الذي يرغب في احداث التعديل ، كان له أن يطالب من المحكمة الاذن له باجرائه .

وعرض المشروع في المادة ٨٥٧ لمنع كل مالك من أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة البناء أو يغير من شكله أو مظهره الخارجي ، وهو الحكم الوارد في المادة ٣/٤ من قانون سنة ١٩٧٦ ، وهو حكم عام يصدر على كل عمل سواء في الجزء الذي يملكه الشريك مفزراً أو في الاجزاء المشتركة . فلا يجوز للشريك مثلاً أن يضع في شقته أشياء ثقيلة الوزن الى الحد الذي يزيد عن المتاد ويهدد سلامة السقف ، أو يضع في الجزء الذي يملكه آلات يترتب على تشغيلها سلامة هيكل البناء ، ولا يجوز لصاحب الشقة طلاء الحوائط من الخارج

كل شعور بالظلم ، فإن الطريقة المنصوص عليها أكثر عدالة من توزيع النفقات جميعا على أساس حصة كل مالك في الاجزاء المشتركة .

ويعرض نص المادة ٥٥٩ لاتحاد الملاك من حيث وجوده أو عدم وجوده والقانون الكويتي الحالي قد حذا حذو القانون المصري والقوانين العربية الاخرى التي تأثرت به (السوري والليبي والاردني) من حيث أنه جعل تكوين الاتحاد جزائيا للمالك . أما القانون التونسي والقانون الجزائري فقد أخذ بحكم القانون الفرنسي الذي يقرر وجود الاتحاد بقوة القانون بمجرد وجود ملكية الطبقات أو الشقق .

وقد آثر المشروع الإبقاء على حكم القانون الكويتي الحالي ، أي قانون ١٩٧٦ من حيث جعل تكوين الاتحاد جزائيا في جميع الاحوال ، ولكن تمشيا مع الاتجاه العام في الملكية الشائعة حيث تكفي الاغلبية للقيام بأعمال الإدارة ، نص المشروع في الفقرة الأولى من المادة ٥٥٩ على أنه يعوز للملاك ، بأغلبية الانصبة أن يكونوا اتحادا لإدارة العقار وضمان حسن الانتفاع به ، وذلك على خلاف نص القانون الحالي الذي أطلق العبارة فقال « حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طوابق أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لإدارة العقار المشترك » ، مما يقتضي أن يلزم موافقة جميع الملاك على تكوين الاتحاد .

وعرضت الفقرة الثانية من النص للشخصية الاعتبارية للاتحاد فقررت صراحة أن يكون للاتحاد شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه . وتسمح الاتحاد بالشخصية وإن لم يكن منصوبا عليه في القانون الكويتي الحالي فهو يستخلص من نصوص هذا القانون ، ومن ذلك فعلا نص الفقرة الثانية من المادة ١٣ التي تقول « ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة المالك إذا اقتضى الامر » ، وهو ما يدل على أن الاتحاد له حق التقاضي ويمثله في ذلك المأمور . وقد كانت شخصية اتحاد الملاك محل خلاف في فرنسا في ظل قانون سنة ١٩٣٨ الذي لم ينص عليها صراحة وساد الرأي القائل بوجود الشخصية ، كما أن التسليم بوجود الشخصية هو الرأي السائد في القانون المصري رغم عدم النص على ذلك صراحة . والواقع أن اتحاد الملاك يفقد أهم دواعي وجوده اذا لم يترف له بالشخصية . وفيما يتعلق بالوقت الذي تثبت فيه الشخصية نص المشروع صراحة على أن يكون ذلك من تاريخ شهر الاتفاق على تكوين الاتحاد ، وذلك على أساس الربط بين وجود الشخصية والوقت الذي متاح فيه الفرصة للغير أن يملئوا بوجود الاتحاد .

ونصت الفقرة الثالثة على أن ينظم شهر الاتفاق على تكوين الاتحاد بقرار من وزير العدل .

فنصت الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ على أن شقق حنفل الاجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل بنسبة حصته في تلك الاجزاء . وهو حكم يتفق مع الحكم الوارد في المادة الخامسة من القانون الكويتي الحالي والمادة ٥٥٨ مصرى والقوانين العربية التي تأثرت به ، فيما عدا أن المشروع لم ينص على جواز الاتفاق على خلاف ما قرره النص . ويدخل في نطاق هذه النفقات ، على سبيل المثال ، نفقات نظافة الافنية والمداخل والسلام وواجهة المبنى ، وصيانة الانابيب المشتركة ، وأجور مسن يتولسون الإدارة والحراسة وانقضاء التأمين على الاجزاء المشتركة وما يفتق على الإدارة من مكاتب واجتماعات ... الخ .

ثم نصت الفقرة الثانية من النص على أنه : « ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة التي تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها فتفاوت واضحا توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة » . وقد استرشد المشروع في صياغة هذه الفقرة بالفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون الفرنسي والفقرة الأولى من المادة ٧٥٠ جزائري مع شيء من التعديل قصد به إبراز التكررة الاساسية التي تبرر توزيع النفقات بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة ، وليس بنسبة حصة كل مالك في الاجزاء المشتركة ، وذلك بالنص على أن الخدمات المشتركة التي توزع نفقاتها على هذا الاساس هي التي « تخص بعض الملاك أو يتفاوت الانتفاع بها فتفاوت واضحا » . ويدخل في هذه النفقات نفقات تصميب المصعد ، والنفقات المشتركة للتكييف المركزي والمياه الساخنة ، ونفقات رفع فضلات المنازل ، ونفقات سجاد السلم إن وجد . وإذا كان المشروع قد نص على توزيع هذه النفقات بنسبة ما يعود من الخدمات المشتركة من منفعة على كل طابق أو شقة ، برغم ما يثيره ذلك من صعوبات عملية ، فذلك حرصا منه على تحقيق العدالة بقدر الامكان في مسألة هامة هي دائما محل الشكوى في الدول التي انتشر فيها نظام ملكية الطبقات والشقق . وربما كان الاقرب الي العدالة أن تقاس المنفعة التي تعود على الملاك بالنظر الى الانتفاع الفعلي الذي يراعى فيه أشخاص المنتفعين بالطابق أو الشقة ، ولكن للتقليل من الصعوبات العملية التي تتور عند تطبيق الحكم لم ينص المشروع على أن العبارة بالمنفعة التي تعود على مالك الطبقة أو الشقة ، وانما جعل الصعرة بالمنفعة التي تعود على الطبقة أو الشقة ، وذلك حتى لا يتأثر قياس المنفعة بأشخاص المنتفعين ، وانما يكون القياس على ضوء اعتبارات موضوعية يراعى فيها موقع الطبقة أو الشقة والحجم والتخصيص .

ومع التسليم بأنه مهما بلغت الدقة في طريقة توزيع النفقات ، فإن نصل الى حد التوزيع العادل الذي يزول منه

روعي أن الاتحاد رغم أن له شخصية مستقلة عن أشخاص المالك ، ليس مالكا للاجزاء المشتركة إذ أن هذه الأجزاء تكون مملوكة على الشيوع للمالك الأجزاء المفردة . وليس ثمة ما يمنع من أن يمتلك الاتحاد ، بشخصيته المستقلة ، طابقا أو شقة لفرض من الأغراض كأن يخصصها لمكاتب الإدارة ، أو يستغلها ويخصص إيرادها لتغطية بعض النفقات المشتركة .

ويكون مركز الاتحاد ، بوصفه مالكا ملكية مفردة لجزء من المبنى ، كمرکز أي مالك لطبقة أو شقة ، فيما عدا أنه لا يتمتع بسبب ملكيته هذه بأصوات في الجمعية العمومية ، وهو ما نص عليه المشروع في الفقرة الثالثة من النص . وحرمان الاتحاد من التصويت في الجمعية العمومية أمر واضح الحكمة إذ يرغم استقلال شخصية الاتحاد عن أشخاص المالك فليس له مصالح مستقلة عن مصالحهم وكل ما يتعلق بالشخص الاعتباري يكون الرأي فيه لمجموع الملاك .

ويعرض نص المادة ٨٦٢ لصورة من صور مسؤولية اتحاد المالك عن الأضرار التي تلحق أحد المالك أو الغير . فالاتحاد ، باعتباره شخصا مستقلا يمكن أن يسأل وفقا لنقواعد العامة في المسؤولية سواء كانت عقدية أو غير عقدية ، وسواء كانت المسؤولية ناتجة عن قرار من الهيئة التي تعبر عن إرادة الاتحاد وهي الجمعية العمومية أو عن فعل تابع من تابعيه أو عن فعل الأشياء التي في حراسته .

وقد رؤى مع ذلك النص صراحة على مسؤولية اتحاد المالك باعتباره حارسا على الأجزاء المشتركة منعا لأي شك في مسؤوليته بهذه الصفة ، فنظرا إلى أن الاتحاد ليس مالكا لهذه الأجزاء فقد يثور الشك حول صفته كحارس لها ، أو فسي الأقل قد تثار مسألة انتقال الحراسة من المالك إلى الاتحاد نفسه ، ولهذا حسم المشروع الأمر إذ يعتبر الاتحاد بقتضى النص حارسا دون حاجة إلى إثبات انتقال الحراسة إليه من المالك . ونتيجة لهذا لا ترفع دعوى المسؤولية على كل المالك وإنما ترفع على الاتحاد نفسه .

ومسؤولية الاتحاد هذه لا تخل ببقته في الرجوع على غيره ممن يكونون مسئولين عن الأضرار التي حدثت وفقا للقواعد العامة ، كحقه في الرجوع على المهندس والمقاول عندما يكون الضرر ناشئا عن عيب في البناء .

وعرض المشروع في المواد ٨٦٣ وما بعدها لمن يقومون على تسيير شؤون الاتحاد . فبدأ أولا بالجمعية العمومية ، وهي المبررة عن إرادة الاتحاد فتصدر القرارات التي تنسب إليه ، فبين تكوينها ومدى مساهمة كل شريك في التصويت على القرارات التي تصدرها ثم القرارات المختلفة التي تصدر من الجمعية . ثم عرض المشروع بعد ذلك لمدير الاتحاد ،

هذا ولم ينص المشروع على الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون الحالي وهو أنه « يجوز للأفراد تكوين اتحاد بقصد بناء المقارات أو مشتراها لتوزيع أجزائها على أعضاء الاتحاد ، فإذا تم البناء أو الشراء تحول هذا الاتحاد إلى اتحاد لإدارة المقار المشترك » . وقد راعى المشروع في ذلك أن الاتحاد الذي يتفق على تكوينه بقصد بناء المقارات أو مشتراها ليس اتحاد ملاك ، ويقصد منه إلى أغراض أخرى غير التي يهدف إليها اتحاد الملاك وهي ضمان حسن الانتفاع بالمقار وإدارته ، وبالتالي لا تسرى عليه القواعد التي توضع لاتحاد الملاك ، ولا فائدة من النص عليه مع النصوص الخاصة بملكية الطبقات أو الشقق . ولهذا فإذا رغب بعض الأفراد في الشروع في جهد مشترك بقصد بناء المقارات أو مشتراها لتوزيع أجزائها على أنفسهم ، أو على أنفسهم وعلى غيرهم ، فما أن يكونوا جمعية تعاونية تخضع لأحكام الجمعيات التعاونية ، وما أن يكونوا شركة تخضع لأحكام الشركات .

ويعرض نص المادة ٨٦٠ لبيان ما يرجع إليه فسي إدارة الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات والشقق . والقانون الحالي إذ نص في المادة ١١ على أنه إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، لم يشر إلى ما يتبع في الإدارة في حالة عدم وجود اتحاد للملاك ، وقد أمر المشروع أن ينص صراحة على ما يجب تطبيقه إذا لم يوجد اتحاد للملاك ، فنص في الفقرة الأولى من النص على أنه « إذا لم يوجد اتحاد للملاك تكون إدارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في النظام المشار إليه في المادة ٨٥٣ والصواعد العامة في إدارة الملكية الشائعة » . فإذا ما وجد اتحاد للملاك فنسرى النصوص التي وضعها المشروع لإدارة الملكية الشائعة .

ولما كانت ملكية الطبقات والشقق تثير كثيرا من المسائل التفصيلية ، وبخاصة فيما يتعلق بكيفية عمل الهيئات والأشخاص الذين يباشرون أعمال الإدارة كالجمعية العمومية ومدير الاتحاد ومجلس الإدارة أن وجد ، فيجب أن تصدر لاحقة تنظم هذه المسائل ، وهو ما حدث في فرنسا إذ بعد صدور القانون في ١٠ يوليو سنة ١٩٦٥ صدر مرسوم باللائحة العامة لتطبيق هذا القانون وذلك في ١٧ مارس سنة ١٩٦٧ . ولهذا نص المشروع في الفقرة الثانية من النص على أن تسرى نصوص المواد التالية واللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق .

ويعرض نص المادة ٨٦١ لحق اتحاد المالك في تملك جزء مفرد ، أو أكثر ، وفي البناء . وتظهر أهمية النص على ذلك إذا

في المواد التالية ، نجد القانون الكويتي الحالي ، شأنه فسي هذا شأن القانون المصري والقوانين العربية الأخرى ، ينص على أن تكون الأغلبية « محسوبة على أساس قيمة الانصب » (م ١١) ، وهو الأساس الذي أخذ به المشروع سواء في التواعد العامة في الملكية الشائعة أو في ملكية الطبقات والشقق .

والطريقة العملية لاعمال هذا الأساس ، لمعرفة ما اذا كان القرار قد وافقت عليه الأغلبية المطلوبة ، هي أن تعدد أصوات كل عضو وتكون النسبة بين عدد ما لكل عضو من أصوات وما لغيره هي النسبة بين قيمة حصة كل منهم الى حصة الآخر . وهذه القاعدة التي نص عليها المشروع في الفقرة الأولى من النص مستمدة ايها من القانون الفرنسي ، والقانون التونسي والقانون الجزائري .

وللمل على الحد من سيطرة واحد من الملاك على قرارات الجمعية العمومية ، يحكم مقدار ما يملك في البناء ، استحدثت المشروع الفرنسي بقانون ١٩٦٥ الحكم الذي أخذ به المشروع في الفقرة الثانية من النص استثناء من القاعدة الواردة في الفقرة الأولى ، فإذا كانت حصة أحد الملاك في الاجزاء المشتركة تزيد على النصف فلا يكون له ، مع ذلك . من الاصوات في الجمعية العمومية الا عدد من الاصوات يساوي عدد الاصوات التي لباقي الملاك . فإذا افترضنا أن عدد الاصوات جميعا ، على أساس حصص الملاك هي ١٠٠ وكان أحد الشركاء يملك ٦٠٪ من الحصص فلا يكون له الا ٤٠ صوتا ولباقى الملاك ٤٠ صوتا فقط بدلا من مائة صوت . أن مجموع الاصوات ٨٠ صوتا فقط بدلا من مائة صوت .

وقد لوحظ على هذا الحكم أنه يؤدي الى الحيولة دون أن تتمكن الجمعية من اصدار قرار بالأغلبية ، عندما يكون المطلوب هو أغلبية أصوات الاعضاء ، وذلك اذا كان المالك الذي اقتص عدد أصواته من رأي يخالف رأي باقي الملاك . ومع هذا قيل أن هذه النتيجة أفضل من ترك مالك واحد يتحكم في قرارات الجمعية العمومية . وفي مثل هذا الفرض الذي يتعدى فيه اتخاذ القرار ، يمكن كما ذهب بعض الفقهاء في فرنسا ، الاجتهاد الى المحكمة لتقرر ما تراه مناسبا .

ويعرض نص المادة ٨٠٥ ، بحضور اجتماعات الجمعية العمومية بالوكالة ، فنصت الفقرة الاولى على أنه يجوز لكل مالك أن يوكّل غيره في حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها . وليس ثمة ما يمنع من أن يكون الوكيل مالكا من الملاك الآخرين أعضاء الجمعية ، وقد يكون من غير الملاك أصلا .

أما الفقرة الثانية فقد عرضت لمسألة يمكن التردد في شأنها بين أكثر من رأي وهي مسألة ما اذا كان يمكن للشخص

وهو العضو التنفيذي الذي يشرف على تنفيذ القرارات وأخيرا عرض لمجلس الإدارة ، فنظرا لما قد يكون من تفاوت في حجم الملكيات وبالتالي في عدد أعضاء الاتحاد وقيمة البناء ، فقد نص المشروع على أنه يجوز تكوين مجلس لإدارة الاتحاد ، والامر جوازى ليقدر ذوو الشأن على ضوء ظروف المبنى ان كان ثمة حاجة الى تكوين هذا المجلس أم لا .

ويعرض نص المادة ٨٦٣ لتكوين الجمعية العمومية لاتحاد الملاك ، وقد نص في الفقرة الاولى على أنها تتكون من جميع الملاك ، فنظرا الى أن الجمعية العمومية هي التي تدير أصلا عن ارادة الاتحاد ، وهو الشخص الذي يوجد للعمل على تحقيق مصلحة الجميع ، كان لا بد من أن يكون لكل مالك رأي فيما تتخذه الجمعية من قرارات . وعضوية كل مالك في الجمعية العمومية حكم أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فلا يجوز الاتفاق على استبعاد أحد الملاك من عضوية الجمعية .

وقد عرضت الفقرة الثانية للحالة التي تتعدد فيها الأشخاص الذين يملكون طبقة أو شقة من حيث عضوية الجمعية العمومية ، فنصت على أن يعتبروا مالكا واحدا وعليهم أن يوكّلوا من يشغلهم في الجمعية ، فإذا لم يتفقوا فللمحكمة بناء على طلب أحدهم أو على طلب مدير الاتحاد أن تعين من يشغلهم . وتعدد الأشخاص الذين يملكون طبقة أو شقة واحدة يتحقق اما لانهم يملكونها على الشيوع فيما بينهم ، واما لان أحدهم يملك الرقبة والاخر له حق الانتفاع . وقد نص القانون الفرنسي صراحة على الحالتين ، واكتفى المشروع بالنص على تعدد الملاك لتشمل الحالتين معا .

واعتبار الملاك المتعددين ، فيما يتعلق بعضوية الجمعية العمومية ، مالكا واحدا ، هو الحكم الذي يتفق مع الأساس الذي يقوم عليه ، لدى الاسهام في القرارات التي تعرض على الملاك جميعا وهو وزن المصالح ، سواء في القواعد العامة في الشيوع أو في ملكية الطبقات ، بحيث يكون اسهام كل شريك نسبة حصته في المال الشائع . والوسيلة العادسة للتعبير عن ارادة مالك الطبقة أو الشقة عند تمدهم هي أن يوكّلوا من يشغلهم ، سواء آكان الوكيل واحدا منهم أو كان من غيرهم ، فإذا لم يتفقوا على توكيل أحد واجتمعت الجمعية بغير من يشغلهم فلا يؤثر هذا في صحة الاجتماع ، ولكن لا شك أن لكل منهم أن يحرص على ضرورة تمثيلهم فيطلب من المحكمة أن تعين من يشغلهم ، كما أعطى النص لمدير الاتحاد أن يطلب من المحكمة تعيين من يشغلهم عملا على استكمال تمثيل الملاك في الجمعية .

ثم يعرض نص المادة ٨٦٤ للاساس الذي يقوم عليه مدى اسهام كل من الملاك في اتخاذ قرارات الجمعية العمومية ، فإذا تركنا مقدار الأغلبية المطلوبة ، وهي ما عرض له المشروع

(ب) وتعرض المادة ٨٦٧ للقرارات التي تجب الموافقة عليها بأغلبية أصوات جميع الملك ، سواء من حضر منهم الاجتماع ومن لم يحضر ، وهي قرارات تتجاوز أعمال الإدارة العادية المألوفة وتعلق بأمر عارضة لها قدر من الأهمية دون أن تتصل إلى مستوى أعمال التصرف أو التعديل في النظام الاتفاقي للملكية (اللائحة) .

وأول هذه القرارات هو قرار الجمعية العمومية بالتفويض في اتخاذ قرار من القرارات التي تكفي فيها الأغلبية المطلقة فيما لو اتخذت الجمعية القرار بنفسها ، كما لو فوضت الجمعية مجلس الإدارة إن وجد في الموافقة على ما يقدمه المدير من حسابات . وهذا الحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (م ١/٢٥) .

كما تلزم موافقة أئابية الاعضاء على قرار الجمعية بتعيين أو عزل مدير الاتحاد أو اعضاء مجلس الإدارة ان وجد (المادة ٢٥ ج من القانون الفرنسي والمادة ٧٦٥ جزائري) .

وكذلك قرار الجمعية بالتصريح لاحد الملك بأحداث تعديل في الاجزاء المشتركة وفقاً لما يقضى به القانون . وقد سبق أن نص المشروع في المادة ٥٨٦ على حق كل ملك في احدثات تعديل في الاجزاء المشتركة على تفقته بشروط معينة ، ووجب النص الحصول ، قبل احدثات التعديل على موافقة أغلبية الملك الذين يدخل في سلطتهم احدثات مثل هذا التعديل ، فإذا لم توافق الأغلبية كان المالك الراجب في التعديل أن يطلب من المحكمة التصريح باحدثه . ونص الفقرة ج من المادة ٨٦٧ مأخوذ من المادة ٢٥ من القانون الفرنسي ، ونص المادة ٧٦٥ جزائري .

كما يلزم موافقة أغلبية الاعضاء على القرار بتعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ ، وهي النفقات التي توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق أو شقة من منفعة ، إذا أصبح التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطوائق أو الشقق . فإذا كانت الشقة مثلا مخصصة للسكنى ثم تغير تخصيصها الى مكتب تجارى او للمحامة أو عيادة طبيب الامر الذي يترتب عليه وجوب اعادة النظر في تعديدها ما يخصها من نفقات المصعد ، فيكون القرار بموافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الاعضاء . والحكم مأخوذ من المادة ٢٥ فرنسي ، والمادة ٧٦٥ جزائري .

وإذا فرضت القوانين أو اللوائح اعمالا معينة في البناء أو ملحقاته ، كما لو فرضت احتياطات معينة للامن من الحريق أو لاعتبارات صحية ، فيجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الاعضاء على شروط تنفيذ تلك الاعمال . والحكم مأخوذ من المادة ٧٥ فرنسي والمادة ٧٦٥ جزائري .

وإذا وجب القيام بعمل من أعمال التصرف في جزء من الاجزاء المشتركة بمقتضى القوانين أو اللوائح ، كما لو اقتضى تطبيق لوائح التنظيم تعديل حدود الاملاك وضم قطعة من فناء المبنى الى

الواحد أن يكون وكيل عن أكثر من عضو . فيمكن أن يقال أنه يجوز للوكيل أن ينوب عن أي عدد من الملك استنادا الى أن الموكل وقد ارضى أن يوكل شخصا معينا فهو يرضى ما يراه الوكيل في الجمعية العمومية سواء كان وكيل عنه وحده أو وكيل عن غيره في الوقت نفسه . وقد يقال بضرورة تقييد عدد الملك الذين يمكن أن ينوب عنهم وكيل واحد ، ذلك أنه مع التسليم أن الموكل اذا يرضى توكيل شخص معين فهو يرضى رايه في الجمعية العمومية ، الا ان الواقع أن الوكيل له ارادة واحدة وكثيرا ما يصعب التوفيق بهذه الارادة الواحدة بين المصالح المتعارضة . وقد وقف المشرع الفرنسي موقفا وسطا فإجاز تعدد التوكيلات بعد أقصى فلا يجوز للشخص الواحد أن يكون وكيل عن أكثر من ثلاثة ملك في التصويت على قرارات الجمعية العمومية فيما عدا حالة معينة ليس لها نظير في المشروع وهي حالة وجود اتحاد أساسي واتحادات ثانوية .

وقد أقر المشروع الحكم الوارد في الفقرة الثانية وهو أنه لا يجوز لشخص واحد أن يكون وكيل عن أكثر من ملك عملا على تحقيق أكبر قدر ممكن من الجدية لمداولات الجمعية العمومية .

ونظرا الى أن مدير الاتحاد هو الذي يتولى تنفيذ قرارات الجمعية وهو الذي يعرض عليها كثيرا من الموضوعات ، وغالبا ما يكون له رأي خاص بصفته مديرا ، نص المشروع في الفقرة الثالثة من النص أسوة بالقانون الفرنسي ، على أنه لا يجوز لمدير الاتحاد ولا لاحد معاونيه ولا لأزواجه أن يكونوا وكلاء عن الملك .

وتعرض نصوص المواد من ٨٦٦ الى ٨٧٠ من المشروع لقرارات الجمعية العمومية والأغلبية اللازمة للموافقة على كل منها . وهي تميز بين طوائف من القرارات تتفاوت من حيث درجة خطورتها ، ولهذا تحتاج كل طائفة منها الى أغلبية خاصة :

(١) فالمادة ٨٦٦ تضع القاعدة الاصلية ، أي الواجبة التطبيق ما لم ينص على أغلبية خاصة ، وبمقتضى هذا القاعدة تكفى الأغلبية المطلقة أي أغلبية أصوات الملك الحاضرين في الاجتماع بانفسهم أو بمن يمثلهم . وبهذه الأغلبية تتخذ القرارات الخاصة بالإدارة المعتادة ، مثل صيانة العقار وعمل الاصلاحات اللازمة ، والموافقة على الحسابات التي يقدمها المدير والتعليمات الخاصة بطريقة الانتفاع بالاجزاء المشتركة في حدود ما اتفق عليه في نظام الملكية .

وقد استمدت المشروع نص المادة ٨٦٦ من القانون الفرنسي (م ٢٤٤ فقرة اولى) والقانون التونسي (م ٢/٩٢) والقانون الجزائري (٧٦٤م) .

من القانون الفرنسي (م ٢٦١/١) والقانون الجزائري *

رابعا : وأخيرا القرار الخاص بالتصریح بتسلك الاتحاد جزءا من الاجزاء المرززة او التصرف فيها يملكه من هذه الاجزاء . فقد سبق للمشروع أن قرر في المادة ٨٦٦ حق الاتحاد في تملك طابق أو شقة وحقه في التصرف فيما يملك . ولما كانت الجمعية العمومية هي التي تعمر عن ارادة الاتحاد فقرار التملك أو التصرف يصدر من هذه الجمعية، وإذا كان الطابق أو الشقة التي يملكها لاتحاد لا تعتبر من الاجزاء المشتركة من حيث أن الذي يملكها هو الاتحاد نفسه باعتباره شخصا في حين أن الاجزاء المشتركة تكون ملكيتها لمجموع الملاك على السبوع ، الا أن درجة خطورة التصرف في الحالين واحدة ، ولهذا تطلب المشروع أغلبية ثلاثة ارباع أصوات جميع الملاك سواء بالنسبة للاجزاء المشتركة أو الاجزاء المرززة التي يملكها الاتحاد نفسه .

(د) وعرضت المادة ٨٧٠ من المشروع لقرارين يجب موافقة الجمعية العمومية على كل منهما باجتماع اصوات الاعضاء ، وهما أولا القرار الخاص بالتصرف في جزء من الاجزاء المشتركة اذا كان الاحتفاظ به ضروريا للاحتفاع بالمقار وفقا للتخصيص المنفق عليه . فبرغم ضرورة هذه الاجزاء للاحتفاع بالمقار وفقا للتخصيص المنفق عليه مما يجعل التصرف في شيء منها بقرار من الأغلبية أمرا غير مقبول ، فليس ثمة ما يمنع الملاك جميعا من أن يقرروا التصرف والاستغناء عن الخدمة التي كان يؤديها الجزء المتصرف فيه ، كما لو قرروا بيع الجزء من الارض المخصص لوقوف السيارات والقرار الثاني الذي يلزم اتخاذه بالاجماع هو القرار الخاص بانشاء طوابق أو شقق جديدة مملوكة ملكية مفرزة ، وذلك أن مثل هذا القرار يؤدي الي تغيير اساسي في المبنى وفي حقوق وواجبات الملاك .

ويعرض المشروع في المواد ج ٨٧١ و ٨٧٢ و ٨٧٣ لمدير الاتحاد الذي يسميه القانون الحالي ، وكذلك القانون المصري والسوري والليبي ، مأمور الاتحاد . وقد آثر المشروع مصطلح مدير الاتحاد الذي أخذ به القانون التونسي .

وجود المدير ، الذي يختص بالاعمال التنفيذية ، أمر ضروري في ظل تنظيم جماعي للملكية الطبقات والشقق .

وقد عرض المشروع في المادة ٨٧١ لتعيين المدير . والاصل أن يكون تعيينه بقرار من الجمعية العمومية وقد سبق أن قرر المشروع في المادة ٨٦٧ الاغلبية المطلوبة لهذا القرار وهي اغلبية اصوات جميع أعضاء الاتحاد . ويجوز أن يكون المدير من بين الملاك كما يجوز أن يكون من غيرهم . ولم يعرض القانون الحالي ، شأنه في ذلك شأن القانون المصري وغيره من القوانين العربية ، للمدة التي تستمر خلالها صفة المدير المعين . وفي القانون الفرنسي لا يجوز تعيين المدير لمدة تزيد عن ثلاث سنوات (م ٢٨٣ من المرسوم رقم ٦٧ - ٢٢٣ الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٦٧) ، اما القانون

ملك آخر ، فيجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية اصوات جميع الاعضاء على الشروط التي يتم بها التصرف . والحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (م ٢٥٠/٣) والقانون الجزائري (٧٦٥) وأخيرا يجب موافقة الجمعية العمومية بأغلبية اصوات جميع الاعضاء على القرار بتجديد البناء في حالة هلاكه هلاكا كلياً أو جزئياً ، وفي حالة الموافقة على التجديد يجب أن تقرر الجمعية العمومية بنفس الاغلبية على توزيع نفقات التجديد . والحكم مأخوذ من القانون الفرنسي (م ٣٨ ، ٤٠) والقانون الجزائري (م ٧٧١) . وقد حرص المشروع على أن ينص صراحة على أن ما قد يستحق بسبب هلاك البناء ، كلياً أو جزئياً ، مثل مبلغ التأمين أو التعويض الذي يدفعه المسئول عن الهلاك ، يخصص لاعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك . (المادة ٨٦٨ من المشروع) .

(ج) وتعرض المادة ٨٦٩ للقرارات التي يجب ان تتم الموافقة عليها بأغلبية ثلاثة ارباع اصوات جميع الاعضاء ، نظرا لما لها من تابع استثنائي ولا تخضعها شروط كالتقرارات الواردة في المادة السابقة والتي تكفي بالنسبة لها أغلبية اصوات جميع الاعضاء . وهذه القرارات هي :

أولا : القرار الخاص بوضع انطظام الاتفاقي للملكية (الاتفحة) أو تعديله .
ثانيا : القرار باحداث تعديل أو تغيير أو اضافة في الاجزاء المشتركة ، اذا كان من شأن ذلك تحسين الانتفاع بها في حدود ما خصص له المقار . وقد روعي في تطلب اغلبية ثلاثة ارباع اصوات جميع الملاك اننا بصدد تغيير في الوضع القائم الذي ارتضاه جميع الملاك . وعندما تقرر الجمعية احداث أمر من هذه الامور يجب في الوقت نفسه أن تقرر ، وبغالب الاغلبية ، توزيع نفقات ما قرره من اعمال ونفقات تشغيل وصيانة ما استحدث . ونظرا الى أن الاعمال التي يتبناها تنفيذ قرار الجمعية قد تموق أو تعطّل انتفاع بعض الملاك بها يملكون وقد يعمد بعضهم بسبب ذلك الى عرقلة التنفيذ ، نص المشروع على انه لا يجوز لاي مالك أن يمنع أو يعطل تنفيذ ما قرره الجمعية ولو اقتضى هذا التنفيذ القيام باعمال داخل طبقته أو شقته ، ونص في الوقت نفسه على حق من يلحقه ضرر بسبب تنفيذ تلك الاعمال في التعويض . وحكم هذه الفقرة مأخوذ من القانون الفرنسي (٢٦٣ ج - ٣٠) ، والقانون الجزائري (٧٦٦٣ ، ٧٦٨) .

ثالثا : القرار بعمل من اعمال التصرف التي من شأنها نقل أو انشاء حق من الحقوق العينية العقارية بالنسبة للاجزاء المشتركة في غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٨٦٧ (و) أي دون أن يكون التصرف مفروضاً بحكم القوانين أو اللوائح ، كما لو اريد بيع جزء من فناء المنزل أو رهنه ضمانا لدين على الاتحاد ، وكذلك شراء قطعة أرض مجاورة لاجانها ببناء المنزل . وقد أخذ الحكم

عليها ، وهو مساعدة المدير ، فالمجلس أن يقدم رأيه للمدير في كافة الاعمال التي يخص بها هذا الأخير ، اما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدير ، مثل ابداء الرأي في العقود التي يزمع المدير ابرامها مع الغير كعقاول أو حمام .

٢- وفيما يتعلق بالعرض الثاني ، وهو الرقابة على اعمال المدير ، فالمجلس في سبيل تحقيق هذه الرقابة أن تراجع كافة الاوراق المتعلقة بأعمال المدير وبخاصة دفاتر الحسابات . ومن حق كل عضو من اعضاء المجلس أن يطلب من المدير اطلاله على الاوراق - والمجلس أن يقدم تقريراً للجمعية العمومية برأيه في اعمال المدير .

٣ - وللمجلس أن يبدى رأيه للجمعية العمومية في أي أمر يرى فيه مصلحة ، مثل ملامة عمل اصلاح معين أو عدم ملامته ، أو تركيب مصعد أو تغيير نظام التكييف ، أو اقتراح تعديل نسب توزيع النفقات التي تتفاوت درجة الانتفاع بها ... الخ .

٤ - وأخيراً يجب على المجلس أن يقوم بما تكلفه به الجمعية العمومية من اعمال ، وقد يكون من بين ما تكلفه به الجمعية العمومية اتخاذ قرارات ملزمة بخصوص بعض الامور التي تدخل اصلافي اختصاصها، فيكون المجلس عندئذ مفوضاً من الجمعية العمومية اعمالاً لنص المادة ٨٦٧ بقرة (١) ، وذلك مثل تفويض المجلس في اعتماد الحسابات التي يقدمها المدير .

أما كيفية انشاء المجلس فقد عرضت لها الفقرة الثانية من النص ، فقد ترد الاحكام الخاصة بانشاء المجلس في نظام الملكية الذي قد يوجد وفقاً لنص المادة ٨٥٣ من المشروع . فإذا لم يوجد هذا النظام ، أو لم ينص فيه على انشاء مجلس للإدارة ، يجوز للجمعية العمومية بأغلبية اصوات جميع الاعضاء أن تقرر انشاء المجلس .

هذا وقد أقر المشروع الايضع قواعد تتعلق بعدد اعضاء مجلس الادارة ، وشروط العضوية ، ومدة العضوية ، تاركا ذلك للملاك في نظام الملكية أو في الجمعية العمومية ليقرروا ما يرونه ملائماً وفقاً للظروف .

وتشير في النهاية الى أن وضع النصوص الخاصة بملكية الطبقات والشقق موضع التنفيذ ، يقتضى لتيسير اعمالها ، وضع لائحة تتناول المسائل التفصيلية ، هي التي أشارت اليها الفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ من المشروع باسم (اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق) ، والتي تصدر بمرسوم .

الفصل الثاني

أسباب كسب الملكية

يعرض المشروع في المواد من ٨٧٥ الى ٩٤٢ لاسباب كسب الملكية مع ملاحظة أن بعض هذه الاسباب هي في الوقت نفسه

الجزائري فنص على ان يعين الوكيل (المدير) لمدة لا تزيد عن سنتين ويجوز أن يعين بعدها مرة أخرى، وقد أقر المشروع الاخذ بهذا الحكم فنص على ان يعين المدير لمدة لا تزيد عن سنتين قابلة للتجديد .

فإذا فرض لسبب ما أن الجمعية لم تعين مديراً ، لعدم عرض الموضوع عليها أو لعدم توافر الأغلبية اللازمة لتعيين المدير ، وقد يترتب على ذلك الاضرار بمصالح المالك ، فيكون لكل منهم أن يطلب من محكمة الامور المستعجلة تعيين مدير مؤقت يباشر عمله الى ان تتخذ الجمعية العمومية قراراً بتعيين المدير .

ثم بينت المادة ٨٧٢ أن المدير هو الذي يمثل الاتحاد أمام المحاكم والجهات الادارية وفي التعامل مع الغير ، وبينت المادة ٨٧٣ اختصاصات المدير فذكرت أولاً أنه يتولى تنفيذ نظام الملكية (وهو النظام المنصوص عليه في المادة ٨٥٣) الامر الذي يقتضى منه الاشراف على قيام كل مالك بواجباته الواردة في النظام مثل استعمال الاجزاء المشتركة ، فيما أعدت له ، والوفاء بالتزامه بنصيب في النفقات المشتركة ، واستعمال الجزء المقرر الذي يملكه فيما خصص له ، الى غير ذلك من الواجبات . كما يتولى المدير تنفيذ قرارات الجمعية العمومية ، ويقوم بجميع الاعمال اللازمة للمحافظة على الاجزاء المشتركة سواء كان الحفظ مادياً أو قانونياً . ثم تحفظ النص وقال ان ذلك بالإضافة الى ما يقرر للمدير من اختصاصات أخرى وفقاً للقانون .

وأخيراً عرض المشروع في المادة ٨٧٤ لمجلس ادارة الاتحاد . وقد استمد النص من القانون الفرنسي والقانون الجزائري . وقد كان القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٣٨ خلواً من أية إشارة الى مجلس الادارة ، ولكن العمل جرى في فرنسا ، حتى قبل قانون ١٩٣٨ على أن ينتق الملاك في كثير من الاحيان على تكوين مجلس للإدارة ، وقد أثبتت التجربة فائدة وجود مثل هذا المجلس وبخاصة في البنايات الكبيرة ، فجاء قانون ١٩٦٥ وقتن ما يجرى عليه العمل .

وأول ما يستخلص من نص المادة ٨٧٤ أن تقرير انشاء مجلس للإدارة أمر جوازي ، فإذا كان وجود مثل هذا المجلس ، عندما يكون البناء كبيراً يشمل عدداً كبيراً من الطوابق أو الشقق ، يفيد في حسن ادارة المبني ، فقد يبدو أنه لا فائدة منه بالنسبة للإبنية الصغيرة .

وقد عرض النص للعرض من انشاء المجلس ، والاصل أن وظيفته استشارية ، فلا يملك اتخاذ قرارات ملزمة لا في توجيه الادارة ولا في الاعمال التنفيذية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تخوله الجهة التي تقرر انشاء سلطة اتخاذ قرارات ملزمة . وقد تفوضه الجمعية العامة في اتخاذ قرارات مما يدخل اصلا في اختصاصها ، وذلك على النحو التالي :

١ - فيما يتعلق بالعرض الاول من الاغراض المنصوص

الم: وأ، المباح بجيازته، تناول في المادة ٨٧٦ الحالات التي تحتاح الى ضبط فيما يعتبر مباحا من المنقولات .فخص في الفقرة الاولى على ان يصبح المنقول مباحا اذا تخلى عنه ملكه بنية النزول عن ملكيته، وهذه منقولات كانت مملوكة فاصبحت مباحة يتخلى المالك عن حيازتها مع نية النزول عن الملكية، وتسمى الاشياء المتروكة، وهي غالبا اشياء قليلة القيمة مثل فضلات الطعام والادوات والملابس القديمة التي يرى المالك انه ليس في حاجة اليها . ويجب التمييز بين الاشياء المتروكة هذه والاشياء الضائعة او المفقودة التي لا تصبح مباحة بمجرد الضياع أو الفقد، وبالتالي فمن يثر على شيء مفقود أو ضائع ويسمى عندئذ (الملقط) لا يتسله بالاستيلاء، وانما يجب عليه ان يبلغ عنه الجهات المختصة وفقا للقانون .

ثم عرضت الفقرة الثانية للحيوانات غير الليفة، ومتى تعتبر مباحة أو غير مباحة، ولفظ الحيوانات يشمل الحيوانات بالمعنى الواسع لهذه الكلمة فيصدق على الحيوانات بالمعنى الضيق كما يشمل الطيور بانواعها المختلفة والاسماك وهذه الحيوانات تعتبر مباحة ما دامت طليقة لم يعرّضها احد فيجوز تملكها بالاستيلاء عليها، هذا مع مراعاة ان الحيوان لا يعتبر مباحا ولو كان طليقا، وفقا لمفهوم فكرة الاباحة، كما سبق بيانها تعليقا على نص المادة ٨٧٥، الا اذا لم يوجد ما يمنع تملكه سواء كان النصح بنفس القانون او كان مستندا من قصر حق التملك على الغير . فاذا احرز شخص حيوانا بنية تملكه وبالتالي ملكه، ثم عاد الحيوان طليقا، فان كان ذلك بارادة المالك الذي تخلى عنه بنية النزول عن ملكيته عاد مباحا وفقا للفقرة الاولى من النص، وان كان بغير ارادة المالك فلا يصبح الحيوان مباحا الا اذا لم يبادر المالك الي تتبعه لاعادته الى حيازته أو اذا بدأ في تتبعه ثم كف عن ذلك .

وتعرض الفقرة الثالثة للحيوانات التي كانت غير اليفة، ثم اصحت مملوكة وزيادة على ذلك آلف الحيوان الرجوع الى المكان الذي خصصه له المالك، بحيث يمكن القول انه أصبح أليفا، وبالتالي لا يعتبر الحيوان مباحا بمجرد كونه في وقت ما طليقا . ولكن اذا فقد الحيوان عادة الرجوع الى مكانه، اعتبر غير أليف وبالتالي يصبح مباحا ما دام طليقا وكف صاحبه عن تتبعه .

وتعرض المادة ٨٧٧ للكنز، وهو منقول يوجد مدفونا او مخبوءا ولا يعرف له مالك . والغالب ان يوجد الكنز في عقار، ولذلك ترد النصوص في أكثر القوانين على أساس ان الكنز يوجد في عقار . ولكن نظرا الى انه من المتصور وجود الكنز في منقول، كما لو عثر شخص على أوراق نقدية أو ابحار ثمينة مخبأة في مكان سرى في مكتب أو خزانة، فالسراج يقيسون هذه الحالة على حالة الكنز الذي يثر عليه في عقار . ولهذا أثر

أسباب لكسب الحقوق العينية الأخرى، وهو ما يتضح من عبارات النصوص .

وقد بدأ المشروع بكسب الملكية ابتداء وذلك عن طريق الاستيلاء الذي يؤدي الى تملك المباح، ثم عرض بعد ذلك لكسب الملكية انتقلا من المالك السابق، وهذا الكسب قد يكون بين الأحياء عن طريق الالتصاق او التصرف التقابلي، أو الشفعة أو الحيازة، وقد يكون على أثر وفاة المالك السابق وذلك بالميراث أو الوصية . وهذا هو الترتيب الذي اتبعه المشروع .

الفرع الاول - كسب الملكية ابتداء (الاستيلاء)

بدأ المشروع في المادة ٨٧٥ بوضع القاعدة العامة في التملك بالاستيلاء وهو لكسب ملكية الاشياء المباحة فور حيازتها (او احرازها أو وضع اليد عليها) . وقد أثر المشروع مصطلح «منقولا مباحا» وهو مصطلح فقهاء الشريعة الاسلامية، على عبارة « منقول لا مالك له » التي استخدمها المشرع المصري (٨٧٠٠) ومن بعده بعض التشريعات العربية السوري ٨٢٨، والليبي ٨٧٤، الصومالي ٧١٩، السوداني م ٧٣٧، التونسي م (٢٤) اذا لا يكفي أن يكون المنقول لا مالك له حتى يصبح مباحا يتملكه من يحوزه، ولذلك نجد القانون الألماني، بعد ان وضع القاعدة في ان من يحوز منقولا لا مالك له بنية تملكه يصبح مالكا له، ينص في الفقرة الثانية على ان الملكية لا تكسب اذا كان التملك ممنوعا بحكم القانون أو كانت الحيازة قد تمت بالمخالفة لحق الغير في التملك . وفي تعبير منقول مباح الذي أخذته النص من الفقه الاسلامي ما يبنى عن هذين القيدين . وبناء على ذلك اذا منعت الدولة صيد نوع من الطيور أو الحيوانات فلا تعتبر من المباحات وبالتالي لا يتملك من يصيد برغم المنع ما يصيده، واذا كانت هناك ارض مملوكة لشخص ومنع الغير من الدخول فيها للصيد، فلا يتملك من يصيد فيها برغم هذا المنع .

كما ان المشروع لم ير الاخذ بما ذهب اليه بعض التشريعات من القول « منقولا مباحا لا مالك له » (العراقي م ١٠٩٨، الاردني م ١٠٧٦) مكنتها بأن يكون المنقول مباحا، اذ ليس ثمة ما يمنع من ان يكون المنقول مملوكا ومباحا في الوقت نفسه وبالتالي يمكن تملكه بالاستيلاء، كما لو كانت الدولة قد صرحت بالرعي أو الاحتطاب وملك ما ينبت في أرضها من عشب أو اشجار اذ يكون العشب أو الاشجار قبل الاستيلاء ملكا للدولة بالتبعية للملكيتها الارض . وهذا المآخذ يؤخذ ايضا على نصوص القوانين التي اكتفت بالنص على ان يكون المنقول لا مالك له .

ويشترط للتملك بالاستيلاء، سواء في فقه الشريعة الاسلامية أو في القوانين الوضعية، أن تكون الحيازة، أو الاحراز، بنية التملك وهو ما نص عليه المشروع . وبعد ان وضع المشروع في المادة ٨٧٥ القاعدة العامة في تملك

الدولة ، فهذا الحكم مفهوم بالضرورة من كون الارض مملوكة للدولة .

ويحيل نص المادة ٨٧٩ فيما يتعلق بالحق في الصيد في البر وفي البحر ، واللقطة وهي الاشياء المفقودة او الضائعة عندما يعثر عليها شخص ما ، وكذلك الاشياء الاثرية ، وما يوجد في باطن الارض من معادن يحيل في كل هذا الى التشريعات الخاصة ، لان موضع الاحكام الخاصة بذلك كله ليس هو مدونة القانون المدني .

الفرع الثاني - كسب الملكية انتقالاتا بين الاجياء (اولا) الانتصاق :

الانتصاق هو اتحاد او اندماج شيئين ، متميزين أحدهما عن الآخر ، غير مملوكين لشخص واحد ، اندماجا ماديا بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف ، ودون ان يوجد اتفاق سابق على تحقيق هذا الاندماج . ويرتّب عليه ، اذا لم يتم فصل الشيين وفقا لما يقضى به القانون ان يملك مالك احد الشيين الشيء الآخر ، بقوة القانون او بحكم القاضى .

ولم يعرض المشروع لبعض صور الانتصاق التي لا مجال لتحقيقها في الكويت وهي التي يطلق عليها الانتصاق الطبيعي ، ويقصد بها تراكم الطمي الذي يجلبه النهر تدريجيا ويرسه على الاراضي المجاورة لجرأه ، وكذلك ما يعرف بطرح النهر حيث يحدث أحيانا ان تقطع مياه النهر بقوة اندفاعها اجزاء من الاراضي المجاورة وتلقى بها على حافة المجرى في مكان آخر على حافة المجرى أو في وسط المجرى فتكون جزرا .

كما لم يعرض المشروع ، لما تنص عليه بعض القوانين من قواعد بخصوص ما ينكشف عنه البحر من اراض ، وعدم جواز التعدي على ارض البحر ، اذ لا تواجه هذه القواعد حالة من حالات الانتصاق .

وبذلك اقتصرت نصوص المشروع على ما يسمى الانتصاق الصناعي بالمعار وحيث تكون عملية اندماج بعض المتقولات بالمعار قد تمت بفعل شخص معين ، وكذلك حالة الانتصاق منقول بنقول .

وتمهيدا للقواعد الخاصة بالانتصاق منقول بمعار وضع المشروع في المادة ٨٨٠ قرينة بسيطة تقوم على اساس الوضع الغالب المألوف ، وبالتالي يعتبر هو الاصل الى ان يثبت عكسه ، فنصت على ان « كل ما على الارض او تحتها من بناء او غراس او منشآت أخرى ، يعتبر من عمل مالك الارض اقامه على نفقته ويكون مملوكا له ، ما لم يقر الدليل على عكس ذلك » . وبناء على هذا ، فحتى يمكن اعمال احكام الانتصاق التي وردت في النصوص التالية ، يجب ان يقام الدليل على ان مالك الارض لم يكن وقت ان اقيمت فيها المنشآت - بالمعنى الشامل لهذه الكلمة - هو مالك المواد التي استخدمت في اقامتها . ويتحقق

المشروع صياغة النص على نحو يتسع لما يعثر عليه في عقار أو منقول .

ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين نوعين من الكنز ، الاول هو الكنز الجاهلي وهو ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على انه دفن في الارض قبل الاسلام أو علم ذلك بأى طريق من الطرق ، ولهم في حكمه آراء متعددة لا محل لذكرها لاستبعاد احتمال وجود هذا النوع من الكنز ، وان وجد فيعتبر من الآثار التي لا تسرى عليها احكام الكنز . والنوع الثاني هو الكنز الاسلامي ، وهو ما يوجد ما يدل على انه دفن في الارض بعد ظهور الاسلام عليها ، وقد اختلف في حكمه الفقهاء ، فبى الحنفية انه مملوك للملكه ملكا محترما فلا يملكه واجده وانما يعد لقطة فيجب تمريرها حتى يظهر صاحبها ، فان يش من معرفته حفظت او تصدق بها . ومن العلماء من ذهب الى ان الملكية تزول عنها في هذه الحال وتسلكتها واجدها . وروى هذا عن عمر وعائشة وابن مسعود وقال به الشافعي واحمد غير انهما يلزمان واجده بان يرده الى صاحبه ان ظهر وهو موجود فان لم يكن موجودا رد اليه قيمته .

وقد اختلفت قوانين البلاد العربية في حكم الكنز ، فمنها ما جعله مالك المقار الذي وجد فيه أو مالك رقبته أو للواقف او ورثته ان كان المقار وفقا (المصرى م ٨٧٢) . ومنها ما أخذ بهذا الحكم ثم نص على انه اذا عثر على الكنز في مال مملوك للغير اقتسمه من عثر عليه مع هذا المالك مناصفة (الليبي م ٨٧٦) . ومنها ما أخذ بما يوافق حكم القانون المصرى فيما عدا حالة وجود الكنز في ارض موقوفة فتكون ملكيته لجهة الوقف (العراقي م ١١٠١) . ومنها ما جعل الخمس للدولة والخمس لمن عثر على الكنز والثلاثة أخماس مالك المقار الذي وجد فيه الكنز (السورى م ٨٣٠ ، والليباني م ٢٣٧ ، والتونسي م ٢٥) . وقد أثار المشروع الاخذ بحكم القانون السوداني فجعل الخمس لمن يعثر على الكنز والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه او مالك رقبته أو للواقف ولورثته ان كان قد عثر عليه في شيء موقوف .

ثم تحفظ النص في النهاية بوجوب مراعاة ما تقضى به المادة ٨٧٩ ، والمتقصد هو ما تقضى به من أن الاشياء الاثرية تنظمها تشريعات خاصة .

وبعد ان عرض المشروع لتملك المباح بالاستيلاء عليه ، نص في المادة ٨٧٨ على ان كل عقار لا مالك له يكون ملكا للدولة . وهذا يعنى انه لا توجد في الاصل عقارات مباحة يمكن تملكها بالاستيلاء ويسرى هذا الحكم ليس فقط على الاراضي التي لم يسبق لاحد من الافراد تملكها وانما يسرى كذلك على العقارات التي مات ملاكها وليس لهم ورقة . ولم ير المشروع ما يدعى الى النص على عدم جواز تملك اراضى الدولة بغير اذن

ذلك في فرضين أساسيين ، الفرض الاول ان يقيم مالك الارض المنشآت بمواد مملوكة لغيره وهو ما عرض له المشروع في المادة ٨٨١ . والفرض الثاني ان يقيم شخص في ارض غيره منشآت بمواد من عنده ، سواء كانت مملوكة له او مملوكة لشخص ثالث ، وهو ما عرض له المشروع في المواد من ٨٨٢ الى ٨٨٥ وهي تتناول علاقة صاحب الارض بمن اقام المنشآت . ثم عرض المشروع في المادة ٨٨٦ لحالة تدخل في نطاق الفرض الثاني ، وهي حالة ما اذا اقام شخص منشآت على ارض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث ، وذلك لبيان حقوق مالك المواد قبل كل من الشخص الذى اقام بها المنشآت وصاحب الارض .

فاولاً ، تعرض المادة ٨٨١ لحالة ما اذا كان مالك الارض قد احدث فيها بناء او منشآت اخرى او غرس فيها غراسا بمواد مملوكة لغيره . وفي هذه الحالة يكون للمالك المواد ان يطلب استردادها بشرطين : الاول ان يكون من المسكن نزع المواد دون ان يلحق الارض ضرر جسيم ، والثاني ان يرفع الدعوى باسترداد المواد خلال سنة من وقت علمه انها اندمجت في الارض .

فاذا لم يتحقق أحد الشرطين ، تملك مالك الارض المواد بالاتصاق ويجب عليه عندئذ ، سواء كان حسن النية أو سيئ النية ، أن يدفع قيمة المواد وقت اندماجها في الارض ، كما يجب ان يعرض من كان مالكا للمواد عما لحقه من ضرر بسبب فقده لمواده .

وتعرض المواد من ٨٨٢ الى ٨٨٥ للفرض الذى يحدث فيه شخص بمواد من عنده بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، على ارض غيره . وفي هذا الفرض تختلف احكام الاتصاق بحسب ما اذا كان هذا الشخص سيئ النية أو حسن النية .

وقد تناولت المادة ٨٨٢ حالة سوء النية ، الذى يتحقق اذا كان من اقام البناء أو غرس الغراس يعلم ان الارض مملوكة لغيره وانه ليس له الحق في احدث ما احده عليها . وقد سوى المشروع بين العلم بهذا ، والجهل الناتج عن خطأ جسيم .

وظفرا لسوء نية من اقام البناء أو المنشآت الاخرى أو غرس الغراس ، يكون مالك الارض بالغير بين طلب لزالة ما استحدث على أرضه او استبقائه ، فاذا طلب الازالة فيجب ان يكون ذلك خلال مدة سنة تبدأ من وقت ان يعلم بما حدث في أرضه ، وتكون نفقات الازالة على من استحدث المنشآت أو الغراس ، واذا لحق مالك الارض ضرر بسبب ما حدث فيها من الازالة فله أن يطلب التعويض عنه . واذا كان نص المشروع لم يقيد حق مالك الارض في طلب الازالة فذلك اكتفاء منه بالقواعد العامة التي سبق أن قررها المشروع في خصوص عدم جواز التعسف في استعمال الحق (المادة ٣٠ من المشروع) .

ولمالك الارض ، بدلا من طلب الازالة ، ان يطلب استبقائه

ما استحدثت على ارضه ، فاذا طلب ذلك ، أو لم يطلب الازالة خلال مدة السنة ، فيستلك ما استحدثت على ارضه بالاتصاق وذلك في مقابل دفع قيمة المستحدثات مستحقة الازالة أى قيمة ما ينزع من الارض بعد نزع مخصصا منها نفقات النزع ، أو دفع ما زاد في قيمة الارض بسبب وجود المستحدثات فيها ، وهو يختار بداهة أقل القيمتين . وهذا الحكم يختلف عن حكم القاعدة العامة في الاتراء بلا سبب لأن قيمة الاشياء مستحقة الازالة لا تمثل قيمة الافتقار .

ومن نص المشروع يتبين أن من أحدث شيئا بسوء نية في أرض غيره ليس له ان يطلب الازالة ، ولم ير المشروع الاخذ بنا نصت عليه الفقرة الثانية من النص المصري والقوانين التي حذت حذوه . فبعد ان قرر المشروع المصري حق صاحب الارض في الخيار بين الازالة والاستبقاء في الفقرة الاولى نص في الفقرة الثانية على حق من اقام المنشآت في طلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالارض ضررا الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبقى المنشآت . وهو حكم اثار الخلاف حول حقيقة المقصود به ، فذهبت المذكرة الايضاحية للنص وبعض الشراح الى ان مالك الارض اذا تملك المنشآت بالاتصاق ولكنه امتنع عن دفع المقابل

كان للباقي اما ان يلزمه بالدفوع واما ان يطلب نزع المنشآت ان كان النزع لا يلحق بالارض ضررا . وهذا الرأي لا يتفق مع حكم النص الذى نقول ، بعد ان قرر حق من اقام المنشآت في نزعها ، « الا اذا اختار صاحب الارض ان يستبقى المنشآت » .

ولعل أكثر ما قيل قبولا هو أنه اذا لم يحدد صاحب الارض موقفه خلال السنة فلم يطلب الازالة ولم يطلب استبقاء المنشآت ، فيجوز لمن اقام المنشآت ان يطلب الازالة حتى يضع حدا لموقف صاحب الارض الذي يجب عليه عندئذ اما ان يوافق على الازالة او يطلب استبقاء المنشآت ومع ذلك لم ير المشروع الاخذ بحكم الفقرة الثانية من النص المصري وذلك حتى تناح ماللك الارض الفرصة في التدبير خلال سنة ليقرر ما اذا كان يطلب الازالة او الاستبقاء .

وتعرض المادة ٨٨٣ لحالة من يحدث بناء أو غراسا أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض غيره بترخيص من المالك أو عندما يكون حسن النية ، أى وهو يعتقد أن له الحق في احدث ما احده ، اما لانه كان يعتقد انه هو المالك للارض ، أو لانه كان يعتقد ان له الحق في احدث ما احده ، مع علمه بأن الارض مملوكة لغيره .

وقد تضمنت الفقرة الاولى من النص القاعدة العامة في هذه الحالة ، ومنها يتضح الفرق بين معاملة من أحدث شيئا في ارض غيره بحسن نية ومن احده بسوء نية ، سواء فيما يتعلق بالحق في طلب الازالة أو من حيث مقدار مسا يلتزم به مالك الارض في حالة الاستبقاء . فقياسا يتعلق بالحق في طلب الازالة ،

من ارض جاره الملاصقة بالبناء وبحسن نية ، وغالبا ما يكون ذلك نتيجة خطأ في القياس ، و او اعملا احكام الاتصاق بصفة مطلقة لادى ذلك الى نتائج غير مقبولة اذ تقتضى هذه الاحكام ان يكون الباني بالخير بين ان يزيل ما بناه في ملك جاره ، اى يزيل جزءا من المبنى الذى اقامه او يتملك صاحب الارض المجاورة الجزء الذى اقيم من المبنى على ارضه فيصبح شريكا في المبنى . وتقاديا لهذه النتائج غير المقبولة اعطى النص للمحكمة الحق في ان تحكم بتسليك الباني الجزء الذى اقام عليه المبنى من ارض جاره جبرا على مالك الارض ، وذلك في مقابل عادل تقدره المحكمة وفقا لظروف .

هذا ويلاحظ ان الاحكام السابق يباها لا تسرى بالنسبة لما يقام على ارض الغير من منشآت صغيرة لا يقصد بقاؤها على الدوام كالشعيرات والحوائث الخشبية ، فمثل هذه المنشآت تكون ملكا لمن اقامها . وبناء على ذلك تطبق القواعد العامة في حق الملكية سواء بالنسبة لملك الارض او بالنسبة لملك المنشآت التي اقامها على ارض غيره ، ومقتضى هذه القواعد ان يكون لملك الارض ان يطلب الازالة الا اذا كان قد صرح لمن اقام المنشأة باقامتها لمدة معينة فليس له طلب الازالة خلال هذه المدة . كما ان لمن اقام المنشأة ان يزيلها في اى وقت ما لم يوجد اتفاق بينه وبين مالك الارض على ايلولة المنشأة لملك الارض في وقت معين .

وفي الحالات التي يحدث فيها شخص بناء او غراسا او منشآت اخرى في ارض غيره ، والتي سبق تنظيمها بالنصوص السابقة ، كانت النصوص تذكر عبارة (بواد من عنده) ، ولم تذكر ان المواد مملوكة له او مملوكة لغيره ، ما دامت تلك النصوص تنظم علاقة مالك الارض بمن احدث فيها شيئا مما ذكر . ونظرا الى ان حالة ما اذا كانت المواد مملوكة لشخص ثالث ، تثير بلاضافة الى علاقة مالك الارض بمن احدث فيها شيئا ، علاقتين آخرين هما اولا علاقة مالك المواد بمن اخذها ، وثانيا علاقة مالك المواد بملك الارض ، عرض المشروع بنص المادة ٨٨٦ لهاتين العلاقتين .

وبناء على هذا النص ، واحكام القواعد العامة ، اذا كان من اخذ المواد في علاقته بصاحب الارض سيىء النية ، و اجبر على نزع المواد او كان حسن النية واختار هو نزعها ، فيكون لملك المواد ان يستردها منه مع التعويض ان كان له منتص . اما اذا كان مالك الارض قد تملك المنشآت بالاتصاق فيكون لملك المواد وقد فقد مواده ان يرجع اولا على من اعتدى على ملكه وهو من احدث المنشآت وذلك وفقا للقواعد العامة وبصريح النص . اما في علاقته بملك الارض ، فوفقا للقواعد العامة ليس له ان يرجع عليه بشيء الا بالدعوى غير المباشرة . ولكن بمقتضى النص يكون له ان يرجع مباشرة على مالك الارض بما له من تعويض قبل من اقام المنشآت وذلك في حدود

كان مقتضى القواعد العامة ان يكون لملك الارض ان يطلب ازالة ما حدث في ملكه دون وجه حق ، وهو ما سبق ان قرره المشروع بنص المادة ٨٨٢ بالنسبة لمن احدث شيئا في ملك غيره بسوء نية ، اما هنا فقد خرج النص على مقتضى القواعد العامة نظرا لحسن نية الباني او العارس فلم يعط لصاحب الارض حق طلب الازالة ، وبالعكس اعطى لمن بنى او غرس الحق في طلب النزع اذا كان ذلك لا يلحق بالارض ضررا . فاذا لم يطلب النزع ، او كان في نزع ما استحدث ضرر بالارض ، فيتملك صاحب الارض ما استحدث عليها بالاتصاق وذلك في مقابل احدى قيمتين وفقا لما يختاره ، قيمة ما اتفقه الباني او العارس في المواد و اجرة العمل ، او ما زاد في قيمة الارض بسبب ما استحدث فيها ، وهذا هو حكم القاعدة العامة في الاتراء بلا سبب .

هذه هي القاعدة العامة في حالة حسن نية الباني او العارس في ارض غيره بحسن نية ، واستثناء من هذه القاعدة نصت الفقرة الثانية على انه اذا كانت المستحدثات قد بلغت حدا من الجسامه بحيث يرهق صاحب الارض ان يؤدي ما هو مستحق عنها كان له ان يطلب تسليك الارض لمن احدثها بمقابل عادل . وهذا الاستثناء مقصور على حالة ما اذا كان اقلل القيمتين المنصوص عليه في الفقرة الاولى مرهق لملك الارض فلا يلزم ان يكون اداءه مستحيلا ، والقاضي يقدر الارقاق بالنظر الى حالة ملك الارض وقيمة المنشآت بالنسبة لقيمة الارض ومدى المنفعة التي يمكن ان تعود على مالك الارض من هذه المنشآت . والمقصود بالنص على المقابل العادل الاتقيده القاضي بقيمة الارض وانما يراعى كافة الظروف الخاصة التي تحيط بالحالة المعروضة عليه .

وبعد بيان احكام الاتصاق الخاصة بمن يحدث بناء او غراسا او منشآت اخرى بواد من عنده في ارض غيره ، اجاز المشروع بنص المادة ٨٨٤ للمحكمة ان تقرر ما تراه مناسباً للوفاء بما تحكم به وفقا لتلك الاحكام من مقابل تملك صاحب الارض لما اتسبب عليها او التعويضات . وللمحكمة بوجه خاص ان تحكم بان يكون الوفاء على اقتساط دورية بشرط ان يقدم الملتزم الضمانات الكافية . ويبرر سلطة المحكمة المقررة في هذا النص انه غالبا ما يكون الزام صاحب الارض بدفع مقابل ما يستتبعه على ارضه من منشآت مفاجئة لم يعد لها فقه .

وعرض المشروع في المادة ٨٨٥ لحالة خاصة ، من حالات اقامة شخص بواد من عنده على ارض غيره بحسن نية واضعا لها حكما استثنائيا وذلك بالنص على انه اذا كان مالك الارض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء صغير من الارض الملاصقة جاز للمحكمة ان تحكم بتسليك الجزء المشغول بالبناء نظير مقابل عادل . ووجه الخصوصية في هذه الحالة ان الباني يبنى اصلا في ملكه ، ولكنه يتجاوز حدود ملكه وشغل جزءا

المنصرف هو صاحب الحق التصرف فيه ، وذلك سواء بالنسبة للمنتقل أو العقار . ونظرا الى ان وقت انتقال أو نشوء الحق يختلف باختلاف الأشياء ، فقد نصت المادة في آخرها على مراعاة أحكام المادتين التاليتين .

وبينت المادة ٨٨٩ أحكام انتقال أو انشاء الحق العيني اذا كان الشيء منقولاً ، فان كان المنقول معينا بذاته فالاصل أن تنتقل الملكية أو تنتقل أو تنشأ الحقوق العينية الأخرى بمجرد ابرام التصرف القانوني . وإن كان المنقول معينا بنوعه ، فالاصل الا ينتقل الحق أو ينشأ الا بافراز المنقول . ونظرا الى ان نقل الحق أو انشاءه قد يتراخى الى وقت لاحق بشرط في التصرف القانوني نفسه أو بنص في القانون نصت الفقرة الثالثة من النص على ان « كل ما سبق ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بخلافه » .

وعرضت المادة ٨٩٠ للتصرفات التي ترد على العقارات ، فنصت على أن الحقوق العينية لا تنتقل ولا تنشأ الا ببراعة أحكام قانون التسجيل العقاري .

(ثالثا) الشفعة :

الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية مستمدة من الفقه الاسلامي ، ويستند في شرعيته الى السنة فقهي البخاري عن جابر ابن عبد الله رضى الله عنهما قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . ويكاد يتعد اجماع فقهاء المسلمين على ثبوت الحق في الاخذ بالشفعة ، وإن اختلفوا في بعض مسائلها .

وإذا كانت الشفعة هي الحق في تملك المبيع جبرا على المشتري فهي تثبت على خلاف الاصل لانها تنافي قاعدة اشتراط الرضا في انتقال الملك من شخص الى آخر ، فهي استثناء من هذه القاعدة ، ولكنه استثناء دعت اليه المصلحة . ولهذا فتتظيم الشفعة ، يقوم اساسا على الموازنة بين اعتبارين : الاول هو احترام الاصل العام في حرية التصرف باشتراط الرضا في انتقال الملك ، والثاني هو اعتبار المصلحة التي تتحقق من الاخذ بالشفعة .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في بيان اسباب استحقاق الشفعة ، وفي الحكمة من شرعها وبالتالي في بعض الاحكام العملية على نحو ما يظهر عند عرض هذه الاحكام . وكذلك اختلف مسلك قوانين البلاد العربية من الشفعة . فلم تأخذ بها بعض الدول مثل سوريا ، ولكن أكثر الدول أخذت بها وإن اختلفت التشريعات فيما وضعت من أحكام وعلى الخصوص في مدى التوسعة والتضييق في الحالات التي يجوز فيها الاخذ بالشفعة ، على نحو ما بينه عند التعليق على النصوص . وأهم ما استحدثه المشروع في تنظيم الشفعة هو عدم الاقتصاء على حالة بيع العقار فجاز الشفعة في بيع العقار

ما بقي في ذمة مالك الارض في نظير تملكه ما استحدثت على أرضه .

وهذه هي الاحكام التي قررها المشرع المصري ، ومن بعده القوانين التي حذت حذوه . وبالإضافة الى ذلك نص المشرع المصري ، والقوانين الأخرى ، على ان مالك المواد ليس له أن يطلب استردادها . أما المشروع فقد نص في الفقرة الثانية على أنه اذا كان من أحدث البناء أو العراس حسن النية كان لملك المواد ان يطلب زرعها اذا لم يلحق ذلك بالارض ضرا . ذلك انه في حالة حسن نية من أحدث المشتات يكون له وفقا لنص المادة ٨٨٣ أن يطلب زرعها ، وبالتالي يستطيع مالك المواد وفقا للقواعد العامة أن يطلب الزرع باليدوية غير المباشرة ، وبالإضافة الى هذا رأى المشروع اعطاء مالك المواد دعوى مباشرة يطلب بها زرع المواد ، وهو حكم ليس لصاحب الارض أن ينزعه منه طالما أن من أقام المشتات يستطيع الزرع .

وأخيرا عرض المشروع بنص المادة ٨٨٧ لحالة التصاق المنقولات ببعضها ، وهي تقتض ان تكون المنقولات مملوكة للمالك مختلفين ، ثم تندمج بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالك تم الدمج بشفعة . ويتم هذا في صور ثلاث ، الاولى ويطبق عليها النص ان تحدد المنقولات فتكون شيئا واحدا وإن أمكن التمييز بينها مثل وضع صورة في اطار بطريقة لا يمكن معها فصلها دون تلف . والثانية ، ويطبق عليها المرح ان تختلط المنقولات بحيث لا يمكن تمييز احدها عن الآخر كاتراجم سائلين ببعضهما . والصورة الثالثة ويطبق عليها التحويل ان يترتب على الاندماج وجود شيء جديد مغاير كتحويل الخشب مع مواد أخرى الى قطعة أثاث .

ونظرا لتعدد الصور التي يحدث فيها التصاق المنقولات ببعضها وتعدد اسباب الالتصاق ، والظروف التي تم فيها ، فقد آثر المشروع عدم النص على قاعدة موضوعية تحسم مسألة الملكية ومقابل التملك ، تاركا الامر للقاضي ليفصل فيه ببراعة الضرر الذي حدث لكل مالك من الملاك وحالة كل منهم من حيث حسن أو سوء النية ، وهذا هو المسلك الذي سلكته أكثر التشريعات العربية .

(ثانيا) التصرف القانوني :

تعرض نصوص المواد ٨٨٨ - ٨٩٠ لنقل الملكية وكذلك نقل أو انشاء الحقوق العينية الأخرى ، بالتصرف القانوني . وقد آثر المشروع ألا يقتصر على العقد ، كما فعلت التشريعات العربية ، وذلك حتى تشمل النصوص العقد وكذلك التصرف القانوني الذي يتم بإرادة واحدة . هذا مع مراعاة أن الوصية لها أحكام خاصة .

وقد تضمن نص المادة ٨٨٨ المبدأ العام في انتقال أو نشوء الحق بالتصرف القانوني . والشروط الذي يجب توفره في جميع الاحوال حتى ينتقل الحق أو ينشأ بالتصرف ، هو أن يكون

رواية وأجازوها في العقار وفي المنقول على رواية أخرى . وأجاز الظاهرية الشفعة في العقار والمنقول إطلاقاً . وإذا نظرنا الى المسألة على ضوء الحكمة من تقرير الشفعة ، في الحالات التي أخذ بها المشروع ، فلا يظهر أي مبرر للترقية بين العقار والمنقول ، ففي جميع الاحوال تكون الحكمة هي جمع ماتفرق من عناصر الملكية الامر الذي لا يقتصر أثره على تحقيق مصلحة الشفيع بل يؤدي الى تحقيق المصلحة العامة اذ لا شك أن تجرئة الملكية من شأنها تعقيد طريق الانتفاع بالاموال ، وهذه الحكمة تقتضي الاخذ بالشفعة عند بيع العقار أو المنقول على السواء ، بل قد يكون إثبات الحق في الاخذ بالشفعة عند بيع بعض المنقولات أولى منه عند بيع العقارات كما هي الحال عندما يبيع احد الملاك على الشفيع في المحل التجاري حصته الشائعة .

وتعرض المادة ٨٩٢ من المشروع لأسباب استحقاق الشفعة . والشفعة ثبتت بوجه عام بسبب اتصال ملك الشفيع بالمبيع ، ولكن الفقهاء اختلفوا في صور الاتصال التي تجيز الاخذ بالشفعة ، ففي المذهب الحنفي ، وهو ما أخذت به المجلة ، قد يكون اتصال شركة في نفس العقار المبيع فثبتت الشفعة للشريك في الشفيع اذا بيع شيء من العقار الشائع . وقد يكون اتصال شركة في حق الشرب أو حق الجري أو حق المسيل عندما يكون الحق خاصاً ، فثبتت الشفعة للشريك في أحد هذه الحقوق ، وبسبب الخليط ، عندما يباع المتعار . وأخيراً قد يكون اتصال جوار فثبتت الشفعة للجوار الملاصق عندما يباع العقار . أما الشافعية والمالكية والحنابلة فلم يشترطوا الشفعة لا للخليط ولا للجوار ، وذلك يرجع - كما يقول بعض المحدثين من الفقهاء - أما الى عدم العلم بما روي من الاحاديث التي جاءت بشبوت الشفعة بهما أو الى عدم الاطمئنان لها مع اطمئنانهم الى صحة ما رواه جابر قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

أما موقف القوانين العربية فمنها ما استبعد الشفعة أصلاً (السوري) ومنها ما توسع كالحنفية فاثبتتها للشريك وللخليط وللجوار كالتقانون الاردني والتقانون العراقي الذي قيد الجوار الذي تستحق بسببه الشفعة . ومنها ما لم يثبت الشفعة لا للخليط ولا للجوار (الليبي ، والصومالي ، والجزائري) .

وفي الكويت ، حيث المجلة هي الواجبة التطبيق ، استبعدت الشفعة بسبب الجوار بموجب التعميم الإداري رقم ١٩٥٩/١ الصادر عن رئاسة المحاكم ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢٨ فاقترحت حق الاخذ بالشفعة على الشريك في الشفيع والخليط .

وقد رؤى ، في المشروع ، استبعاد الجوار كسبب من اسباب الشفعة أخذاً بما عليه العمل الآن في الكويت خاصة وهو سبب لم يأخذ به من المذاهب الاسلامية الا المذهب الحنفي ، كما ان الحكمة من تقرير الشفعة للجوار لم يعد لها في ظروف

والمنقول على السواء . هذا بالإضافة الى أن المشروع قصر الشفعة على حالة بيع الشريك في الشفيع حصته شائعة فيكون للشركاء الآخرين حق الاخذ بالشفعة . وقد عرفت المادة ٨٩١ الشفعة بأنها حق الحلول محل المشتري ، عند بيع العقار أو المنقول ، في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية . وقد روعي في هذا التعريف :

(أولاً) تجنب النص على أن الشفعة رخصة ، كما فعلت بعض التشريعات كالتقانون المصري (م ٩٣٥) والتقانون الليبي (م ٩٣٩) ، والتقانون الصومالي (م ٧٤٥) والتقانون الجزائري (م ٧٩٤) . وذلك أولاً لان مصطلح رخصة لا يزال في علم القانون غير منضبط ويستخدم في أكثر من معنى ، فأحياناً يقصد به معنى الحريات العامة كحرية التملك وحرية الزواج وحرية التنقل ... الخ ، وهي الحريات التي تثبت للناس كافة دون حاجة الى قيام سبب معين لشخص معين . وأحياناً يقصد به الحق في كسب حق معين اذا وجد سبب خاص ، كحق الموجه اليه الايجاب بالمبيع في أن يملك الشيء بأن يقبل الشراء وحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة . وعلى الرأي الراجح في تحديد معنى الرخصة ، وهو المعنى الأول ، تكون الشفعة ليست مجرد رخصة بل هي أكثر من ذلك . ولهذا نجد الاستاذ السنهوري يقول في التعليق على نص القانون المصري : « والادق أن يقال ان هذا المركز القانوني (والمقصود هو المركز الناشئ عن بيع العقار وتوفر شروط الشفعة) لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك ، بل يتولد عنه حق الشخص في أن يملك ... »

(ثانياً) اكتفى المشروع في بيان حقيقة الشفعة بأنها حق الحلول محل المشتري فلم ينص على ما تنص عليه بعض التشريعات من : حق تملك العقار المبيع ، وأن يكون التملك بمقدار الثمن أو بالثمن الحقيقي والنقشات ، لأن كل هذه التفصيلات بغنى عن ذكرها أن يذكر أن الشفعة هي حق الحلول محل المشتري . وليس من المناسب أن يذكر في التعريف كل ما يتعلق بالمعرف من تفصيلات .

(ثالثاً) نص المشروع على أن الشفعة تكون عند بيع العقار أو المنقول ، فلم يقصرها على حالة بيع العقار ، كما فعلت المجلة وقوانين البلاد العربية . وقد روعي في هذا التجديد الجيع بين ما يعرف بحق استرداد الحصه الشائعة والشفعة في تنظيم واحد لان حق الاسترداد هو في حقيقته شفعة ، وقد أمكن في سير تنظيم الشفعة لتشمل حالتي بيع العقار ويوسع المنقول بعد أن رؤى التضييق في أسباب استحقاقها بحيث تقتصر على بيع الحصه الشائعة .

وإذا كان الرأي الغالب في الفقه الاسلامي هو قصر الشفعة على العقار ، فقد ذهب المالكية الى ثبوت الشفعة في بعض المنقولات ولم يعجز الحنابلة الشفعة الا في العقار على

وليس سببا لسقوط الحق فيها ، لان سقوط الحق لا يكون الا بعد نبوته وهو لا يثبت الا على أثر البيع ، أما النزول عن الحق بعد البيع فقد نص عليه المشروع بين اسباب السقوط . وحذا المشروع في تقرير هذا الحكم ، مع ملاحظة الفرق في التصيل ، حذو القوانين الحديثة كالقانون المصري الذي ينص على سقوط 'حق' في الاخذ بالشفعة اذا نزل الشفيع عن حقه هذا ولو قبل البيع (م ٩٤٨) وكذلك القانون الليبي (٩٥٢) والقانون العراقي (م ١١٣٤) والقانون الصومالي (م ٧٥٦) والقانون الجزائري (م ٨٠٧) ، والقانون السوداني (م ٧٦٠) . أما في الفقه الاسلامي فالنزول السابق على البيع لا يسقط الحق في الاخذ بالشفعة لان الحق لا يوجد قبل البيع فلا يجوز اسقاطه قبل وجوده .

ونصت الفقرة الثانية على انه لا يجوز للموقع أن يأخذ بالشفعة وهو حكم نصت عليه المجلة (م ١٠١٧ ، ١٠١٨) وكذلك قوانين بعض البلاد العربية (المصري م ٩٣٨ ، الليبي م ٩٤٣ مع تحفظ ، السوداني م ٧٥١ ، الاردني م ١١٥٩) . وتعرض المادة ٨٩٤ للحالة التي يشتري فيها شخص شيئا يجوز الشفعة فيه ، ثم يبيعه قبل ان يعلن الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة ، أو حتى بعد الاعلان ولكن قبل أن يصبح الاعلان حجة على الغير . وفي هذه الحالة يكون البيع الثاني ساريا في حق الشفيع فلا يجوز له الاخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشرط التي اشترى بها ، ونص المادة موافق لحكم القانون المصري (م ٩٣٨) والقوانين التي حذت حذوه (الليبي م ٩٤٢ ، السوداني م ٧٥٠ ، الجزائري م ٧٩٧) . ولم ير المشروع الاخذ بحكم القانون العراقي الذي يجعل مناط الاخذ من المشتري الثاني أن يكون البيع الثاني قد تم قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة (م ١١٣٧) لأن هذا قد يسهل التحايل لحرمان الشفيع من الاخذ بالشفعة ، كما لم يأخذ المشروع بحكم القانون الاردني الذي ينص على انه اذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها من آخر قبل اخذها بالشفعة ، فالشفيع اخذها بالثمن الذي قام على المشتري الاول ، وللمشتري الثاني أن يسترد الفرق من المشتري الاول ان وجد (م ١١٥٤) فهذا الحكم ليس فيه حماية للمشتري الثاني حسن النية .

ويعرض نص المادة ٨٩٥ لما يعرف بعدم تجزئة الشفعة ، وهي مسألة آثر المشرع المصري أن يترك حكمها للقواعد العامة فلم يضع لها نصا خاصا ، وكذلك فعلت القوانين التي حذت حذوه (الليبي ، الصومالي والجزائري) في حين عرض لها القانون العراقي والقانون السوداني والقانون الاردني بالاضافة الى نص المجلة .

وقد آثر المشروع أن يأخذ بحكم كل من القانون العراقي والقانون الاردني فنص على انه « ليس للشفيع أن يأخذ بعض

عصرنا الحالي من الاهمية ما يستدعي الخروج على الاصل العام وهو اشتراط الرضا في انتقال الملك . كما رؤى عدم اعطاء الشفعة للخليط الا لندرة الاشتراك في المرور أو المجرى أو المسيل ولان المصالح التي قد تبرر اعطاءها له لا تستدعي الخروج على الاصل العام . واقتصر المشروع على اعطاء حق الاخذ بالشفعة للشريك في الشئوع عندما يتابع حصة شائعة من المال الشائع لغير الشركاء .

وإذا تراحم الشفعة بأن طلب أكثر من شريك أخذ الحصة المبيعة بالشفعة ، فنظرا الى أن مركز كل منهما مماثل لمركز الآخر ، فيكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه بمعنى أن تقسم الحصة المبيعة بين الشفعة نسبة انصبتهم في الشئوع ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٩٢ / ٢ من المشروع . وعرض المشروع في المادة ٨٩٣ / ١ للاحوال التي لا يجوز فيها ، ابتداء ، الاخذ بالشفعة ، أو لموانع الاخذ بالشفعة ، وهي : (أولا) اذا تم البيع بالمراد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون . وهو حكم اخذت به كل القوانين المشار اليها . والعلنة في منع الشفعة في هذه الحالة ان البيع يتم بطريقة يتاح معها للشفيع ، ان كان يريد أخذ المبيع ، أن يدخل في المراد . والمنع من الشفعة يساعد على أن يتم البيع بأكثر ثمن ممكن لانه يحصل كل راعب على التقدم للزيادة .

(ثانيا) اذا وقع البيع بين الاصول والفروع ، أو بين الزوجين أو بين الاقارب لغاية الدرجة الثانية ، والعلنة في المنع في مثل هذه الاحوال هي أن الصلة التي تربط البائع بالمشتري كثيرا ما تؤثر في شروط البيع ، بل قد تكون هي التي أدت بالبائع الى البيع بحيث اولاهها لما باع أو لما باع الا بشروط أخرى . وقد اختلفت القوانين فيما يتعلق بالبيع للاقارب من الحواشي أو للاصهار ، فالقانون التونسي يقصر المنع على حالة البيع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين ، والقانون المصري يمنع الاخذ بالشفعة أيضا اذا كان البيع بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة والاصهار لغاية الدرجة الثانية ، وقد وافقه في ذلك القانون الليبي ، والقانون الصومالي ، والقانون الجزائري ، والقانون السوداني ، والقانون الاردني . أما القانون العراقي فقد وافق القوانين السابقة فيما يتعلق بالبيع للحواشي ولكنه لم يذكر البيع للاصهار . وقد آثر المشروع هذا المسلك من حيث عدم ذكر البيع فيما بين الاصهار ، ولكنه اقتصر في حالة البيع للاقارب على الدرجة الثانية ، ذلك ان العلة في المنع من الاخذ بالشفعة لا تتحقق غالبا اذا كان البيع لتريب أكثر من الدرجة الثانية .

(ثالثا) اذا اظهر الشفيع ارادته صراحة أو ضمنا ، وقت البيع أو قبله ، في انه لا يرغب في الشراء بالشرط التي تم بها البيع . وقد آثر المشروع ان يجعل هذا مانعا من الاخذ بالشفعة

المبيع الا اذا تعدد المشترون فله أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي •

اجراءات الشفعة :

يجب على الشفيع ، حتى يأخذ المبيع بالشفعة ، وفقا لاحكام المجلة ان يطلب طلبات ثلاثة على التوالي : الطلب الاول ويسمى الموائبة ، أن يقول كلاما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال (م ١٠٢٩) فاذا أخر الشفيع طلب الموائبة سقط حقه (م ١٠٣٢) • والطلب الثاني ، هو طلب التقرير والشهاد ، فيلزم الشفيع بعد طلب الموائبة ان يقول في حضور رجلين أو رجل وامرأتين عند المبيع ان فلانا قد اشتري هذا العقار أو عند المشتري ان قد اشتريت العقار الفلاني أو عند البائع ان كان العقار موجودا في يده انت قد بعت عقارك وأنا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن انا أيضا اطلبها شهدوا • وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والشهاد بهذا الوجه يوكل آخر وان لم يجد وكلا ارسل مکتوبا (م ١٠٣٠) واذا أخر الشفيع طلب التقرير والشهاد مدة يمكن اجراءه فيها ولو بارسال مکتوب يسقط حق شفيعته (م ١٠٣٣) • والطلب الثالث هو طلب الخصومة والتملك وذلك بأن يدعى في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والشهاد خلال شهر فلو تأخر من دون عذر شرعى يسقط حق شفيعته (م ١٠٣١ ، ١٠٣٤) •

والواقع أن طلبات الموائبة والتقرير والشهاد على هذا النحو لم تمد تلازم الظروف الحالية ، ولهذا نجد قوانين البلاد العربية تنظم الاجراءات على نحو آخر ، وهو ما سار عليه المشروع • والاجراءات التي ينبغي على الشفيع اتخاذها هي : اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ثم ايداع الثمن ، ثم رفع الدعوى • وثمة اجراء جوازي يقوم به البائع أو المشتري يهدف الى وضع حد لموقف الشفيع هو الانذار •

وقد بدأ المشروع النصوص الخاصة باجراءات الشفعة (المواد من ٨٩٦ الى ٨٩٨) بنص المادة ٨٩٦ بالاجراء الجوازي ، وهو حق لكل من البائع والمشتري أن يوجه الى الشفيع انذارا رسميا يعلمه فيه بالبائع العلم الكافي ليجدد موقفه من الأخذ بالشفعة ، ولذلك يجب أن يشتمل الانذار على البيانات التي تمكن الشفيع من اتخاذ قراره فيما اذا كان يشفع أم لا • واذا تم الانذار صحيحا ، اعتبر الشفيع عالما بالبائع •

وبمقتضى المادة ٨٩٧ يجب على الشفيع ، اذا ما اراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في ذلك باعلان رسمى يوجه الى كل من البائع والمشتري • واعلان الرغبة هو أول اجراء يقوم به الشفيع ، ويقابل طلب الموائبة المنصوص عليه في المجلة • ولم ير المشروع أن يأخذ بحكم المجلة حيث يجب على الشفيع أن يقول ما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه

بعقد البيع في الحال ، وانما رأى اعطاء مهلة معقولة للشفيع يتدبر فيها أمره • وقد كان على المشروع ان يختار بين أن تبدأ المهلة من تاريخ الانذار الذي يوجه اليه من البائع أو المشتري وفقا لنص المادة ٩٠٧ كما فعل المشرع المصرى (٩٤٠) والقوانين التي حذت حذوه (العراق م ١١٣٨ ، والليبي م ٩٤٤ ، والسوداني م ٧٥٢ ، والجزائري م ٧٩٩) وبين أن تبدأ المهلة من وقت علم الشفيع بالبائع كما فعل القانون الصومالي (٧٤٩) • وقد آثر المشروع هذا الحكم الأخير وهو الاقرب الى حكم الشريعة الاسلامية • واذا كانت ميزة حكم القانون المصرى والقوانين التي حذت حذوه انه يجب المنازعات حول العلم فمن حق كل من البائع والمشتري أن يوجه انذارا الى الشفيع فيقطع كل نزاع حول علم الشفيع في الاقل ابتداء من وقت الانذار ، فبعد ان نص المشروع على واجب الشفيع في ان يعلن رغبته خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه ، اعتبر الانذار قرينة قاطعة على العلم • وفيما يتعلق بالمهلة التي أعطيت للشفيع ليتدبر فيها أمره ، اكتفى المشروع بخمسة عشر يوما ، محتذيا حذو اكثر التشريعات العربية ، ولم ير الأخذ بما ذهب اليه القانون الجزائرى من جعلها ثلاثين يوما ولوضع حد المنازعات حول اعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ، اشترط المشروع أن يكون اعلان الرغبة رسميا وان يوجه الى كل من البائع والمشتري ، والاسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة •

وقد عرض المشروع في الفقرة الثانية من النص لمحجية الاعلان على الغير ، كالمشتري من المشتري مثلا ، وفي القوانين التي نظمت هذه المسألة ، وكلها تقتصر الشفعة على حالة بيع العقار ، يكون الاعلان حجة على الغير من وقت تسجيله ، فلما اتسع نطاق الشفعة في المشروع ليشمل بيع العقار والمقتول ، جعل الاصل في محجية اعلان الرغبة على الغير بعلمه بهذا الاعلان ثم نص بعد ذلك على انه اذا كان المبيع عقارا وسجل اعلان الرغبة ، فيكون التسجيل قرينة قاطعة على علم الغير ، بحيث يصبح اعلان الرغبة حجة على الغير من تاريخ التسجيل ، حتى ولو لم يعلم به علما حقيقيا • ويكون تسجيل اعلان الرغبة بالتأشير به على هامش تسجيل سند ملكية العقار المسفوع فيه •

وبعد اعلان الرغبة ، يجب على الشفيع أن يقوم باجراءين على التوالي ، ايداع الثمن ثم رفع الدعوى ، وقد نصت المادة ٨٩٨ على انه يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته ، وذلك بعد أن يودع خزانة ادارة التنفيذ كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، والاسقط حقه • وايداع الثمن كله هو ما سار عليه القانون المصرى (م ٩٤٢) والقوانين العربية الاخرى التي حذت حذوه الليبي (م ٩٤٦) والسوداني (م ٧٥٥) والصومالي (م ٧٥٠) والجزائري

في جميع حقوقه والتزاماته ثم نص على انه « ولا يرجع الشفيع على البائع اذا ما استرد العتار بعد الشفعة » . كما لم ير المشروع وجها لما نص عليه القانون الاردني من انه واذا استحق العتار الغير بعد اخذه بالشفعة فللشفيع أن يرجع بالنسب على من آذاه من البائع أو المشتري .

ويواجه نص المادة ٩٠١ الاحكام الخاصة بما قد يكون المشتري احده من زيادة في المبيع ، سواء كانت الزيادة بالبناء أو الغراس أو غير ذلك كعمل شيء من التحسينات التي لا يصدق عليها لفظ البناء . وقد حذا المشروع ، في وضع المسألة ، حذو المجلة التي تقول « اذا زاد المشتري ٠٠٠ » وكذلك نص القانون الاردني . ولم يقتصر على حالة البناء أو الغراس ، كما تفصل كثير من التشريعات العربية (المصري م ٩٤٦ ، العراقي ١١٤٣ ، الليبي ٩٥٠ ، السوداني ٧٥٨ ، الصومالي م ٧٥٤ ، الجزائري م ٨٠٥) .

والنص يفرق بين فرضين : الاول أن يكون المشتري قد أحدث ما أحده قبل أن يعلن الشفيع برغبته ، والثاني أن يكون قد أحدثه بعد أن أعلن الشفيع برغبته . وقد حرص المشروع أن تكون العبرة باعلان المشتري نفسه ، وذلك على خلاف اكثر القوانين العربية التي تقول « اعلان الرغبة في الشفعة » وقد احتذى المشروع في ذلك بالقانون العراقي الذي يقول « قبل أن يبلغ بالرغبة في الأخذ بالشفعة » .

وفي الفرض الاول ، والذي لا لوم فيه على المشتري ، يلتزم الشفيع بما يثاره المشتري ، وهو يختار طبعاً أكبر القيمين ، اما قيمة ما افقته او قيمة الزيادة التي حدثت في المبيع بسبب ما أحدثه المشتري ، وهذا هو حكم القانون المصري (م ٩٤٦) والقانون الليبي (م ٩٥٠) والقانون السوداني (م ٧٥٨) والقانون الصومالي (م ٧٥٤) والقانون الجزائري (م ٨٠٥) . اما القانون العراقي فينص على الزام الشفيع بما زاد في قيمة العتار بسبب البناء والغراس ، ولم ير المشروع الاخذ به لانه قد يؤدي الى خسارة للمشتري دون مبرر . وقريب من ذلك حكم القانون الاردني (م ١١٦٦ / ١) .

وفي الفرض الثاني ، أي عندما يكون المشتري قد أحدث ما أحده بعد ان اعلن برغبة الشفيع ، فيعامل المشتري معاملة الحائز سبباً التية . ولذلك يكون للشفيع أن يطلب الازالة ، وله أن يطلب استبقاء الزيادة ولم ير المشروع أن يقيد هذا الحق اكتفاء بحكم القواعد العامة في عدم جواز التمسك في استعمال الحق . وله أيضاً أن يطلب استبقاء ما أحدثه المشتري . وفي هذه الحالة ، وكذلك في حالة ما اذا كانت الازالة غير مقبولة وفقاً للقواعد العامة ، يلتزم الشفيع بأن يدفع للمشتري أقل القيمين ، قيمة ما افقته المشتري أو قيمة ما ترتب على الزيادة من ارتفاع في قيمة المبيع . ولم يرد المشروع ان

(م ٨٠١) ، بينما نص القانون العراقي على انه يجب على الشفيع عند رفع الدعوى ان يودع ما يساوي نصف السن (م ١١٤٠) ، أما القانون الاردني فلم ينص على ضرورة الابداع ، وانما اعطى المحكمة ان تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه والا بطلت شفيعته .

آثار الاخذ بالشفعة :

اذا سلم المشتري للشفيع بحقه في اخذ المبيع بالشفعة رضاه ، فيكون الاتفاق على ذلك هو سند الشفيع فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ، وهذه مسألة لا تحتاج الى نص .

أما اذا لم يتم الاخذ بالتراضي ، وحكمت المحكمة بثبوت الشفعة للشفيع ، فيكون الحكم النهائي الذي يصدر بذلك هو سند الشفيع فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وهو ما نصت عليه المادة ٨٩٩ ويختلف هذا النص عن نص القانون المصري (م ٩٤٤) والقوانين العربية الاخرى التي تأثرت به في انه استبدل بعبارة « سندا للملكية الشفيع » عبارة « سندا لحقوق الشفيع والتزاماته » لان هذه العبارة الاخيرة اشمل ، وتفيد ان الحكم سند للملكية الشفيع كما انه سند لحقوق الاخرى كالحق في الرجوع على البائع بالضمان .

وبعد ان حدد المشروع سند الشفيع فيما له من حقوق والتزامات بين في المادة ٩٠٠ هذه الحقوق والالتزامات ، فنص في الفقرة الاولى على أن يصل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وهو حكم أخذت به اكثر القوانين العربية (المصري م ٩٤٥ / ١ ، والعراقي م ١١٤٣ ، الليبي م ٩٤٩ ، التونسي م ١١٢ ، السوداني م ٧٥٧ ، الصومالي م ٧٥٣ ، الجزائري م ٨٠٤) .

ثم استثنى النص حق المشتري في الانتفاع بالاجل فنص في الفقرة الثانية على انه « ومع ذلك لا يحق له الانتفاع بالاجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن الا رضاه البائع » وهو استثناء معقول اذ قد يكون البائع قد قبل التأجيل لاعتبارات تخص المشتري وما كان ليقبل التأجيل لغيره . ولهذا لم ير المشروع وجها لمسلك القانون الصومالي الذي اسقط هذا الحكم (م ٧٥٣) .

وأخيراً نص المشروع في الفقرة الثالثة على انه اذا استحق المبيع الغير بعد اخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع الا على البائع . وهذا الحكم يعتبر محض تطبيق لحكم الفقرة الاولى ، وبالتالي كان يمكن الاستثناء عنه ، ورؤى مع ذلك النص عليه اسوة ببعض التشريعات العربية (المصري ٩٤٥ ، العراقي ١١٤٣ ، الليبي ٩٤٩ ، السوداني ٧٥٧ ، الصومالي ٧٥٣) ، ولم ير المشروع وجها لمسلك القانون الجزائري الذي نص في المادة ٨٠٤ على القاعدة العامة وهي حلول الشفيع محل المشتري

أو ضمنا ، وقد سبق ان نص المشروع على انه لا شفعة اذا أظهر الشفيع ارادته صراحة أو ضمنا وقت البيع أو قبضه في انه لا يرغب في الأخذ بالشفعة . اما اذا ظهرت مثل هذه الارادة بعد البيع فهذا هو النزول عن الحق لان النزول لا يكون الا بعد وجود النقي وهو لا يوجد الا على أثر البيع .

كما قرر النص سقوط الحق اذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثة أشهر من يوم تسجيل البيع اذا كان المبيع عقارا . فاذا سجل بيع العقار تكون فرصة العلم به قد اتيحت ليعلم الشفيع وبالتالي يسقط حقه في الاخذ بالشفعة اذا لم يعلن رغبته خلال مدة معينة ، وقد اختلفت التشريعات العربية في مقدار هذه المدة ، ففيه في القانون المصري اربعة أشهر وفي القانون السوداني ستة أشهر (م ٩٤٨) وفي كل من القانون الليبي (م ٩٥٢) والقانون الجزائري (م ٨٠٧) ستة .

وبالاضافة الى هذين السببين من اسباب النزول فتح الشفيع يسقط في احوال اخرى ورد النص عليها في المواد السابقة ، فهو يسقط اذا لم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع (م ٨٩٧) كما يسقط حقه اذا لم يودع كل الثمن الحقيقي أو لم يرفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان رغبته (م ٨٩٨) .

وعرض المشروع بنص المادة ٩٠٤ لمسألة أثر موت الشفيع وهل يسقط الحق في الأخذ بالشفعة أم ينتقل الحق الى ورثته . وهذه مسألة خلافية في فقه الشريعة الاسلامية ، فذهب الشافعي ومالك الى أن حق الشفعة يورث فيجوز للوارث محل مورثه لأنه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار فاذا انتقل ذلك العقار الى الوارث انتقل اليه بحقوقه . وذهب احمد الى انه يورث اذا ما تقرر بالمطالبة لتاكده وتمتقته حينئذ اما قبل المطالبة فلا يورث . اما عند الحنفية فعن الشفعة لا يورث اذ هو ارادة ومشبهة والوارث لا يرث مورثه في رغبته لانه صفات شخصية .

وقد كان لهذا الخلاف أثره في موقف القوانين العربية من هذه المسألة ، فعندما وضع المشروع التمهيدى المصري نص فيه صراحة على انتقال الحق في الشفعة الى الورثة ، ولما ثار الخلاف حول هذه المسألة انتهى الامر بتركها لاتجاه القضاء فجاء القانون حاليا من النص على حكم فيها . وقد حدا حضور القانون المصري بعض القوانين العربية فلم تعرض للمسألة بنص (الليبي ، السوداني ، الصومالي ، الجزائري) . في حين نصت بعض القوانين الاخرى (العراقي ، الاردني ، التونسي) على انتقال الحق الى الورثة ، وهذا هو الاتجاه الذي رأى المشروع الاخذ به فنص في المادة ٩٠٤ على انه « لايسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وانما ينتقل الى ورثته » .

يأخذ بحكم القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه (الليبي ، الصومالي ، الجزائري) الذي يلزم الشفيع بدفع ما افقته المشتري دون أن يعطيه الخيار بين أقل القيمتين . كما لم ير المشروع الأخذ بحكم القانون العراقي (م ١١٤٣) الذي يلزم الشفيع بدفع قيمة البناء أو الغراس مستحقى القلع ، وهو حكم القانون الاردني ايضا (م ١١٦٦) واستحسن المشروع حكم القانون السوداني (م ٧٥٨ / ٢) .

وتعرض المادة ٩٠٢ لمصير التصرفات التي تمت من المشتري ، ومدى سرياتها في حق الشفيع ، سواء كانت من التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة ، أو كانت مما يرتب حقا عينيا آخر كالاتناع أو الرهن .

وفي قوانين البلاد العربية ، حيث تقتصر الشفعة على العقار دون المنقول ، نجد بعض الدول تجعل مناط السريان أو عدم السريان هو كون التصرف قد تم أو ان الحق قد نشأ قبل أو بعد تسجيل اعلان الرغبة ، باعتبار ان هذا التسجيل هو الذي يجعل اعلان الرغبة نافذا في حق الغير (المصري ٩٤٧ ، الليبي ٩٥١ ، السوداني ٧٥٩ ، والصومالي ٧٥٥ ، الجزائري ٨٠٦) . ونظرا الى أن المشروع قد اجاز الشفعة في العقار والمنقول على السواء ، وبالتالي قد نص في المادة ٨٩٧ على الا يكون اعلان الرغبة حجة على الغير الا اذا علم به ، كما

نص على اعتبار تسجيل اعلان الرغبة قرينة قاطعة على العلم ، وذلك على نحو ما تقدم بيانه ، نظرا لهذا نص في المادة ٩٠٢ على الا يسرى في حق الشفيع أى تصرف ناقل للملكية صدر من المشتري ، ولا اى حق عينى رتبته او ترتب منه ، اذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي أصبح فيه اعلان الرغبة حجة على الغير وفقا للمادة ٨٩٧ . ولم ير المشروع الأخذ بحكم القانون العراقي (م ١١٤٤) الذي ينص على عدم السريان اذا كان التصرف أو الحق قد تم بعد تبليغ الرغبة في الأخذ بالشفعة ، لان هذا الحكم لا يضع اى اعتبار لحصاية الغير . كما لم ير المشروع الأخذ بحكم القانون الاردني الذي يجعل مناط عدم السريان هو كون التصرف او الحق قد تم بعد رفع الدعوى ، لان هذا قد يسهل العمل على تعطيل حق الشفيع في الأخذ بالشفعة .

وإذا فرض ونشأت على المشتري ديون مقيدة ولم تتفد في حق الشفيع حماية للشفيع نفسه ، فليس ثمة ما يمنع من أن يبقى للدائنين حقوقهم في الاولوية على ما يؤول الى المشتري من ثمن وهو ما نص عليه المشروع في الفقرة الثانية ، وهو حكم معقول نصت عليه قوانين البلاد العربية محل المقارنة .

سقوط الشفعة :

عرض المشروع في المادة ٩٠٣ لاسباب سقوط الحق في الشفعة فنص على سقوط الحق اذا نزل الشفيع عنه صراحة

(رابعا) الحيازة

١ - تعريف الحيازة وأركانها :

يتضمن نص المادة ٩٠٥ تعريفا للحيازة . ولم يملك المشروع مسلك القانون المصري الذي لم يضع تعريفا تشريعا تاركا مسألة التعريف للفقهاء ، وهو المسلك الذي سلكته بعض التشريعات العربية الأخرى تأثرا بالقانون المصري . وآثر المشروع مسلك التشريعات الأخرى في وضع تعريف تشريعي (العراقى ١١٤٥م ، التونسي ٣٨م ، السوداني ١/٧٦١م ، الصومالي ١/٧٥٧م ، الاردنى ١/١١٧١م) . بالإضافة الى مجلة الأحكام العدلية التي تعرف ذا اليد ، أى الحائز في المادة ١٦٧٩ . وقد آثر المشروع هذا المسلك عملا على ضبط فكرة الحيازة .

وقد عرف المشروع الحيازة بأنها : « سيطرة شخص ، بنفسه أو بواسطة غيره ، على شيء مادي ظاهر عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق » ، والعبارة الأخيرة توضح عبارة « ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر » .

وهذا التعريف تضيق فكرة الحيازة ، فهو يبين أولا أن قوام الحيازة السيطرة على شيء مادي . وقد يكون الشيء عقارا أو قد يكون منقولا ، ولكن الحيازة لا ترد الا على الاشياء المادية ، وهو الرأى السائد ، فلا ترد على الاشياء غير المادية كالمصنعات الفنية ، ولا على الديون ، فمن يطلق عليه الدائن الظاهر ليس حائزا للدين بالمعنى الفني للحيازة وما ترتب عليها من آثار ، مع ملاحظة ان الديون الثابتة في سندات لحاملها تندمج في السندات وهي أشياء مادية وتعتبر حيازة السند حيازة للدين تنطبق عليها أحكام الحيازة .

وبين التعريف ان السيطرة قد يباشرها الحائز بنفسه وقد يباشرها بواسطة غيره ، وقد بينت المادة ٩٠٨ متى تكون الحيازة بواسطة الغير .

كما بين التعريف ان السيطرة تكون بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر . فاستبعد المشروع ما قبل من أن الحيازة تتحقق حتى بالنسبة للحقوق الشخصية (المادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدي للقانون المصري ومذكرتها الايضاحية) . والظهور بمظهر صاحب الحق يكون مباشرة الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق ، فيجب ان يباشر الحائز أعمالا مادية كالبناء على الأرض أو احداث تعديلات في الشيء أو المرور في أرض الجار ، اما التصرفات القانونية كالبيع والتأجير فلا تكفي بذاتها للدلالة على السيطرة ، وهي الركن المادي للحيازة ، إذ يمكن أن يقوم بها من لا يسيطر . ويجب ان يباشر الحائز الاعمال التي تتحقق بها سيطرته على الشيء كما يباشرها عادة صاحب الحق وهذه مسألة موضوعية يتقدها التقاضي بحسب الظروف .

والتعريف يكشف عن ضرورة توفر ركني الحيازة ، الركن المادي ويتشمل في السيطرة المادية على الشيء ، ويمكن ان يتحقق هذا الركن بسيطرة الحائز بنفسه كما يتحقق بسيطرته بواسطة غيره . والركن الثاني هو الركن المعنوي ، وهو ما تعبر عنه عبارة ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وبذلك لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني من يسيطر على الشيء لا لحساب نفسه ولكن لحساب غيره كالمستأجر والمستعير والتابع ، وهو الذي يطلق عليه الحائز العرضي . والركن المعنوي ، على خلاف الركن المادي ، يجب ان يتحقق لدى الحائز نفسه ، فيما عدا حالة ما اذا كان الحائز عديم الاهلية أو ناقصا فيمكن ان يتحقق لدى من يتوب عنه قانونا (٩٠٩م) .

وبعد أن وضع المشروع تعريف الحيازة ، عرض في المواد ٩٠٦ الى ٩١٦ المسائل التي تتعلق بأركانها مما يحتاج الى نص ، وذلك على النحو التالي :

عرضت المادة ٩٠٦ لاشياء لاتصح حيازتها ، وبالتالي فهمها سيطر عليها الشخص ، وبأية صفة كانت السيطرة ، لا يعتبر حائزا بالمعنى القانوني ، وهي الاشياء المملوكة للدولة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة سواء كانت الملكية عامة أم خاصة .

وعرضت المادة ٩٠٧ لاعمال قد يباشرها الشخص على الشيء ولا تكفي لاعتباره حائزا . ولها الاعمال التي تعتبر من المباحات فإذا بنى شخص جدارا على حافة ملكه وفتح فيه فتحة تطل على ملك جاره مما يبيحه القانون فلا يعتبر حائزا لحق ارتفاق على ملك جاره ، لأن حيازة الارتفاق على ملك الجار لا بد أن تتضمن تعديا على هذا الملك والعمل المباح لا يتضمن أى تعد .

وكذلك لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على ملك غيره على سبيل التسامح من هذا الغير ، لانتفاء الركن المعنوي للحيازة ، فالتسامح يفيد الترخيص من المالك ، وبالتالي لا يمكن القول ان من يباشر هذه الاعمال يظهر بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني ، فلا يعتبر حائزا من يمر من أرض جاره تسامحا من الجار مراعاة منه لما يقتضيه الجوار من حسن العلاقات بين الجيران ، ولا يعتبر حائزا الابن الذي يتفح بملك أبيه تسامحا من الأب وهكذا .

والسيطرة على الشيء وهي قوام الركن المادي للحيازة ، كما يمكن ان يباشرها الحائز بنفسه ويمكن ان يباشرها بواسطة غيره ، كما يتضح من تعريف الحيازة الوارد في المادة ٩٠٥ . وقد نصت المادة ٩٠٨ على أن « تكون الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء باسم الحائز » . ففي هذه الحالة يكون الحائز هو من يباشر السيطرة باسمه ، أما الوسيط فيباشر حائزا بالمعنى القانوني للحيازة ، ويطلق عليه الحائز العرضي ، فلا تكون له الا الحيازة المادية ، ومثاله المستأجر والمستعير ومن تركه غيره يستعمل الشيء تسامحا منه الخ . وهذا ولم

التي تأثرت به حيث يوجد مع النصوص الخاصة بالتقادم، (٩٧٢) مصرى، ٩٢١ سوري، ١١١٠ عراقي، ٩٧٦ لبيى، ٤٩ تونسى، ٧٧٩ صومالي، ٧٨٣ سودانى، ٨٣١ جزائرى، ١١٨٥ أردنى) برغم أن أثر تغير الصفة، أو سند الحيازة، لا يقتصر أثره على التقادم وإنما يمتد الى الحيازة في كل ما يتعلق بوجودها وكافة الآثار التي تترتب عليها. وقد اقتضى تغيير موضع النص اختلاف في الصياغة بحيث لا يكون الحكم مقصوراً على التقادم.

ويعرض نص المادة ٩١١ لشرط لازم حتى يترتب على الحيازة آثارها، وهو شرط خلوها من العيوب. والحيازة، وأن كانت معينة، فهي موجودة، وقد تترتب عليها بعض الآثار، فنصت المادة على أنه «إذا اقترنت الحيازة بأمره أو حصات خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب». وهو نص مطابق لنص القانون المصرى (٢/٩٤٢).

والمسلم أن وجود عيب من العيوب المذكورة، وهى الاكراه والخفاء واللبس، لا يمنع من وجود الحيازة، بل ولا يمنع من ترتب بعض الآثار ذلك أن هذه العيوب نسبية فلا تمنع الحيازة من ترتيب آثارها إلا بالنسبة لمن وقع عليه الاكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها، وبالتالي فقد تترتب على الحيازة أثرها وذلك في مواجهة غير هؤلاء الأشخاص. كما أن هذه العيوب مؤقتة فيمكن أن تزول فتصبح الحيازة سالحة لترتيب آثارها.

والحيازة تقتضى بالضرورة شيئاً من الاستمرار، طال الزمن أم قصر، ولما كان من بين الآثار التي تترتب عليها ما يقتضى ترتيبه أن تكون قد استمرت مدة معينة وقد يثور الشك حول استمرارها طوال المدة التي يتطلبها القانون، لهذا وضع المبروع في المادة ٩١٢ قرينة على استمرار الحيازة، بالنص على أنه «إذا ثبت قيام الحيازة في وقت معين وفي وقت سابق من معين اعتبرت قائمة بين الوقتين ما لم يثبت العكس». وقد رؤى هنا أيضاً وضع هذه القرينة بين النصوص المتعلقة بالحيازة ذاتها لتعلقه بوجودها، وذلك على خلاف النصوص التي وضعتها بين النصوص الخاصة بالتقادم برغم أن مسألة اثبات استمرار الحيازة تثار في مسائل أخرى مثل اثبات مضي مدة ثلاث السنوات عند رفع دعوى من دعاوى الحيازة.

٢ - آليات الحيازة:

بعد أن عرض المشروع لآركان الحيازة، وضع في المادة ٩١٣ قاعدة خاصة بآليات الحيازة فنص على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على الحيازة، افترض أن من يباشر

ينقل نص المشروع العبارة الواردة في نص المادة ٩٥١ مصرى والقوانين العربية الأخرى التي تأثرت به في شأن تحديد من يباشر الحيازة باسم غيره وهى «... وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الانتساب بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة» لأن هذه العبارة تحصر الوسيط فيمن يكونون تابعين وهو غير صحيح، فالمسلم أن الوسيط كما يكون تابعاً يمكن أن يكون ممن لا يصدق عليهم هذا الوصف كصاحب الانتفاع الذى يجوز، بالنسبة للملكية باسم غيره، وكذلك المستأجر. وقد اقتضى المشروع، في استبعاد تلك العبارة، بالقانون السودانى (٧١٣م).

وإذا ثار الشك حول ما إذا كان الذى يباشر السيطرة يباشرها لنفسه وبالتالي يكون هو الحائز أم يباشرها باسم غيره فيكون حائزاً عرضياً، فتكون بصدده مسألة اثبات يسرى عليه حكم المادة ٩١٣ وبوجه خاص العبارة الأخيرة من النص وهى «... فان كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض انها لحساب من انتقلت منه».

وإذا كان الركن المادى للحيازة يمكن أن يباشره الحائز بواسطة الغير على النحو السابق، فالركن المعنوى يجب، بحسب الأصل، أن يتوفر لدى الحائز نفسه، فيجب أن تتوفر لدى الحائز قسمة نية الظهور بمظهر صاحب الحق على الشيء الذى يسيطر عليه، ولا يستثنى من هذا الأصل الا حالة ما إذا كان الحائز غير كامل الأهلية كالصبي دون السابعة والمجنون والوصى المميز، فيمكن أن يتحقق الركن المعنوى لدى الولى أو الوصى أو القيم، وقد عرض المشروع لهذا الحكم في المادة ٩٠٩ التي تنص على أنه «يجوز لمعديهم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانوناً. ولم ير المشروع وجهاً لما ذهب إليه المشروع المصرى والقوانين التي تأثرت به من قصر الحكم على غير المميز».

وإذا كان من يجوز باسم غيره، كالتابع والمستأجر لا يعتبر حائزاً بالمعنى القانونى، فيمكن أن تتغير صفة حيازته من حيازة عرضية الى حيازة قانونية. ولكن لا يكفي لاحداث هذا التغير أن تتغير نية الحائز العرضى، بل يجب أن يتخذ التغيير مظهراً خارجياً كافياً لازالة الصفة السابقة، وهى كونه حائزاً عرضياً، واحلال الصفة الجديدة محلها. وهذا ما نص عليه المشروع في المادة ٩١٠ التي تنص على أنه ليس لمن يجوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته، ولكن تتغير هذه الصفة اما بفعل الغير واما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يجوز باسمه. ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة الا من وقت الفعل الذى احدث التغيير.

وقد حرص المشروع أن يضع هذا الحكم مع النصوص الخاصة بآركان الحيازة، على خلاف القانون المصرى والقوانين

السيطرة المادية هو الحائز الى أن يثبت العكس . فان كانت هذه السيطرة قد انتقلت من حائز سابق افترض أنها لحساب من انتقلت منه» .

ويضع هذا النص أولاً قرينة على أن من يباشر السيطرة المادية ، وهي الركن المادي للحيازة ، انما يباشرها لنفسه لا لغيره فهي قرينة على وجود الركن المعنوي للحيازة ، يجوز اثبات عكسها كأن يثبت من ينازعه أنه مستأجر أو مستعير أو أنه تركه يباشر الاعمال المادية تمامها منه . ثم وضع المشرع قرينة أخرى لمصلحة من يريد اثبات عكس القرينة الأولى ، فاذا أثبت أن الحيازة كانت له وان السيطرة المادية قد انتقلت منه افترض أن تلك السيطرة لحسابه هو ، وهذه أيضاً قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس كأن يثبت من له السيطرة المادية أنه اشترى الشيء من حائزه السابق .

٣ - حسن وسوء نية الحائز :

وبعد الانتهاء من أركان الحيازة وإثباتها عرض المشروع في المواد من ٩١٤ الى ٩١٦ لصفة الحيازة من حيث حسن أو سوء نية الحائز ، وهي صفة تؤثر من بعض النواحي فيما يرتب على الحيازة من آثار .

فبدأت المادة ٩١٤ ببيان متى يعتبر الحائز حسن النية ، فذكرت أنه يعتبر كذلك اذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، الا اذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم . ووضح من هذا أن الميار الاساسي فسي تحديد حسن النية هو معيار شخصي فيعتد بعلم أو جهل الحائز شخصياً . لكن يكمل هذا الميار الشخصي معيار آخر موضوعي اذ ينتهي حسن النية ولو كان الحائز شخصياً يجهل أنه يعتدي على حق للغير اذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم وتقدر جسامته الخطأ بتقدير موضوعي فهو الخطأ الذي لا يقع فيه الشخص المهمل قليل العناية ، ونظرا الى أن اغتصاب الحيازة بالاكراه يعتبر خطأ جسيماً ، فبينت مع حسن النية حتى ولو كان الحائز يعتقد وهو يفعل ذلك أنه صاحب حق ، قرر المشروع هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة ٩١٥ الخاصة بسوء نية الحائز .

وفيما يتعلق بابات نية الحائز وضع المشروع في الفقرة الثانية من النص قرينة على حسن النية ، وهي قرينة بسيطة يجوز لمن يدعي أن الحائز سيء النية أن يثبت عكسها . هذا وقد تحفظ النص عقب هذه القرينة فقال : « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » فقد يعتبر المشرع الحائز سيء النية في ظروف معينة كما هي الحال بالنسبة للخلف العام للحائز . فاذا كان سلفه سيء النية افترض أنه هو كذلك سيء النية الى أن يثبت العكس (م ٩١٧) .

وإذا كان الاصل هو اعتبار الحائز حسن النية ، الى أن يثبت العكس وفقاً لما نصت عليه المادة ٩١٤ ، فيبقى تحديد متى يصبح الحائز سيء النية ، وهو ما عرض له نص المادة ٩١٥ ، وبمقتضاها يصحح الحائز سيء النية : أولاً - اذا ثبت علمه الحقيقي بأن حيازته اعتداء على حق الغير ويكون سوء نيته من وقت هذا العلم . وثانياً - اذا رفعت عليه دعوى تفيد أن الحق الذي يدعيه على الشيء الذي يحوزه ليس له ، فيعتبر سيء النية من وقت اعلاؤه بصحيفة الدعوى ولو بقي على ما هو عليه معتقداً أنه صاحب حق . هذا بالإضافة الى ما سبق أن ذكرناه من أنه يعتبر سيء النية اذا ثبت أنه اغتصب الحيازة بالاكراه من غيره حتى ولو كان يعتقد وقت النصب أنه صاحب حق .

ونظرا الى أن صفة الحيازة قد تنير ، وبخاصة مسن حيث حسن أو سوء نية الحائز ، فقد نصت المادة ٩١٦ على أن : « تبقى الحيازة محتقة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها الى أن يثبت العكس » .

٤ - انتقال الحيازة :

بعد أن نظم المشروع أركان الحيازة وإثباتها وصفتها من حيث حسن النية أو سوء نية الحائز ، عرض في المواد من ٩١٧ الى ٩٢١ لاتقالها من الحائز الى من يخلفه فيها سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً .

فبدأ في المادة ٩١٧ بالنص على انتقال الحيازة من الحائز الى خلفه العام . والمسلم أن يد الخلف العام هي استمرار ليد سلفه ، فاذا كان السلف حائزاً بالمعنى القانوني أي حيازة مستكملة لركنيتها المادي والمعنوي ، اعتبر الخلف العام كذلك ، واذا كان يحوز لحساب غيره أي كان ما يسمى الحائز العرضي، اعتبر الخلف العام كذلك . واذا كان السلف حائزاً حسن النية أو كان سيء النية انتقلت حيازته الى خلفه بهذه الصفة . ولكن اذا كان السلف سيء النية بأن كان يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير ، وكان الخلف يجهل ذلك وأثبته كان له أن ينسك بحسن نيته هو .

ثم عرضت المادة ٩١٨ لاتقال الحيازة بمقتضى الاتفاق بين الحائز وغيره ، الذي يعبر عنه الفقهاء عادة بالخلف الخاص، فنصت على أن تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره اذا اتفقا على ذلك وأصبح في استطاعة هذا الغير أن يسيطر على الشيء ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً . فيجب أولاً أن يكون هناك اتفاق على نقل الحيازة والمقصود هو نقلها بركنيتها المادي والمعنوي كما لو كان الاتفاق بيعاً أو هبة . ويجب ثانياً أن تنتقل السيطرة على الشيء الى الخلف أو في الاقل القدرة على السيطرة بمعنى أن يكون في استطاعته مباشرة الاعمال المادية

مشتري المنزل المفاتيح التي تمكنه من شغله وهكذا .

وقد ذكرنا أن حيازة الخلف العام تعتبر استمرارا لحيازة السلف وهو ما يعني أن تنتقل الحيازة من وقت بدئها الى الخلف ، فاذا اقتضى الامر حساب مدة الحيازة فتبدأ المدة وقت بدء حيازة السلف . أما الحيازة التي تنتقل من الحائز الى غيره بالاتفاق فهي حيازة جديدة ، قد تماثل حيازة السلف في صفاتها وقد تختلف عنها ، ومع ذلك فاذا كانت مصلحة الخلف في ضم مدة حيازة سلفه الى مدة حيازته ، فله ذلك وفقا لنص المادة ٩٢١ من المشروع . مع ملاحظة أنه عند الضم ينظر الى الحيازة التي انضمت بصفاتها كما كانت عند السلف .

٥ - زوال الحيازة :

تقوم الحيازة ، كما سبق البيان ، على ركبتين ، المادى والمعنوى ، ولذلك فهي تزول بزوال الركبتين معا ، أو بزوال أحدهما ، فتزول الحيازة عن الحائز اذا فقدت الركبتين معا ، وذلك في حالتين : الاولى حالة ما اذا هزل الحائز حيازته الى غيره بالاتفاق على نحو ما ورد في النصوص المتعلقة بانتقال الحيازة ، كما لو باع الحائز الشيء الذي يحوزه باعتباره مالكا وسلمه الى المشتري . والحالة الثانية اذا ما تخلى الحائز عن الشيء بنية تركه ، دون أن ينتقل حيازته الى غيره . وزوال الحيازة بفقد الركبتين معا لا يحتاج الى نص .

وقد تزول الحيازة بفقد الركن المادى وحده ، وقد عرض المشروع بنص المادة ٩٢٢ لهذا ، فبدأ في الفقرة الاولى من النص بالقول : « تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء ، أو فقد هذه السيطرة بآية طريقة أخرى » فالاصل ان تزول الحيازة بمجرد فقد السيطرة الفعلية ، ولكن اذا كان الذي حال دون الحائز والسيطرة الفعلية مانعا وقتيا ، فان كان هذا المانع قوة قاهرة كفيضان أو حرب حالت دونه والسيطرة على الشيء فلا يترتب على هذا المانع زوال الحيازة بل تبقى ما بقي المانع قائما . وقد يكون المانع هو أن شخصا آخر قد حاز الشيء ، ويكون للحائز الذي فقد حيازته أن يستردها وفقا للقانون ، وذلك بدعوى استرداد حيازة العقار التي نطقها المشروع بالمواد ٩٢٤ و ٩٢٥ و ٩٢٦ . فاذا استعمل من فقد الحيازة حقه في الاسترداد ، واسترد الحيازة فعلا ، فتعتبر حيازته مستمرة وكأنها لم تنقذ .

٦ - آثار الحيازة :

بعد أن عرض المشروع للحيازة في ذاتها انتقل الى بيان ما يترتب عليها من آثار ، فبين أولا : آثار الحيازة من حيث اعتبارها قرينة على الحق ، وثانيا : حماية الحيازة ذاتها بدعوى الحيازة الثلاث ، ثم عرض لآثار الحيازة في كسب الحائز الثمار وفي استرداد ما أنفقه من مصروفات وأحكام تحمل

التي يباشرها عادة صاحب الحق الذي اتفق على نقله دون عائق .

وإذا كان انتقال الركن المعنوي للحيازة يستخلص من الاتفاق ، فالركن المادى ينتقل الى الخلف أما يتسلم الشيء تسلما ماديا بحيث تتحقق له السيطرة الفعلية ، وأما بما يسمى بالتسليم الحكيم أو بما يسمى التسليم الرمزي ، وقد عرض المشروع في المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ لهاتين الصورتين الاخيرتين للتسليم .

فعرضت المادة ٩١٩ لما يسمى بالتسليم الحكيم ، فنصت على أنه يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي اذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه . والنص يمرض لصورتين : الاولى أن يشتري السلف ، بعد العقد ، واضعا يده ولكن لحساب الخلف كأن يبيع الحائز الشيء ويتفق مع المشتري في الوقت نفسه على أن يستأجره فيصبح مستأجرا يجوز لحساب المشتري أي الخلف في الحيازة . والصورة الثانية أن يكون الخلف ، قبل الاتفاق على نقل الحيازة ، واضعا يده لحساب السلف كالمستأجر ويتفق على أن يشتري الشيء فيستمر واضعا يده لحساب نفسه ، فيصبح حائزا بعد أن كان يجوز لحساب السلف أي بعد أن كان حائزا عرضيا .

وعرضت المادة ٩٢٠ لما يسمى التسليم الرمزي . ولم يتكف المشروع بالنص على أهم تطبيقات هذه الصورة من صور التسليم كما فعلت بعض التشريعات العربية (المصري ٩٥٤ ، السوري ٩١٣ ، الليبي ٩٥٨ ، السوداني ٧٦٦ ، الصومالي ٧٢٢ ، الجزائري ٨١٣) وانما بدأ بوضع قاعدة عامة فنص في الفقرة الاولى على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة اذا تسلم الخلف ما يمكنه من التسلم المادى للشيء » . ثم عرض المشروع في الفقرة الثانية لتطبيق هذه القاعدة في أهم حالاتها العملية ، وهي الحالة التي نصت عليها التشريعات العربية المذكورة ، فنص على أنه « وبوجه خاص ، فتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . على أنه اذا تسلم شخص هذه السندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الافضلية تكون لمن تسلم البضاعة » . وتفضل من تسلم البضاعة على من تسلم السندات مشروط بأن يكون كما يظهر من النص ، حسن النية أي لا يعلم بسبق تسليم السندات الى غيره ، فان كان سيئ النية فيجب تفضيل من تسلم السندات ما دام حسن النية فيعتبر هو الحائز . ومن صياغة النص يتضح أن القاعدة تتسع لتبر الحالة الموصوف عليها بوجه خاص ، ولهذا يعتبر حائزا من تسلم مفتاح المخزن الموجودة به البضاعة أو تسلم

تبعه هلاك الشيء وأخيراً لاثم العيابة التي تستمر فترة من الزمن باعتبارها دليلاً على وجود الحق يسكن الحكم للحائز بمقتضاه بالحق ، وأثر حيابة المقتول بسبب صحيح وحسن نية .

وأول الآثار التي ترتب على العيابة هو اعتبارها قرينة على وجود الحق الذي يظهر الحائز بظهور صاحبه ، بل أن هذا الاعتبار هو أهم الأسس التي تقوم عليه كافة الآثار الأخرى ابتداء من حماية العيابة في ذاتها ، بدعاوى العيابة إلى ما قد يترتب على العيابة من آثار أخرى . ولهذا بدأ المشروع بتقرير هذه القرينة فنص في المادة ٩٢٣ على أن « من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق ما لم يثبت العكس » ، فما دام الظاهر أن الحائز هو صاحب الحق فالتقانون يفترض أن هذا الظاهر يمثل الحقيقة ، وعلى من يدعى خلافاً أن يثبت مسا يدعيه . ولا تقتصر فائدة هذه القرينة على تحقيق مصلحة الحائز الذي قد يكون غير صاحب الحق ، وإنما تحقق أيضاً مصلحة صاحب الحق نفسه وكثيراً ما يكون الحائز هو صاحب الحق ، فبمقتضاها يعنى من تقديم دليل الإثبات لوجود حقه إذا ما نازعه غيره في وجود هذا الحق وعلى من ينكر عليه حقه أن يثبت ما يدعيه .

دعاوى العيابة :

دعاوى العيابة ، وهي دعوى استرداد العيابة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، هي دعاوى لحماية العيابة في ذاتها أي سواء كان الحائز صاحب حق على الشيء الذي يجوز أم لا ، ولذلك فالحكم الذي يصدر في دعوى من هذه الدعاوى هو حكم وقفي ، وهذه الدعاوى تحمي حيابة العقار دون حيابة المقتول .

(١) دعوى استرداد العيابة :

دعوى استرداد العيابة هي التي يرفعها الحائز الذي سلبت منه العيابة بطريقة تعتبر اعتداء على هذه العيابة ، سواء بالقوة أو بغير القوة ، علناً أو خفية ، وهي ترفع على من سلب العيابة بنفسه وكذلك على من انتقلت إليه العيابة ممن سلبها .

وقد وضع المشروع القاعدة العامة في المادة ٩٢٤ التي تنص في فقرتها الأولى على أن « لحائز العقار إذا فقد العيابة أن يطلب خلال ثلاث سنوات التالية لفقدتها ردها إليه ، فإذا كان فقد العيابة خفية بدأ سريان ثلاث السنوات من وقت اكتشافه » . ومن النص يتضح أن كل حائز له أن يرفع الدعوى مع ملاحظة أن الحماية التي يسبغها القانون على العيابة بتقرير حق الحائز في رفع الدعوى ، وكذلك دعاوى العيابة الأخرى ، هي من الآثار التي ترتب على العيابة وبالتالي لا بد أن تكون العيابة غير معيبة بالنسبة لمن ترفع عليه الدعوى تطبيقاً

لنص المادة ٩١١ . ويستوى بعد ذلك أن يكون الحائز الذي يرفع الدعوى حسن النية أو سيء النية كما لا يشترط وفقاً لهذا النص أن تكون العيابة قد استمرت مدة معينة . ولكن الدعوى يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت فقد العيابة إذا حدث ذلك علناً ، أو من وقت انكشاف فقدتها إذا حدثت خفية .

ولا يقتصر الحق في رفع الدعوى على الحائز نفسه ، وإنما يجوز أن يرفعها من يجوز لحساب غيره ، وهو من يطلق عليه الحائز العرضي كالمستأجر والمستعير ، وكذلك من يباشر السيطرة على الشيء على سبيل التسامح من صاحب الحق . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من النص .

وإذا كان الأصل أن الحائز له أن يسترد العيابة الشيء فقدتها أيًا كانت المدة التي استمرت خلالها حيابته ، كما يوضح من نص المادة ٩٢٤ ، فثمة حالة لا يستطيع من فقد العيابة أن يستردها ، لاعتبارات عملية وهي الحالة التي نصت عليها المادة ٩٢٥ ويشترط حتى يمنع الاسترداد : (أولاً) أن تكون حيابة مدعى الاسترداد لم تستمر ثلاث سنوات كاملة حتى وقت فقدتها . (ثانياً) أن يكون فقد العيابة بغير القوة ، فإذا كان فقد الحائز بالقوة كان لمن فقدتها أن يسترد حيابته أيًا كانت مدتها . (ثالثاً) أن تكون حيابة المدعى عليه أحق بالفضل من حيابة من يطلب الاسترداد ، وتكون حيابة المدعى عليه أحق بالفضل إذا كانت تقوم على سند قانوني كعقد بيع في حين أن حيابة المدعى لا تقوم على سند . فإذا لم تستند أي من العيابتين إلى سند ، أو كان لدى كل من المدعى والمدعى عليه سند كما لو كان كل منهما قد اشترى العقار سواء من نفس الشخص أو من شخصين مختلفين ، فتكون العيابة الأسبق في التاريخ هي الأحق بالفضل . ويرجع حرمان الحائز الذي فقد حيابته من الاسترداد في هذه الحالة ، على خلاف منطوق دعوى عدم الاسترداد ، لاعتبارات عملية ، إذ لو قلنا بجواز الاسترداد ، لكان من حق المدعى عليه ، والفرض أن حيابته أحق بالفضل ، أن يعود فيرفع دعوى لاسترداد حيابته ممن حكم له في الدعوى الأولى ، فتضادياً لتعمد المدعى تنظر المحكمة ابتداء في أي العيابتين أحق بالفضل فتحكم بالاسترداد أو ترفض الدعوى .

وأخيراً نصت المادة ٩٢٦ على أنه يجوز أن ترفع دعوى الاسترداد على من انتقلت إليه حيابة العقار ولو كان حسن النية . وهذا الحكم يمكن الوصول إليه بغير هذا النص استناداً إلى إطلاق نص المادتين السابقتين إذ لم يرد في أيهما ما يدل على أن الدعوى ترفع على من سلب العيابة نفسه ، وبالتالي فيمكن أن ترفع الدعوى إذا توافرت شروطها على كل من يباشر السيطرة على العقار وقت رفع الدعوى سواء

يرفع دعوى منع التعرض وبخاصة من حيث اشتراط أن تكون حيازته حيازة قانونية مستكملة لركنيتها الماسدي والمعنوي وأن تكون قد استمرت ثلاث سنوات كاملة . ويجب أن يثبت المدعي الاسال التي يطالب وقفها ، وان ثمة اسبابا معقولة يفضي معها أن هذه الاعمال لو تمت لكافتم تعرضا له في حيازته ، فالفرض أن التعرض لم يحصل فعلا ولكن يفضي حصوله ولذلك يشترط ألا تكون الاعمال قد تمت اذ لو كانت قيد تمت لكنا بصدد تعرض واقع فعلا ويكون للحائز ان يرفع دعوى عدم التعرض لادعوى وقف الاعمال الجديدة . ويجب أن ترفع الدعوى خلال ثلاث السنوات التالية لبدء الاعمال التي يطلب وقفها .

وقد بينت انقرة الثانية من النص ما يحكم به القاضى في الدعوى ، فله اذا رأى الطائر محققا في دعواه أن يحكم بوقف الاعمال ، فلا يحكم بالازالة . وفي هذه الحالة يجوز له ان يأمر

كان هو الذى سلب الحيازة أو كان خلفا لمن سلبها ولو كان حسن النية . ومع هذا فقد حرص المشروع على إيراد هذا النص نظرا الى أن الحكم على خلاف ذلك في فرنسا حيث لا ترفع الدعوى الا على من سلب الحيازة نفسه أو على من انتقلت اليه الحيازة ممن سلبها بشرط أن يكون سببه النية . (ب) دعوى منع التعويض :

عرضت المادة ٩٢٧ للدعوى الثانية من دعاوى الحيازة ، وهي دعوى منع التعرض ، فنصت على أن للطائر المقار اذا استمرت حيازته ثلاث سنوات ثم وقع له تعرض في حيازته أن يرفع خلال ثلاث السنوات التالية دعوى بمنع هذا التعرض . وهذه الدعوى لا تكون الا للطائر بمعناه القانوني ، فلا تثبت - على خلاف دعوى استرداد الحيازة - لمن يحموز لحساب غيره ، ويجب حتى تستحق الحيازة الحماية بهذه الدعوى أن تكون بالنسبة للمدعى عليه خالية من العيوب ،

المادة ٩٣٣ لسلطة المحكمة في أن تقرّر ماتراه مناسباً للوفاء بالمصرفوات المحكوم بها ، وذلك تبسراً على المالك ، ولها بوجه خاص أن تحكم بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط أن تأمر بتقديم الضمانات الكافية .

المسئولية عن الهلاك أو التلف :

عرضت المادة ٩٣٤ لمسئولية الحائز ، قبل من يستحق الشيء عن هلاكه أو تلفه أثناء حيازته . وقد فرقت بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية ، فالاول لا يكون مسؤولاً عن الهلاك أو التلف ، ولو حدث شيء من ذلك بتقصير منه ، الا بقدر ما عاد عليه من فائدة تربت على الهلاك أو التلف كما لو كان قد حصل على تعويض من الغير المتسبب في الهلاك أو التلف أو على مبلغ التأمين . أما الحائز سيئ النية ، فهو مسؤول عن الهلاك أو التلف حتى ولو كان ناشئاً عن قوة قاهرة ، باستثناء الحالة التي يثبت هو فيها أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى ولو كان في يد من يستحقه .

التقادم :

إذا استمرت حيازة العقار مدة معينة فتعتبر ، في القوانين الوضعية ، ومنها قوانين بعض البلاد العربية ، سبباً قائماً بذاته من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية هو التقادم المكسب وقد يكون الحائز في ظل هذه القوانين ، هو حقيقة المالك أو صاحب الحق العيني ، ولكنه يؤثر أن يستند في كسبه الى التقادم المكسب تقادياً لصعوبة اثبات سند آخر ، خاصة إذا ليرحظ ان التملك بالمقد يقتضي أن يكون السلف مالكا وسلف السلف مالكا ، وهكذا قد يؤدي تتبع سندات الملكية الى صعوبات كثيرة . ولكن قد يكون الحائز ليس هو صاحب الحق ، ومع ذلك فإذا استمرت حيازته المدة التي يتطلبها القانون فله أن يتسلك بملكه بالتقادم ولو قال اني أعلم ان هذا الشيء كان ملكاً لفلان ولكن وضعت يدي عليه واقضت المدة اللازمة لاستمرار الحيازة بشروطها يحكم له بالملكية .

وهذا السبب من أسباب كسب الملكية ، والحقوق العينية لا يقره الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة ، ولكن ثمة نظاماً آخر قال به بعض المتأخرين من فقهاء المسلمين ، وبخاصة المالكية ، يحقق أهم الاهداف التي يهدف اليها نظام التقادم المكسب دون أن يتضمن اقراراً صريحاً بأن الحيازة وحدها إذا استمرت مدة معينة تكسب الحق ، هو نظام عدم سماع الدعوى ، فتعتبر الحيازة مع مضي الزمن مجرد دليل على أن الحائز هو صاحب الحق ، وما دامت الحيازة لا تعدو أن تكون دليلاً ، وليست سبباً لكسب الحق ، فيشترط لعدم سماع الدعوى ممن ينازع الحائز ، أن يدعي الحائز حين المنازعة انه هو المالك ، أما مجرد التسلسل بالحيازة ، دون أن يدعي أنه

أو من له الحق في الارتفاع بالشيء . ويتضح من النص والنصوص السابقة انه يشترط حتى يتكسب الحائز الثمار أن تكون حيازته قانونية مستكملة لعنصرها المادى والمعنوى ، غير معينة بالنسبة لمن يتسلك في مواجهته بكسب الثمار ، كما يشترط أن يكون الحائز حسن النية وقت قبض الثمار أو وقت الحصول على المنفعة ، فلا يكفي أن يكون حسن النية وقت كسب الحيازة .

أما الثمار التي قبضها الحائز والتي قصر في قبضها ، وكذلك المنفعة ، وهو سيئ النية ، فيجب أن يردها هي أو قيمتها الى صاحب الحق ، ولكن له أن يسترد ما افقده في انتاج الثمار من مصرفوات ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٣٠ من المشروع .

اثر الحيازة في استرداد المصرفوات :

إذا استرد المالك ملكه من الحائز ، وكان هذا الاخير قد اتفق على الشيء مصرفوات وبت أن كان في حيازته ، تشور مسألة ما يحق لمن كان حائزاً أن يسترده مما افقده ، وهو ما عرض له المشروع في المادتين ٩٣١ و ٩٣٢ . وبمقتضى نص المادة ٩٣١ يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من المصرفوات :

(أ) المصرفوات الضرورية ، وهي التي ينقها الحائز في حفظ الشيء من الهلاك أو التلف كمصرفوات تقوية أساسات المنزل وترميم السقف ، وهذه يلتزم المالك بردها كاملة الى الحائز ولو كان سيئ النية .

(ب) المصرفوات النافعة ، وهي التي اتفقها الحائز ، لا لحفظ الشيء من هلاك أو تلف ولكن لتحسين منفعته كاصلاح الارض لجعلها أكثر انتاجاً في الزراعة ، وتركيب مصعد في المنزل ، وهذه تسرى عليها الاحكام الخاصة بالاتصاق وحيث يجب التفرقة بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية وقد أحال النص على تلك الاحكام .

(ج) أما المصرفوات الكمالية ، وهي التي لا تزيد من منفعة الشيء ، وان كانت تؤدي السى تجميله كالتي تنفق في الزخرفة والتقوش ، وهذه لا يلتزم المالك بردها ، ولكنه يلتزم بدفع قيمة ما استحدثه الحائز مستحق الزالة اذا اختار استبقاؤه ، فإذا لم يرغب في ذلك فيكون للحائز أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد الشيء الى حالته الاولى دون ضرر . وقد عرضت المادة ٩٣٣ لحالة ما اذا كان الحائز الذي يسترد منه الشيء سبق أن انتقلت اليه الحيازة من حائز آخر ، وكان قد أدى الى سلفه شيئاً من المصرفوات ، فنصت على ان المالك الذي يرده اليه ملكه يجب عليه أن يؤدي للحائز ما سبق أن اداه هذا الحائز الى سلفه من مصرفوات وذلك في حدود ما يلتزم به المالك وفقاً للمادة ٩٣١ .

وبعد بيان ما يجب رده من المصرفوات عرض المشروع في

هو المالك ، فلا يكفي لعدم سماع دعوى المنازع .

وإذا كانت الحيابة التي تستمر مدة معينة تعتبر ، وفقا لنظام التقادم المكسب سببا قائما بذاته من أسباب كسب الملكية ، في حين انها تعتبر ، وفقا لنظام عدم سماع الدعوى الاسلامي ، دليلا على أن الحائز هو المالك ، فالفارق من الناحية العملية بين النظامين يكاد ينحصر في حالة ما اذا أقر الحائز بأنه لم يكن مالكا ولكن نظرا لتوفر شروط التملك بالتقادم فهو يمسك بملكيته على هذا الأساس ، ففي هذه الحالة يحكم للحائز بالملكية ، وفقا لنظام التقادم المكسب المعروف في القوانين الوضعية ، وبالعكس تسمع دعوى من ينازعه ، في نظام عدم سماع الدعوى الاسلامي ، فإذا أقيم المنازع البيته على انه المالك حكم له ضد الحائز . وهذا الفارق الجوهرى يميز النظام الاسلامي على نظام التقادم المكسب الذى يعنى في الواقع اقرار القانون بأن الحق يمكن أن اكتسب بالنصب .

وقد وضع المشروع نص المادة ٩٣٥ على نحو يبرز الفكرة الاسلامية ويستند اقرار المشروع للغصب ، مع الاخذ في الاعتبار متطلبات الظروف الواقعية للمعاملات وما تقتضيه من حاجة المالك الذى يستند على الدليل المستمد من حيازته الى دليل يمكنه من التعامل مع غيره في شأن العقار الذى يحوزه ، فنصت المادة على أنه : -

« من حاز عقارا أو متوقلا ، ظاهرا عليه بظهور المالك أو صاحب حق عيني آخر ، واستمرت حيازته خمس عشرة سنة ، اعتبرت حيازته دليلا على الحق ، ويحكم له به ، اذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه » .

ويقابل هذا النص ، نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك الذى أعدته اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الاسلامية باشراف مجمع البحوث الاسلامية بالقاهرة ، وهو :

« من حاز عقارا أو متوقلا مدة يقضى العرف بأن الحيازة فيها حيازة ملك ، فانه يستحقه ولا تسمع معها دعوى من ينازعه في ملكيته له ولا يبيته » .

• يعرعى في تطبيق هذه المادة أحكام المراءد التالية » .

ويتضح من نص المادة ٩٣٥ انه يشترط حتى يحكم للحائز بالحق ما يلي :

(أولا) أن يكون الحائز قد حاز عقارا أو متوقلا حيازة قانونية مستكملة لركبتها المادى والمنوى ، على نحو ما قرره المشروع في النصوص السابقة . وهذه الحيازة لا تختلف في جوهرها عما يقوله فقهاء المالكية في معنى الحيازة التي تؤدي الى استحقاق الحائز ما يحوزه وعدم سماع دعوى من ينازعه في ملكيته ، فقد عرفوها بأنها « وضع اليد على الشيء والاستيلاء

عليه والتصرف فيه تصرف المالك . ولم يأخذ المشروع بما ذهبوا اليه من أنه اذا لم يكن الحائز أجنبيا عن المنازع ، بأن كان شريكا أو قريبا له فيشترط في التصرف الدال على الملك أن يكون مخرجا للشيء من يده أو مفيرا ذاته كالبيع والهدم ، اذ تنص المادة ٥٢٠ (١) من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك على انه يشترط في الحيازة التي لا تسمع معها دعوى المنازع للحائز ولا يبيته ما يلي : ان يتصرف الحائز في الشيء المحاز بأى من أنواع التصرف أن كان أجنبيا من المنازع غير شريك له في الشيء المحاز أو بنوع يخرج من يده أو يغير ذاته ان كان أجنبيا شريكا أو قريبا له مطلقا » . لم يأخذ القانون بالترقة بين الحائز الشريك أو القريب من ناحية ، والحائز الاجنبى غير الشريك من ناحية أخرى ، مكتفيا بالقاعدتين السابقتين تفريرا في معنى الحيازة وهي أن يباشر الحائز الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق . وتبقى مسألة ما اذا كان الحائز القريب أو الشريك يباشر الاعمال التي يباشرها لصاحبه هو أو لحساب غيره متروكة لتقدير القاضي .

(ثانيا) يشترط أن تكون الحيازة قد استمرت خمس عشرة سنة . وفي تحديد المادة التي يجب أن تستمر خلالها الحيازة حتى لا تسمع دعوى المنازع خلاف في فقه المالكية ، وقد روى عن الامام مالك رضي الله عنه ان مدة الحيازة في العقار يترك تقديرها على اجتهاد الامام واخذنا بهذا نص المشروع على أن المدة هي خمس عشرة سنة .

(ثالثا) يشترط ان ينكر الحائز ، عند المنازعة ، حق الغير ويدعي الحق لنفسه ولو لم يبين سبب كسبه لهذا الحق . وهذا الشرط هو الذى يبرز الفارق الجوهرى بين النظام الاسلامي والنظم الوضعية .

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في ضرورة ادعاء الحائز انه هو المالك . ولكنهم اختلفوا في مطالبته ببيان سبب تملكه . وقد أخذ المشروع بما ذهب اليه مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام مالك من انه يشترط ان يدعي الحائز حين المنازعة ملكيته للشيء المحاز ولو لم يبين سبب الملكية . وذكرت اللجنة التي وضعت المشروع أن ما جرى عليه « من أنه لا يشترط بيان سبب الملكية هو القول المتمد للاستغناء عن بيانه بدلالة الحيازة عليها ، وقيل لا بد من بيان سببها » .

فاذا توفرت هذه الشروط ، اعتبرت الحيازة ، وفقا لنص المشروع ، دليلا على الحق ويحكم للحائز بهذا الحق . ولم يستخدم المشروع تعبير عدم سماع الدعوى المعروف في فقه الشريعة الاسلامية ، ذلك أن حقيقة المقصود بعدم سماع الدعوى هو رفض دعوى المنازع ، يدل على ذلك ما جاء في ايضاح نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية

لقاعدة مشهورة يعبر عنها بأن الحيابة في المنقول سند الحق (أو سند الملكية أو سند الحائز) ، وهي قاعدة تقوم على اعتبارات عملية نظرا لكثرة المعاملات على المنقولات وسرعتها ، وبوجه خاص ما آلفه الناس من عدم الحصول على دليل يفيد تملك المنقول . وبمقتضى هذه القاعدة يصبح الحائز مالكا أو صاحب الحق العيني فور حيازته اذا توفرت شروط معينة (السبب الصحيح ، وحسن النية) .

أما في فقه الشريعة الاسلامية فلا تختلف حيابة المنقول عن حيابة العقار الا من حيث المدة التي لا تستعمل بعدها الدعوى . فيلزم حتى تستعمل الدعوى أن تكون الحيابة قد استمرت مدة معينة . وأن اختلفت عن المدة في حيابة العقار - كما يلزم أن يدعى الحائز انه هو المالك وليس من ينازعه .

وقد رؤى أن القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة ، وخاصة المالكية ، في شأن حيابة المنقول لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالي حيث تكثر المعاملات وتمت بسرعة لا تحتمل التوقف للحصول على الدليل الذي يمكن الاستناد اليه اذا ما ثارت المنازعة حول صاحب الحق على المنقول ، فلو طلبنا من كل من يتعامل في شأن المنقول ، كمن يشتريه أو يرهته ، أن يتحقق أولا من أن المتصرف هو المالك لترتب على ذلك شل حركة التعامل . ولهذا أخذ المشروع بأحكام حيابة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة .

وهكذا وضعت نصوص المواد ٩٣٧ - ٩٤٠ أخذاً بالأحكام المعمول بها في القوانين المعاصرة . ومن نص المادة ٩٣٧ يتضح أن الحيابة يمكن أن يترتب عليها كسب حق أو سقوط حق . فقد نصت الفقرة الاولى على أن من حاز بسبب صحيح منقولا أو سندا لحامله ، ظهر عليه بظهور المالك أو صاحب حق عيني آخر ، وكان حسن النية وقت حيازته أصبح صاحب الحق من وقت حيازته ، ومن هذا النص يتضح انه يشترط ، حتى يكسب الحائز الحق ، أولا أن تتوفر له الحيابة القانونية المستكملة لركبتها المادى والمعنوى وان تكون هذه الحيابة خالية من العيوب . وان تكون الحيابة واردة على منقول مما يتصور السيطرة عليه ، أى المنقول المادى ، ولهذا فلا شأن للقاعدة بالمنقولات غير المادية كالمصنفات الفكرية والمخترعات والديون . ولكن اذا كان الدين ثابتا في سند لحامله فالعريف ان الدين يندمج في السند - وهو منقول مادى - فتعتبر حيابة السند حيابة للدين تنطبق عليها القاعدة ، ولهذا حرص المشروع على ذكر السند لحامله . ويشترط ثانيا أن تكون الحيابة بسبب صحيح وهو مصطلح له دلالة خاصة فهو تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني ولكنه صدر من غير المالك أو صاحب الحق . ويشترط ثالثا أن يكون الحائز حسن النية وقت حيازته ، وحسن النية معناه ان يجعل الحائز ان حيازته اعتداء على حق

على مذهب الامام مالك وهو : « ... ومعنى ان الحيابة لا تستعمل معها دعوى المنازعة في الملكية انه لا يترتب على سماعها أن تكون البينة على المدعي واليمين على من انكر ، وهذا لا ينافي أنها تستعمل سماع استيضاح لاحتمال ان الحائز يقر له بملكيته للشئ المعاز ، وانما تستعمل دعوى المنازعة للحائز مع الحيابة التي يقضي العرف بأنها حيابة ملك » (المشروع ص ٤١٣) لهذا ، وتجنبنا لما قد يؤدي اليه مصطلح عدم سماع الدعوى من الخلط بينه وبين عدم قبول الدعوى المعروف في فقه المرافعات ، آثر المشروع النص على أن يحكم الحائز بالحق . ويتنازع هذا الحكم ، على القول بعدم سماع الدعوى ، وهو كما رأينا يعني رفض دعوى المنازعة ، من الناحية العملية ، بأنه يؤدي الى استقرار التعامل في شأن العقار محل الحيابة . ويبان ذلك ان الاكتفاء بالقول بعدم سماع دعوى المنازعة ، يثير التساؤل : وماذا بعد عدم سماع دعوى المنازعة ، أى رفض الدعوى ؟ هل يظل الحائز هكذا دون الحصول على دليل واضح على حقه يمكنه من التعامل في العقار باعتباره صاحب الحق ؟ اذا وقتنا عند هذا الحد فالعالم ان الحائز لن يجد من يتعامل معه باعتباره المالك استنادا الى دلالة الحيابة على المالك . ولهذا نص المشروع على أن يحكم للحائز بالحق ، ويترتب على ذلك أنه يستطيع بعد ذلك أن يسجل الحكم الذى صدر له فيستقر وضعه باعتباره المالك ، شأنه في ذلك شأن كل من يستند في ملكيته الى سند مسجل . وما أخذ به المشروع لا يخالف الحكم الذى ورد في نص المادة ٥١٨ من مشروع تقنين الشريعة وقتا لمذهب الامام مالك والتي تقول « ان من حاز عقارا او منقولا مدة يقضي العرف بأن الحيابة فيها حيابة ملك ، فانه يستحق بهذه الحيابة ولا تستعمل معها دعوى من ينازعه في ملكيته ولا يبيته » .

هذا ونشير في النهاية الى أن الاجراء الذى سار عليه المشروع في اعتبار الحيابة التي استمرت مدة معينة ، دليلا على الحق يحكم الحائز على اسامه وليست سببا قائما بذاته من أسباب كسب الحق ، قد اقتضى عدم الاخذ بنظام التقدم القصر ، أو الضمى ، المعروف في القوانين الوضعية ، وحيث يشترط فيه ان يكون الحائز قد استند في حيازته الى ما يسمى السبب الصحيح ، وهو التصرف القانوني الذى من شأنه ، لو صدر من مالك ، أن ينقل الحق ولكنه لم ينقل الحق فعلا لانه صدر من غير مالك . فالأخذ بهذا النظام يفترض بالضرورة الاقرار بأن الحائز ليس مالكا وهو ما يناقض الفكرة الاساسية التي تبناها المشروع وهو الحكم للحائز بالملك استنادا الى انه هو المالك بدلالة الحيابة .

ان حيابة المنقول في كسب الحق :

تخضع حيابة المنقول ، في القوانين الوضعية المعاصرة ،

المدنى القواعد التفصيلية لتصفية التركة من تعيين مصف وما يقوم به المصفي في سبيل جرد التركة وتسوية الديون وتسليم اموال التركة الى مستحقيها وقسمتها . وآثر المشروع أن يسلك مسلك الدول الاخرى التي اكتفت بالاتاحة في كل ما يتعلق بالميراث على أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة (السودانى م ٧٩٥ ، والصومالي م ٧٢٤ ، والجزائرى م ٧٧٤) ، وذلك ان نظام تصفية التركة تصفية جماعية ، على نحو ما فعله المشرع المصرى ، والقوانين التي نقلت عنه ، ينطوى على اجراءات طويلة وتفتات وبالتالي يندر الالتجاء اليه في العمل . وإذا فرض أن بدت الحاجة الى تنظيمه فالأفضل أن يكون ذلك بقانون خاص يراعى عند وضعه ما تبدو الحاجة اليه من قواعد على ضوء الظروف الواقعية .

وكذلك احال المشروع فيما يتعلق بالوصية على أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

ونظرا الى ان حق الشخص في الايضاء ، وهو تصرف مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع ، محدود اولا بثلك التركة بحيث لا تنفذ الوصية في حق الورثة فيما يجاوز الثلث الا باجازتهم ، كما أن الوصية لو ارثت لا تنفذ في حق الورثة الا باجازتهم ، نظرا لهذا فقد يلجأ بعض الاشخاص الى التحايل على أحكام الوصية بسترها في صورة تصرف منجز حال الحياة ، أو بستر التبرع الصادر في مرض الموت في صورة معاوضة ، فيكون من حق الورثة أن يشتبوا حقيقة التصرف حتى لا ينفذ في حقهم أو لا ينفذ الا في حدود ثلث التركة .

وتيسيرا على الورثة في اثبات حقيقة التصرف ، وضع المشروع في المادتين ٩٤٢ و ٩٤٣ قريبتين في حالتي التصرف في مرض الموت والتصرف لو ارثت مع احتفاظ المتصرف بحيياة العين والاتتفاع بها مدى حياته وذلك على النحو التالي .

وتعرض المادة ٩٤٢ لحالة التصرف في مرض الموت ، وهو المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ، ويتصل به الموت فعلا ، وفي حكم التصرف في مرض التصرف الذى يصدر من شخص في حال الصحة ولكن في ظروف يتحقق فيها الموت عادة ويموت الشخص فعلا ، كما هي الحال بالنسبة للمحكوم عليه بالاعدام ومن يوجد في سفينة أشرقت على الغرق .

والقاعدة في الشريعة الاسلامية أن حقوق الورثة تتعلق بمال المريض من وقت المرض ليخلص لهم الثلثان مما يبقى بعد سداد الديون لأن المرض سبيل الى الموت غالبا فاقسم مقامه في تعلق حقوق الورثة بمال صاحبه ، وان كان هذا المرض لا يمنع أن للمريض حقا في ماله . وتطبيقا لهذا نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٤٣ على أن التصرف الذى يصدر من المريض

للغير أى يعتقد انه تلقى الحق من المالك ، وهو مطلوب وقت الحيازة بحيث لو تأخر تسلم المنقول عن وقت ابرام التصرف وكان حسن النية متوفرا وقت التصرف ثم علم الحائز قبل أن يتسلم ان المتصرف غير مالك فلا يعتد بحسن نيته وقت التصرف . وتمشيا مع الغالب المألوف يفترض توفر السبب الصحيح وحسن النية لدى الحائز الى ان يثبت العكس وهو ما نصت عليه المادة ٩٣٨ . فاذا توفرت هذه الشروط اكتسب الحائز الحق (الملكية أو الاتتفاع أو الرهن مثلا) .

أما الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ فقد عرضت لما يسمى الاثر المسقط للحيازة بقولها « فاذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصا منها » فاذا اشترى شخص مثلا منقولا مقلتا برهن ، ولم يذكر في العقد انه مرهون ، وكان المشتري وقت تسلمه مجهول وجود الرهن تملك المشتري المنقول خاليا من الرهن الذى يسقط في هذه الحالة أثرا للحيازة .

هذه هي قاعدة الحيازة في المنقول سند الحق ، كما نظمتها نصوص المواد ، وثمة استثناء من هذه القاعدة هو الذى عرض له المشروع في المادة ٩٣٩ ، التي نصت في فقرتها الاولى على انه « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العينى عليه ، اذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده من يكون حائزا له بسبب صحيح وحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة » . فاذا كان المنقول قد فقد من ماله أو سرق منه ، ثم حازه شخص ما بسبب صحيح وبحسن نية ، سواء كان السبب الصحيح هو تصرف صدر من وجد الشيء المفقود أو السارق أو ممن تلقاه من غيره ، فللمالك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة أن يسترد ملكه استثناء من القاعدة العامة . والاصل أن المالك الذى يسترد لا يلتزم بدفع شيء للحائز ، ويكون للحائز أن يرجع على من تلقى منه المنقول بدعوى الضمان ان كان سنده يسمح بذلك . ولكن اذا كان الحائز قد اشترى المنقول في سوق او في مزاد علني او اشتراه من يتجر في مثله ، فيكون له وفقا لنص الفقرة الثانية من النص ان يطالب من المالك الذى يسترد ان يدفع له الثمن الذى دفعه هو في الشراء ويستع عن تسليم الشيء الى ان يحصل على هذا الثمن .

الفرع الثالث - كسب الملكية بسبب الوفاة

اكتفى المشروع فيما يتعلق بالميراث بنص المادة ٩٤٠ التي تحيل الى احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، فلم يسلك مسلك بعض التقنيات العربية (المصرى ، الليبي ، السوري ، الاردنى) التي وضعت في مدونة القانون

الباب الثاني

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً ، إذ يخول صاحبه وهو المالك ، بحسب الأصل ، السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع الشيء الذي يرد عليه . وهذه السلطات لا تخرج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه .

والحقوق العينية المتفرعة عن الملكية هي حقوق أصلية يرد كل منها على شيء مملوك لغير صاحب الحق ، ويخول صاحبه بعضاً من سلطات المالك أو سلطات تحد من انتفاع المالك بملكه . وقد نظم المشروع طائفتين من هذه الحقوق ، الطائفة الأولى حقوق تنقرر لمصلحة صاحب الحق دون أي اعتبار آخر ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحسب السكنى . والطائفة الثانية حقوق تنقرر لصاحب الحق بوصفه مالكا لعقار على عقار آخر تحد من منفعة ، وهي حقوق الارتفاق .

الفصل الأول

حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

حق الانتفاع حق عيني أصلي ، يخول صاحبه وهو المنتفع استعمال واستغلال شيء مملوك لغيره ، فله أن يستعمله بنفسه أيا كان هذا الاستعمال ما دام الشيء قد أعد له ، وله أن يستغله للحصول على ثماره . أما حق الاستعمال ، فهو أضيق نطاقاً من حق الانتفاع إذ لا يخول صاحبه الاسطة الاستعمال ، دون الاستغلال . وأما حق السكنى فهو صورة من صور حق الاستعمال تقتصر على السكنى دون غيرها من صور الاستعمال فليس لصاحب الحق أن يستعمل المكان في أعمال حرفته كسكتب أو عيادة مثلاً .

وقد نظم المشروع حق الانتفاع في المواد من ٩٤٤ الى ٩٥٤ ثم عرض في المادتين ٩٥٥ و ٩٥٦ لقاعدتين تخصصان حتى الاستعمال والسكنى ، وأحال بالمادة ٩٥٧ ، فيما يتعلق بهذين الحقتين ، على الأحكام الخاصة بحق الانتفاع متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما .

(أولاً) حق الانتفاع :

وقد عرضت المادة ٩٤٤ لأسباب كسب حق الانتفاع ، وهي التصرف القانوني والحيازة . وقد يكرن التصرف القانوني سبباً لكسب حق الانتفاع حال حياة المتصرف ، معاوضة أو تبرعاً ، انشاء أو قلاً . فقد ينقل المالك مع آخر على أن ينشئ له حق انتفاع على شيء يملكه ، بمقابل أو على سبيل الهبة ، كما يحدث أن يتصرف المالك الى شخص مسا ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع على الشيء المتصرف فيه . كما

مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية .

وأعمال هذه القاعدة يقتضى توافر شرطين : الشرط الأول أن يثبت ان التصرف قد تم في مرض الموت . وعلى الورثة أن يثبتوا ذلك ، ونظراً الى احتمال اعطاء التصرف تاريخاً سابقاً على تاريخ المرض غشاً وتحايلاً حتى لا يأخذ التصرف حكم الوصية ، فللورثة أن يثبتوا حصول التصرف في مرض الموت بجميع الطرق فلا يتقيدون بقاعدة أنه لا يجوز الانبثاق بالبينة فيما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو انهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة للورثة التي صدرت من مورثهم . وهذا ولم يأخذ النص بالحكم الذي وضعه المشرع المصرى في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ ونقلته بعض القوانين العربية (السورى م ٢/٨٧٧ ، لليبي م ٢/٩٢٠ ، الصومالي م ٢/٧٢٧ ، الاردني م ٢/١١٢٨ ، الجزائري م ٢/٧٧٦) وهو : « ولا يتضح على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » ، فهو حكم غير صحيح ، لان الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للورثة الصادرة من مورثهم وبالتالي يحتاج عليهم بتاريخها ولو لم يكن ثابت التاريخ وان كان لهم ان يثبتوا عدم صحة التاريخ بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لما ينطوى عليه تقديم التاريخ من غش أريد به الاخلال بحقوق الورثة في الميراث .

أما الشرط الثاني لامعمال القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الأولى فهو أن يكون التصرف قد قصد به التبرع . وفي اثبات توفر هذا الشرط وضع المشروع قرينة بسيطة لمصلحة الورثة ، وذلك بالنص في الفقرة الثالثة من النص على انه « اذا أثبت الورثة ان التصرف قد صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت العكس . وتقوم القرينة على اساس ان الانسان لا يتصرف عادة في مرض موته الا على سبيل التبرع ويندر ان يكون تصرفه قد قصد به المعاوضة . وهذا ويلاحظ انه اذا ثبت ان التصرف معاوضة ولكن فيه معاوية لمن صدر له التصرف فسرى أحكام الوصية على الحيازة وحدها .

والقرينة الثانية هي التي قررها المشروع بنص المادة ٩٤٣ التي تواجه الحالة التي يتصرف فيها شخص الى أحد ورثته ، ويحتفظ لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها بأية طريقة كانت ، كما يحتفظ بقصه في الانتفاع بها ، وذلك مدى حياته . فاعتبر النص هذا التصرف تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية ، مالم يثبت ما يخالف ذلك . وقد روعي في وضع هذه القرينة محاربة ماشاع في العمل من التحايل على أحكام الوصية لمحاباة بعض الورثة على بعض من طريق التصرف الى الوارث الذي يراد معايباته تصرفاً منجزاً في الظاهر يستر في حقيقته تبرعاً مضافاً الى ما بعد الموت . والعبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت الوفاة .

وتعرض المادة ٤٤٨ لنفقات الشيء محل الانتفاع ، وتفرق بين نوعين من النفقات ، النوع الاول وهو النفقات المعسدة ويدخل فيها ما يفرض على الشيء من تكاليف كالفرائب مثلاً كما تشمل نفقات الصيانة وهذه تكون على المنتفع . والنوع الثاني هو النفقات غير المعسدة ، مثل نفقات الاصلاحات الجسيمة فان كانت بسبب خطأ المنتفع فيجب عليه أن يقوم بها ، وان لم تكن بسبب خطئه فالاصل أن المالك لا يلتزم قبل المنتفع بأجرائها ولكن يجبر المالك على اجرائها اذا كان حق الانتفاع تقرر لصاحبه بمقابل ، أو كان هناك شرط بذلك .

وتعرض المادة ٤٤٩ لواجب المنتفع في حفظ الشيء ، فعليه أن يبذل في هذا الحفظ عناية الشخص المتاد . فاذا أخل بواجب هذا كان مسؤولاً قبل المالك عما يترتب على ذلك من هلاك أو تلف . وعلى المنتفع أن يرد الشيء الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فاذا تأخر بعد اعداره وهلك الشيء ، او بسبب اجنبى كان هلاكه على المنتفع الا اذا أثبت أن الشيء كان يهلك ولو كان في يد المالك .

ومما يفرع على واجب المنتفع بحفظ الشيء انه اذا احتاج الشيء الى اصلاحات مما لا يلتزم المنتفع بأجرائها ، أو احتاج الى اجراء يقيسه من خطر لم يكن منظوراً ، أو ادعى اجنبى استحقاق الشيء ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك حتى يتمكن من الاصلاح أو توقي الخطر أو الاستحقاق ، وقد نصت المادة ٩٥٠ على واجب المنتفع بهذا الاخطار . وبمقتضى القواعد العامة اذا أخل المنتفع بواجبه هذا وترتب على ذلك ضرر للمالك كان يمكن تفاديه لو أن المنتفع قام بواجب الاخطار ، كان المنتفع مسؤولاً .

وأخيراً عرض المشروع في المادة ٩٥١ لحالة ما اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً ، اذ يجب في هذه الحالة اولا جرد المنقول ، ذلك أن المنتفع يلتزم عند انتهاء الانتفاع برد المنقول بالحالة التي استلمه بها ، فتبسيماً للتأكد من حسن الوفاء بهذا الالتزام أوجب النص جرد المنقول ، ويكون ذلك بتحرير محضر يوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبه . واحتياطاً لما قد يلتزم به المنتفع تجاه المالك من تعويضات بسبب ضياع الشيء أو تلفه ، أوجب النص على المنتفع تقديم تأمين كاف فان امتنع جاز للقاضي أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى ادارته لحساب المنتفع .

وتعرض المادتان ٩٥٢ و ٩٥٣ لانقضاء حق الانتفاع . فان كان ثمة أجل لانتهاء الحق ، انتهى بحلول هذا الاجل ، أو بموت المنتفع ، أيهما أقرب . وان لم يعين للانتفاع أجل اعتبر مقرراً لحياة المنتفع وينتهي بالوفاة .

واذا هلك الشيء محل حق الانتفاع ، فالاصل أن ينتهى الانتفاع بهلاك محله . ولكن اذا ترتب على الهلاك وجود عرض

يجوز لصاحب حق الانتفاع أن ينقل حقه الى غيره . وقد يكون كسب حق الانتفاع بالوصية ، فيوصي المالك بالانتفاع بشيء يملكه ، وتسرى في هذه الحالة أحكام الوصية بالمنفعة .

وإذا كان المشروع قد نص على ان الانتفاع يكسب بمقتضى الحيازة فذلك مراعاة لما قرره في شأن أثر حيازة المنقول اذ قد تؤدي الى كسب الملكية وغيرها من الحقوق كالانتفاع . أما بالنسبة للعقار فالحيازة ، وفقاً لما سار عليه المشروع ، لا تعتبر سبباً لكسب الحق وانما قد تؤدي اذا استمرت مدة معينة الى اعتبارها دليلاً على وجود الحق للحائز .

هذه هي الاسباب التي يمكن ان يكتب بها حق الانتفاع ، وأما اسباب كسب الملكية الاخرى فلا محل لها بالنسبة للانتفاع ، فلا يتصور كسب الانتفاع بالاستيلاء ، ولا بالتناصق ، ولا بالميراث لان الانتفاع ينقضي بموت المنتفع . وعرضت المواد من ٩٤٥ الى ٩٥١ لحقوق المنتفع والتزاماته . وقد بدأت المادة ٩٤٥ بالنص على أن يراعى في هذه الحقوق والالتزامات السند الذي انشأ حق الانتفاع ، وكذلك الاحكام المقررة في المواد التالية . ولما كان حق الانتفاع يخول المنتفع استعمال الشيء محل حقه ، والاستغلال يعنى الحصول على الشار ، نصت المادة ٩٤٦ على أن تكون ثمار الشيء المنتفع به للمنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، ثم تحفظت لمراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة ٩٥٢ التي تواجه حالة انقضاء أجل حق الانتفاع والارض المنتفع بها مشغولة بزرع قائم وتقتضى بأن تترك الارض للمنتفع أو ورثته الى حين ادراك الزرع على أن يدفعوا أجره الارض عن الفترة من وقت انقضاء حق الانتفاع الى حين ادراك الزرع .

ثم عرضت المادة ٩٤٧ لحق المنتفع في استعمال الشيء فنصت على أن يستعمله بحالته التي تسلمه بها ، وبحسب ما أعد له ، كما أوجبت عليه أن يديره ادارة حسنة . وعرضت الفقرة الثانية لحق المالك الذي يقابل واجبات المنتفع في الاستعمال ، فللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، واذا أثبت مالك الرقبه أن استعمال المنتفع للشيء يعرض حقه للخطر كان له أن يمنع من هذا الاستعمال وأن يطالبه بتقديم تأمينات لضمان ما قد يثبت له من تعويض بسبب سوء استعمال المنتفع للشيء ، فان لم يقدم المنتفع التأمينات أو ظل يستعمل الشيء استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع ما أعد له ، جاز للقاضي أن يحكم بنزع الشيء من يد المنتفع وتسليمه الى أمين يتولى ادارته ويعطى الغلة للمنتفع ، بل يجوز للقاضي اذا اقتضى الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، وفي هذه الحالة لا يترتب على انهاء الحق قبل الاجل المحدد له الاخلال بحقوق الغير ، كالدائن المرتهن لحق الانتفاع .

وحق الارتفاق ، كما عرفت المادة ٩٥٨ هو تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول . فهو يفترض عقارين ، الاول مملوك لصاحب حق الارتفاق ، ويطلق عليه العقار المرتفق ، أو العقار المخدوم . والثاني مملوك لشخص آخر غير مالك العقار الأول ، وهو الذي يرد عليه حق الارتفاق ويسمى العقار المرتفق به أو العقار الخادم . ويعتبر حق الارتفاق تكليفا على العقار المرتفق به ، يحد من منفعة لمنفعة العقار المرتفق . مثل حق الارتفاق بالمرور الذي يخول صاحب العقار المرتفق المرور في العقار المرتفق به ، وكذلك حق الارتفاق بالمطل الذي يخول صاحب العقار المرتفق حق فتح فتحة يطل منها على عقار جاره دون ان يترك المسافة القانونية .

وبعد تعريف حق الارتفاق أشارت المادة ٩٥٩ الى المرجع في أحكام حقوق الارتفاق فنصت على أن تخضع حقوق الارتفاق لما هو مقرر في سند انشائها ولما جرى عليه عرف الجهة والاحكام الواردة في المواد التالية .

وعرضت المادة ٩٦٠ لسبب خاص من أسباب كسب الارتفاق ، هو المعروف بتخصيص المالك الاصلى ، وصورته أن يوجد عقاران مملوكان لشخص واحد ويحل أحدهما بعبه لمنفعة آخر على نحو ظاهر يدل على وجود ارتفاق لو كان العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، وبعد ذلك يصح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين كما لو تصرف المالك في أحدهما واحتفظ بالآخر أو تصرف فيهما لشخصين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق الا اذا وجد شرط صريح يخالف ذلك .

ثم قرر نص المادة ٩٦١ أولا حق مالك العقار المرتفق في اجراء الاعمال الضرورية لاستعمال حقه والمحافظة عليه . فاذا كانت هذه الاعمال تتم في العقار المرتفق به فليس لمالك هذا العقار أن يمنعه منها ، فله أن يهدم الطريق الموجود في العقار المرتفق به . كما يفرض النص على صاحب العقار المرتفق واجب استعمال حقه على الوجه الذي لا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن للعقار المرتفق به .

وإذا جد من حاجات العقار المرتفق ما من شأنه زيادة عبء الارتفاق على العقار المرتفق به ، كما لو كنا بصدد حق ارتفاق بالمرور ، وتغير استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق الى مصنع أو مخزن وبالتالي الى توسعة الطريق ليسمح بمرور السيارات الكبيرة ، وفي هذه الحالة أعطت المادة ٩٦٢ للقاضي الحق في أن يقضي بتعديل الارتفاق على النحو الذي يجعله صالحا لمواجهة الاستعمال الجديد ، وذلك بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أي بين الضرر الذي يلحق مالك العقار المرتفق به نتيجة التعديل ، والضرر الذي يلحق مالك العقار المرتفق من الإبقاء على الارتفاق بوضعه الاصلى ، وإذا قرر القاضي التعديل بما يزيد في عبء الارتفاق ، فيكون ذلك في نظير مقابل عادل يلتزم به صاحب الارتفاق .

عن الشيء الذي هلك كالتعويض الذي يلتزم به التسبب في الهلاك أو مبلغ التأمين ، فيحل عوض محل الشيء حولاً عينياً بحيث يصبح العوض محملاً بحق الانتفاع كما كان الشيء قبل الهلاك . وإذا أعيد الشيء بعد الهلاك الى أصله ، على نفقة المسئول عن الهلاك سواء كان هو مالك الرقبة أو المنتفع أو اجنبي ، أو أعيد بمبلغ التأمين ، عاد الى المنتفع حقه في الانتفاع .

وأخيراً عرض المشروع ، بالمادة ٩٥٤ لاثم عدم استعمال المنتفع حقه ، فنص على أنه اذا استمر عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع دعواه بحق الانتفاع اذا أنكره المالك . واذا كان الانتفاع مقرراً لعدة شركاء على الشيوع فاستعمال أحدهم الحق يقطع مدة عدم سماع الدعوى لمصلحة الشركاء الآخرين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحدهم يترتب عليه وبقها لمصلحة الآخرين .

(ثانياً) حق الاستعمال وحق السكنى :

وبعد التوضيح التي تناولت حق الانتفاع عرض المشروع اعنى الاستعمال والسكنى ، فنص في المادة ٩٥٥ على أن نطاق كل حق منهما يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لخاصة أنفسهم ذلك أن حق الاستعمال وكذلك حق السكنى لا يخول صاحبه سلطة الاستئصال . وبدهي أن يراعى كذلك ما يقره السند المنشئ للحق ، فقد يحدد السند الاستعمال على نحو خاص ، وقد يمنع بعض صور الاستعمال . ونظراً الى أن حق الاستعمال وحق السكنى يتحددان في مضمونهما بما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لخاصة أنفسهم ، فالاصل انه لا يجوز النزول عن أيهما للغير ، لأن الاستعمال أو السكنى يختلف من شخص لآخر . ولكن نظراً الى أن عدم جواز النزول عن الحق مقرر لمصلحة المالك ، فله أن يسمح به ولكن يلزم في هذه الحالة أن يكون هناك شرط صريح بذلك . فاذا لم يوجد شرط صريح فالاصل عدم جواز النزول ، ولكن المشروع نص مع ذلك بجواز النزول لمبرر قوى (مادة ٩٥٦) وذلك لمواجهة بعض الفروض الاستثنائية التي يؤدي فيها عدم جواز النزول الى نتائج غير مقبولة ، كما لو كانت الدار التي اوصى باستعمالها أو بسكنائها لشخص معين غير ملائمة بشكل ظاهر لاستعمال صاحب الحق أو سكنائه .

وفيما عدا ما تقرر في المادتين ٩٥٥ و٩٥٦ تسرى أحكام حق الانتفاع على كل من حق الاستعمال والسكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين ، وهو ما قرره المادة ٩٥٧ .

الفصل الثاني

حقوق الارتفاق

عرض المشروع بنصوص المواد من ٩٥٨ الى ٩٧٠ لتنظيم حقوق الارتفاق بوجه عام .

والأصل الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٦٣ أن تنفقات الاعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه تكون على صاحب حق الارتفاق، ولكن ثمة ما يمنع من أن يشترطاً غير ذلك كأن يتفق المالكان على أن تكون النفقات عليهما معا أو على مالك العقار المرتفق به . فإذا فرض أن وجد اتفاق على أن يتحمل مالك العقار المرتفق به تلك النفقات ، فله وفقا للفقرة الثانية من النص أن يتخلص من التزامه بالاتفاق بأن يتخلى عن ملكيته للعقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . وإذا كانت الاعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق والمحافظة عليه تفيد كلا من المالكين ، كما لو كان الطريق مشتركا ، كانت نفقاتها وفقا للفقرة الثالثة عليهما معا كل نسبة ما يعود عليه منها من منفعة .

وتمكننا لصاحب الارتفاق من استعمال حقه دون موقوفات نصت المادة ٩٦٤ على أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي الى الانقاص من استعمال الحق أو جعله أكثر مشقة ، فليس له مثلا أن يشغل المر بما يعوق استعماله ، أو يغير موضع المرور الى وضع جديد يجعل المرور أكثر مشقة على صاحب حق الارتفاق . وهذا هو الأصل العام ، ولكن قد يحدث أن يكون الموضع الذي تحدد أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق على العقار المرتفق به ، أو أصبح الارتفاق مانعا من أحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، كما لو كان حق المرور مقررا على أرض فضاء ثم بنى فيها صاحبها منزلا ، فلمالك العقار المرتفق به ، وفقا لنص المادة ٩٦٤ أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار أو الى عقار آخر يملكه هو أو الى عقار يملكه شخص ثالث قبل ان يتحمل عقاره بالارتفاق ، بشرط ان يكون استعمال الارتفاق في الموضع الجديد الذي يعرضه صاحب العقار المرتفق به ميسرا كما كان في وضعه السابق .

وتعرض المدتان ٩٦٥ و ٩٦٦ ، لاثرتجزئة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به على حق الارتفاق . فإذا جرى المقسار المرتفق كما لو قسمت الارض الى قسمين بحيث يملك كسل قسم منها مالك ، فبالصلاصلا أن يبقى الارتفاق مقسرا كما كان لفائدة كل جزء ، ولكن يجب ألا يترتب على ذلك زيادة العبء الواقع على العقار المرتفق به . فإذا ترتب على التجزئة أن الارتفاق لا يفيد الا جزءا من الاجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب انهاء الارتفاق عن الاجزاء الأخرى .

وكذلك اذا جرى المقار المرتفق به الى أجزاء ، فبالصلاصلا أن يبقى الارتفاق واقعا على كل الاجزاء ، كما لو كان المرور بوضعه الاصلى يتم باختراق كل أجزاء العقار . ولكن اذا ترتب على التجزئة أن يصبح استعمال الارتفاق مقصورا على بعض الاجزاء ولا يمكن أن يستعمل على الاجزاء الأخرى ، فيكون للمالك كل جزء من الاجزاء التي لا يستعمل عليها حق

الارتفاق أن يطلب انهاء الارتفاق عن الجزء الذي يملكه . وأخيرا عرض المشروع بخصوص المواد من ٩٦٧ الى ٩٧٠ لانتهاه حقوق الارتفاق . ففي تنصقي المادة ٩٦٧ أولا - بانقضاء الاجل اذا كان هناك أجل ، فليس ثمة ما يمنع من أن ينقتر الارتفاق لمدة ثلاث سنوات مثلا . كما ينتهي الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما ، وهي صورة نادرة ، فالغالب ألا يترتب على الهلاك الا استجاعة استعمال الارتفاق استحالة مؤقتة ، ومع ذلك فمن المتصور أن يكون انهاء الارتفاق نهائيا كما و استمكت الدولة العقار المرتفق به وخصصته لمنفعة العامة . وينتهي الارتفاق ثالثا باجتماع ملكية العقارين لشخص واحد اذا لا يتصور أن يكون للشخص حق ارتفاق على عقار يملكه ، ولكن اذا زالت حالة اجتماع الملكية ، كما لو فسخ العقد الذي اشترى به مالك أحد العقارين المقار الأخر ، أو أبطل ففي هذه الحالة يعود حق الارتفاق .

وإذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع الدعوى به وفقا لنص المادة ٩٦٨ اذا أنكره صاحب العقار المرتفق به ، ما لم يكن الارتفاق مقسرا لمنفعة عقار مملوك للدولة أو لجهة وقف فلا يترتب على عدم الاستعمال مهما طال عدم سماع الدعوى . وكما هي الحال بالنسبة لحق الانتفاع ، فاذا كان المقار المرتفق مملوكا على الشيوع لعدة شركاء فاستعمال أحدهم حق الارتفاق يقبل المدة لمصلحة الشركاء الأخرين ، كما أن وقف المدة لمصلحة أحدهم يجعلها موقوفة لمصلحة الآخرين .

وثمة سبب مؤقت لانتهاه حق الارتفاق نصت عليه المادة ٩٦٩ هو استحالة استعمال الحق نتيجة تغير وضوح الاشياء ، كما لو غمرت مياه الامطار الارض التي تقرر عليها المرور بحيث يستحيل المرور منها ، فاذا زالت الاستحالة عاد حق الارتفاق .

وأخيرا فقد يحدث أن يصبح الارتفاق عديم الجدوى ، أو لم تبق له الا منفعة قليلة لا تناسب مطلقا مع العبء الذي يقع على المقار المرتفق به ، ففي هذه الحالة يكون لمالك المقار المرتفق به وفقا لنص المادة ٩٧٠ أن يطلب تحريره من حق الارتفاق ، اذ يكون اصرار صاحب حق الارتفاق على بقاء حقه تسفيا يجب منعه .

الكتاب الثاني

الحقوق العينية التبعية

التأمينات العينية

تقوم التأمينات العينية على تخصيص مال أو أموال لضمان الوفاء بالالتزام ، وهي تؤمن الدائن أولا من خطر

يقتد بمجرد الإيجاب والقبول ، فيما ركه الرئيسي ، ولكنهم يختلفون بعد ذلك في اشتراط القبض للزوم الرهن وعدمه اشتراطه فالحنفية ومن وافقهم يقولون : ان القبض شرط للزوم الرهن ، والمالكية ومن وافقهم يقولون : ان القبض ليس شرطا للزوم الرهن وعلى هذا فالإيجاب والقبول هما الاصل في تحقق الرهن ، فنتى وجدا تحقق مايسمى بالرهن وان لم يوجد

القبض وإذا تحقق مسمى الرهن بتوافر أركانه فياستطاعة المتراهنين عندئذ أن يتفقا مثلا على تأجيل قبض العين المرهونة أو تركها عند الراهن أو عند غيره اعتمادا على الثقة المتبادلة بين الجانبين أو اعتمادا على تسجيل الرهن في دائرة التسجيل الرسمية ، وليس الرهن بعد ذلك مثل هذا الرهن المجرد من القبض ، مع توفر شروطه الاخرى ، رسميا أو تأمينا أو غيرهما من المصطلحات ، فالتسيبات والعناوين لا تهم فسى المجالات العلمية بقدر ما تهم الحقائق والمفاهيم ... » ، بل ذهب أكثر من ذلك الى القول انه « على فرض أن القبض أمر لا يسد منه في تحقق الرهن شرعا فان هذا القبض يتحقق بإثبات الرهن وتسجيله في دائرة من دوائر التسجيل الرسمية ، لأن الرهن اذا ثبت في دائرة من هذه الدوائر قامت الدائرة المسجل فيها الرهن مقام الدائن في حبس العين المرهونة وحمايتها من التصرفات الضارة بمصلحة الدائن ، وبهذا يحصل نفسان أدائين في الحصول على حقه من المدين ، وحصول الضمان وتحقق الثقة للدائن في الحصول على حقه هو المقصود من القبض أو حبس العين عند المرهون الى سداد الدين الذي جعلت العين وثيقة به فضلا عما يتنازع به من اعفاء الدائن من مؤونة قبض العين والحفاظ عليها ، وبقاتها في حيازة المالك والانتفاع بها واستغلالها ، والتصرف فيها تصرفا مطلقا عدا بعض التحفظات التي يستدعيها عقد الرهن من الزام الراهن بضمان الهلاك وضمان التعرض وتقرير بعض الحقوق للمرهون كحقي التسبب والتقدم وما أشبه ذلك .

الباب الاول

الرهن الرسمي

الفصل الاول

انشاء الرهن الرسمي

نصت المادة ٩٧١ على أن الرهن الرسمي عقد به يتكسب الدائن على عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم الدائنين الماديين والدائنين التابن له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون .

وهذا النص يعرف عقد الرهن الرسمي ، ويتضمن التعريف مقومات الحق الذي يهدف العقار الى انشائه وهو حق الرهن الرسمي ، والواقع أن مصطلح الرهن كما يطلق على

مزاينة الدائنين الآخرين بما تخوله من تقدم أو أولوية على سائر الدائنين الماديين وعلى بعض الدائنين أصحاب التأمينات ، كما تؤمنه من خطر تصرف مالك المال الذي يرد عليه التأمين بما تخوله - فبما عدا أحوال خاصة - من تتبحر بحيث يقضى للدائن صاحب التأمين العيني حق التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني في أي يد يكون .

والتأمينات العينية وفقا للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ ، وهو المعمول به حاليا ، هي : الرهن الرسمي ، ورهن الحيازة ، وحقوق الامتياز . وقد أثار المشروع أن يسلك مسلك القانون الحالي في قصر التأمينات العينية على هذه الأنواع الثلاثة واستبعاد حق الاختصاص الذي تنطلمه قوانين بعض الدول العربية ، وهوتاأمين عيني يقرر للدائن على عقار منقول لمدينه ، بمقتضى أمر من القاضي ، بناء على حكم بالدين . ذلك أن غياب حق الاختصاص أكثر من مزاياه ، فهو يهدف الى تزويد الدائن بنصي صدر الحكم ، باندين بتأمين يقبضه من خطر تصرفات مدينه ، وقد يفضل الدائن هذا فلا يبادر الى التنفيذ وبذلك تتحقق مصلحة المدين في الاحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء . ولكن يجاب على حق الاختصاص أنه يؤدي الى تفضيل الدائن على غيره من الدائنين لا لشره إلا لأنه سبق في الحصر على حكم يدينه ، وكثيرا ما يكون الأخرى في الحصول على الحكم لأسباب لا دخل لإرادة الدائن فيها ، كما أنه يؤدي الى تسابق الدائنين في رفع الدعاوى على المدين مسان يترتب عليه زيادة المصروفات .

وتنظيم المشروع لصورتين من الرهن ، الرسمي والحيازي ، قد يدعو الى التساؤل عن موقف الفقه الاسلامي من الرهن الرسمي بالذات ، فقد قيل أن الفقه الاسلامي لا يقر أو لا يعرف هذا النوع من الرهن ، خاصة وأن المادة ٧٠٦ من مجلة الاحكام العدلية تجعل القبض ضروريا لتنام الرهن وهذاه ، في حين أن الرهن الرسمي يتم ويلزم بغير قبض .

وكن يرى بعض المحدثين من فقهاء الشريعة أن الفقه الاسلامي لا يأبي الاخذ بنظام الرهن الرسمي ، ففي بحث خاص أعده فضيلة الشيخ زكي الدين شعبان قال : « والناظر في افقة الاسلامي وأصوله يجد فيه ما يشهد للرهن الرسمي ويصح الاخذ به ، والمطلق لمرفة وجود هذا الرهن في الفقه الاسلامي وعدم وجوده هو قبض العين المرهونة وهل هو شرط أساسي في صحة الرهن أو ليس بشرط ، فاذا كان القبض ليس شرطا لصحة الرهن فان المجال يكون فسحيا لقبول الرهن الرسمي في الفقه الاسلامي . وكذلك لو كان القبض شرطا لانعقاد الرهن وصحته ... » . وبعد عرضه لآراء الفقهاء في مذاهبهم المختلفة قال : هذه هي آراء الفقهاء فسى قبض المرهون ومنها يتبين أن جمهور الفقهاء يرون أن الرهن

أن يكون الاقرار بورقة رسمية ، فإذا لم يصدر اقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه العقار مملوكا للرهن .

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون العالى التى تنص على أن يقع باطلا رهن المال المستقبل ، وهو مأخوذ من نص المادة ١٠٣٣/٢ من القانون المصرى ، وقد اثار هذا الحكم خلافا حول المقصود برهن المال المستقبل والحكمة من تقريره بطلانه ، ففى رأى - وهو ما تفيدته المذكرة الايضاحية للقانون المصرى - أنه يقصد برهن المال المستقبل رهن العقار الغير مملوك للرهن ، فهو رهن ملك الغير ، ولكن العقار لم يعين بذاته . أما عن الحكمة من تقرير البطلان فهى كما قيل تعارض رهن المال المستقبل مع مبدأ تخصيص الرهن الذى يقتضى أن يكون العقار مينا بالذات . ولهذا ذهب البعض بحق الى قد النص الذى يقرر بطلان رهن المال المستقبل ووجوب استبعاده اكتفاء بالنص على وجوب تعيين العقار بالذات تعيينا دقيقا . وهذا هو ما أخذ به المشروع .

أما المادة ٩٧٥ فتضع الحكم الوارد فى المادة السادسة من القانون العالى خاصا بالرهن الذى صدر ممن كان يملك العقار المرهون وقت إبرام الرهن ثم زال سند ملكية الرهن بأثر رجعى ، كأن أبطل أو فسخ العقد الذى تمكك به ، ويقرر النص - على خلاف مقتضى الاثر الرجعى لمصلحة الرهن - بقاء الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن اذا كان حسن النية وقت إبرام الرهن أى كان جاهلا بالسبب الذى يهدد سنده ملكية الرهن بالزوال .

محل الرهن (العقار المرهون) :

تبداً المادة ٩٧٦ فى فقرتها الاولى بالنص على أن الرهن الرسمى لا يجوز أن يرد الا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، ولم يرد فى النص عبارة « أو حق عينى على عقار » الواردة فى نص المادة ٨ من القانون العالى ، لأن الحق العينى الذى يرد على عقار هو عقار وهو ما نص عليه المشروع فى الباب التمهيدى (م ٢٦) .

واشترطت الفقرة الثانية من النص شرطين فى العقار ، الاول : أن يكون مما يصح بيعه استقلالاً بالزاد العلى ، فلا يصح رهن ما لا يصح بيعه بالزاد العلى مثل الاموال العامة والعقارات الموقوفة ، وما لا يصح بيعه استقلالاً لا يصح رهنه مثل حقوق الارتفاق . ويلاحظ أن نص المادة ٨ من القانون العالى - مثل المادة ١٠٣٥/٢ من القانون المصرى - تنص على أنه يجب أن يكون العقار المرهون « مما يصح التعامل فيه وبيعه بالزاد العلى » أما نص المشروع فيختلف من ناحيتين الاولى أنه لم يذكر عبارة « يصح التعامل فيه » لأن كل ما

العقد يطلق على الحق العينى نفسه . والنص يقابل نص المادة الاولى من القانون العالى ، وقد استبعد من النص العالى عبارة « مخصص لوفاء دينه » الواردة بعد كلمة عقار لأن هذا التخصيص هو الحكم المستفاد من عبارة « يكون له بموجب ... » كما أن نص المشروع لم يذكر أن استيفاء الدائن حقه يكون من ثمن العقار ، توخياً للدقة حيث أن الاستيفاء قد يكون من الثمن عندما يباع العقار جبراً ، وقد يكون مما يحل محل العقار كالتعمير ومبلغ التأمين ومقابل فزع الملكية للمنفعة العامة .

وتعرض المادة ٩٧٢ فى فقرتها الاولى الرسمية باعتبارها ركناً فى العقد لا يتعد بغيره ، ولم ير المشروع أن يحدد الموظف الذى يتولى التوثيق ، كما يفعل القانون العالى الذى ينص على أن يكون الرهن بورقة رسمية موثقة لدى كاتب العدل ، وإنما اكتفى بالنص على أن تكون الورقة « موثقة وفقاً للقانون » فالاولى ألا يكون تحديد الموظف المختص بتوثيق ورقة معينة فى نصوص المدونة المدنية . أما الفقرة الثانية من النص فتعرض لتناقض عقد الرهن فتجعل على الرهن ، الا اذا اتفق على غير ذلك كان يتفق على أن تكون على المرتهن أو مناصفة .

وتعرض المادة ٩٧٣ للرهن ، وهو الذى يبرم عقد الرهن بالاتفاق مع الدائن المرتهن ، وقد يكون هو المدين ، وهو الغالب ، وقد يكون شخصاً آخر يرهن عقاراً مملوكاً له لضمان الدين وهذا هو الكفيل العينى .

ويرض نص المادة ٩٧٤ لحكم الرهن الصادر من غير مالك العقار المرهون . والقانون العالى ينص فى المادة الرابعة على أنه يجب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون ، ثم ينص فى المادة الخامسة على أنه اذا كان الرهن غير مالك فان عقد الرهن يصبح صحيحاً اذا اقراه المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وقد حدا فى ذلك حدو نصوص القانون المدنى المصرى (م ١٠٣٣/٢ ، ١٠٣٣) . واذا كان ظاهر عبارة « يجب ان يكون الرهن مالكا للعقار المرهون » يفيد أن رهن ملك الغير يكون باطلاً ، فان النص على أن الرهن يصح اذا اقراه المالك الحقيقى يفيد على العكس أن الرهن قد امتد الى الاقرار لا يرد على معدوم ، وقد ساد الرأي القائل أن رهن ملك الغير يعتبر باطلاً باطلاً نسبياً وهو ما صرح به المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المصرى حيث اريد التسوية بين حكم يبيع ملك الغير ورهن ملك الغير . ويكون هذا البطلان النسبى على غير مقتضى القواعد العامة . وقد أثار المشروع افعالاً حكم القواعد العامة على رهن ملك الغير ، فلم ينص على شرط ملكية الرهن للعقار المرهون ، ثم بين فى المادة ٩٧٤ حكم رهن ملك الغير وهو عدم نفاذه فى حق المالك الا اذا اقراه على

الشركاء بتقديم على المرتهن من الشريك ، وهو حكم منطقي لان الفرض أن وجود الرهن الصادر من جميع الشركاء قد روعي عند اجراء القسمة . كما أن امتياز المتساوين يتقدم على الرهن بالرغم من احتفاظ هذا الرهن برتبته السابقة على اجراء القسمة . وقد اكمل المشروع قسما في القانون الحالي انذي لم ينص ، في المادة ١/١ الخاصة برهن الشريك حصة شائعة ، على كيفية تعيين الجزء الذي يتحول اليه الرهن ولا على احتفاظ الرهن برتبته ولا على عدم الاضرار بالرهن الصادر من جميع الشركاء وامتياز المتساوين .

الدين المضمون بالرهن :

تنص المادة ٩٨١ التي تطابق المادة ١٢ من القانون الحالي على أنه يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي . ثم أوردت أهم التطبيقات العملية في هذا الخصوص ، فيجوز أن يترتب الرهن ضمنا لاعتماد مفتوح حيث تكون بصدد دين مستقبلي ، أو لفتح حساب جار حيث تكون بصدد دين احتمالي . واعمالا لمبدأ تخصيص الرهن ، من حيث الدين المضمون ، والذي يقتضى أن يكون الدين محددًا ، جعل النص صحة الرهن الذي يترتب ضمنا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب مشروطة بأن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين .

وتعرض المادة ٩٨٢ ، التي تطابق المادة ١٣ من القانون الحالي لمبدأ عدم تجزئة الرهن ، فكل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وبالتالي اذا باع الراهن جزءا من العقار المرهون كان للدائن المرتهن أن ينفذ بكل الدين على العقار المبيع ولا يقتصر على جزء من الدين يتناسب مع قيمة هذا العقار . ومن ناحية أخرى ، فكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ، فلو وفي المدين الجزء الأكبر من الدين فإن العقار أو العقارات المرهونة تبقى مع تجزئة هذا لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي يصح الاتفاق في عقد الرهن أو في اتفاق لاحق على تجزئة الرهن على نحو ما . وتعرض المادة ٩٨٣ ، الموافقة لحكم المادة ١٤ من القانون الحالي لتبعية الرهن للدين المضمون . فالرهن لم ينشأ الا لضمان الدين فيكون تابعًا له ، فاذا انتهت ارادة المتأقدين عند انشاء الرهن الى ضمان دين على أنه موجود ، ثم تبين أنه غير موجود لانه مترتب على عقد باطل ، كان الرهن نفسه باطلا بالتبعية . واذا وجد الدين ثم انقضى لسبب ما انقضى الرهن بالتبعية .

ويكون الرهن تابعًا للدين في صحته وانقضاءه ولو كان الراهن غير المدين ، أي كميلا عينيا ، وعلى ذلك يستفيد هذا

يصح بيعه بالمزاد العلني يصح التعامل فيه . والثانية : أن نص المشروع ذكر كلمة استقلالًا بعد كلمة يمه . والشرط الثاني انذي أوردته النص هو : أن يكون العقار معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسي لاحق . وهذا هو مقتضى مبدأ تخصيص الرهن من ناحية المرهون .

وتعرض المادة ٩٧٧ ، وهي تقابل المادة ٩ من القانون الحالي لتسول الرهن - بالإضافة الى العقار ذاته - ملحقات هذا العقار التي تعتبر عقارا . وبعد أن وضعت الفقرة الاولى المبدأ العام ، ذكرت الفقرة الثانية ما يعتبر بوجه خاص من الملحقات . وقد حرص المشروع على النص ، بعد بيان هذه الملحقات ، على أن ذلك كله ما لم يتفق على غيره وهي عبارة غير موجودة في النص الحالي ، فليس ثمة ما يمنع من أن يتفق على أن الرهن لا يشمل ملحقات معينة كأحد العقارات بالتخصيص .

وتعرض المادة ٩٧٨ للرهن الذي يرد على المبنى القائمة على أرض الغير ، دون الأرض ، فتجزئته ثم تبين أثر الرهن اذا هدمت المبنى أو اذا آلت الى مالك الأرض ، فيكون للدائن المرتهن أن يتقدم في استيفاء دينه من ثمن الاقراض في حالة الهدم أو من التعويض الذي يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبنى . وهو نفس الحكم الوارد في المادة ١٥ من القانون الحالي .

وتعرض المادتان ٩٧٩ ، ٩٨٠ للرهن الذي يرد على عقار مملوك على الشيوخ . فاذا صدر الرهن من جميع الملاك ، سواء كان على كل العقار المملوك على الشيوخ ، أو على جزء مفرز منه ، أو على حصة شائعة ، فيبقى الرهن نافذا أي كانت نتيجة قسمة العقار بين الشركاء ، بمعنى أن مركز الدائن المرتهن لا يتغير على أثر القسمة .

واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار ، كلها أو بعضها ثم حصلت القسمة ، فان كان الرهن واردا على كل حصة الشريك الراهن فان الرهن يتقفل ما وقع في نصيب الراهن مفرزا وتتحرك منه الاجراء التي وقعت في نصيب الشركاء الآخرين . وان كان المرتهن قد رهن بعض حصته كان يمكن يملك النصف ورهن الربع ، فان الرهن يتقفل جزءا مما يقع في نصيب الراهن يعادل في قيمته ربع قيمة العقار كله ويعين هذا الجزء بأمر على عريضة ويحتفظ الرهن الذي تغير محله على النحو السابق برتبته اذا أجرى له قيد جديد خلال سنتين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذى شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة . الا أن احتفاظ الرهن برتبته على هذا الوجه لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتساوين ، فاذا كان الجزء الذي احتضن به الشريك الراهن في القسمة قد رهنه جميع الشركاء وقيد هذا الرهن بعد قيد الرهن الذي صدر من الشريك على حصته لإشاعة فألدائن المرتهن من جميع

أن يؤجره وقد عرضت المادة ٩٨٥، وليس لها مقابل في القانون الحالي، لنفاذ الايجار الصادر من الراهن في حق الدائن فيجب عليه أن يحترم وجود حق المستأجر فيبيع العقار براعافه وببوء هذا الحق. أما إذا لم يكن نافذاً فيبيع العقار على أساس عدم وجود حق المستأجر.

وبمقتضى نص المادة ٩٨٥ تجب التفرقة، فيما يتعلق بنفاذ الايجار بين فرضين:

الفرض الاول، أن يكون الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز على العقار، فينفذ في حق المرتهن في كل مدته إذا لم تزد هذه المدة على عشر سنوات، فإذا زادت مدته على عشر سنوات فينفذ لمدة عشر سنوات إذا لم يكن قيد سجل قبل قيد الراهن، وينفذ في كل مدته إذا كان قد سجل قبل القيد.

والفرض الثاني، أن يكون الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز، سواء انعقد قبل تسجيل الطلب أو بعده، وفي هذا انقض لا يكون الايجار نافذاً في حق الدائن المرتهن الا اذا لم تعجل فيه الاجرة وكان داخلاً في أعمال الادارة الحسنه. ولم يحدد النص متى يعتبر الايجار داخلاً في أعمال الادارة الحسنه لان تقدير ذلك يختلف بحسب الظروف، فيجب أن يكون بأجر المثل أو أكثر وأن يكون قد عقد لمدة لا تتجاوز المدة المقولة وهي تختلف باختلاف الظروف ويقدرها القاضي وفقاً لما يجرى عادة في تأجير مثل العقار المرهون.

ومما يتصل بحق الراهن في الادارة وتأجيله العقار المرهون مسألة نفاذ المخالصة بالاجرة أو الحوالة بها في حق الدائن المرتهن، وهي تفترض أن الايجار نافذ في حقه. والاجرة باعتبارها نوعان الثمار تكون للراهن عين المدته السابقة على الحاق الثمار بالعقار أي السابقة على تسجيل طلب الحجز، وبالتالي يكون من حق الراهن أن يقبضها وأن يعطى مخالصة بها أو يحولها قبل استحقاقها، فلا تثار مسألة نفاذ المخالصة بها أو حوالتها في حق الدائن الذي لا حق له عليها.

أما بالنسبة للاجرة عن المدة اللاحقة لوقت التحاق الثمار بالعقار فتدخل فيما يشملها الزهن، وبالتالي يرتب على قبض المؤجر لها مقدماً أو حوالتها اقتصار قيمة العقار عند البيع الامر الذي يقتضى حماية الدائن المرتهن من مثل هذه التصرفات وهذا ما عرضت له المادة ٩٨٦ من المشروع، التي لا مقابل لها في القانون الحالي وبموجب هذا النص يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الاول، أن تكون المخالصة بالاجرة أو الحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز، فإن كانت عن مدة لا تزيد على ثلاث سنوات نفذت في حق الدائن المرتهن. أما

الراهن من كل ما يؤثر في وجود الدين المسنون وزواله فله أن يتسكك بجميع الاوجه التي يستطيع المدين نفسه أن يتسكك بها، وهو يتسكك بهذه الاوجه باسمه هو لا باسم المدين، ولهذا لا يستطيع المدين أن يحرمه من التسكك بوجه من هذه الاوجه.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي

إذا انعقد الرهن صحيحاً ترتبت عليه آثاره أولاً فيما بين المتعاقدين سواء بالنسبة الى الراهن أو بالنسبة الى الدائن المرتهن، وثانياً بالنسبة الى الغير.

الفرع الاول - أثر الرهن فيما بين المتعاقدين

(اولاً) بالنسبة الى الراهن:

يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون مع ما يخوله حسب الملكية من سلطة التصرف (مع مراعاة أحكام التزام الراهن بضمان سلامة الرهن) فيجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، والمقصود ببداهة هو الدائن المرتهن الذي قيد حقه قبل التصرف. وعلى ذلك فللراهن أن يبيع العقار أو يهبه، وله أن يربط عليه حق انتفاع، كماله أن يرهنه رهناً آخر، فإذا كان حق التصرف اليه قد نشأ بعد أن أصبح الرهن نافذاً في حق الغير، فإن تصرف الراهن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن. فتنقل الملكية مثقلة بالرهن، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار على اعتبار أنه خال من حق الانتفاع كما يتقدم على الدائن صاحب الرهن الثاني.

وكما للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، فله الحق في ادارته ولهذا نصت المادة ٩٨٤، التي تقابل المادة ١٦ من القانون الحالي، على أن للراهن الحق في ادارة العقار المرهون، وله قبض ثماره وكافة ايراداته الى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضى به قانون المرافعات. ويختلف هذا النص عن نص القانون الحالي الذي يقتصر على القول أن « للراهن الحق في ادارة العقار المرهون وفسى قبض غلته ». فنص المشروع يجعل حق الراهن في قبض الثمار وكافة الإيرادات الى وقت التحاقها بالعقار. والثمار والإيرادات تلتحق بالعقار وفقاً لنص المادة ٢٦٩ من مشروع قانون المرافعات الذي أقرته لجنة المراجعة من وقت تسجيل طلب الحجز على العقار، وتلتحق بالعقار وفقاً لنص المادة ٢٧٠ من هذا المشروع من وقت ائذار المنازعة بدفع الدين أو تخليّة العقار، ان كان العقار قد انتقل من الراهن الى الحائز. والتحاق الثمار والإيرادات بالعقار يعني أنها تدخل فيما يشملها الرهن.

وتطبيقاً لحق الراهن في ادارة العقار المرهون يكون له

قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بسعر (٥) في المائة عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين . لم يتضمن النص هذا الحكم تشبيها مع سياسة المشروع في استبعاد نظام الفوائد .

وإذا ترتب على هلاك انقار أو تفرغ استحقاق مقابل كما لو كان الهلاك أو التلف بفعل الغير والتزم بدفع تعويض أو كان مؤمنا عليه والتزمت شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين ، أو تملك الدولة العقار المرهون للمنفعة العامة وحيث تكون بما يطلق عليه الهلاك القانوني ، فينتقل الرهن بمرتبه الى المقابل ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٨٩ ، التي تقابل وتوافق المادة ١٩ من القانون الحالي .

(ثانيا) اثر الرهن بالنسبة الى الدائن المرتهن :

وإذا أصبح دين الدائن المرتهن مستحق الاداء، فهذا الدائن بالإضافة الى حقه في التنفيذ على كل أموال مدينه بمقتضى حقه في الضمان العام ، أن ينفذ على العقار المرهون ، ويكون ذلك وفقا للاجراءات المقررة لذلك . وقد نصت المادة ٩٩٠ من المشروع ، التي تقابل المادة ٢٠ من القانون الحالي ، على حق الدائن في التنفيذ على العقار ، وذلك دون ذكر ما ورد في نص القانون الحالي من أنه ، « وإذا لم يف انقار بحقه ، فله أن يستوفى ما بقى من الحق كدائن عادي من سائر اموال المدين » لأن هذه العبارة تقرر حكما مسلما لا يحتاج الى نص .

وعرضت المادة ٩٩١ ، التي تقابل المادة ٢١ من القانون الحالي لحالة ما اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، أي للتكليف العيني ، وقررت انه لا يجوز التنفيذ على أمواله الا ما رهن منها . كما قررت أنه لا يكون لهذا الرهن الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . كما قررت الفقرة الثانية أنه يجوز للراهن أن يتفادى أي اجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للاوضاع وطبقا للاحكام التي يتبناها الحائز في تخليه العقار . وكل هذه احكام مسلما ترجع الى أن الراهن ليس مسئولاً شخصيا عن الدين .

وتطبيقا للقاعدة التي تقرر أن حق الدائن المرتهن في استيفاء حقه من العقار المرهون يكون « وفقا للاجراءات المقررة لذلك » ، وهي قاعدة أمرة ، قررت المادة ٩٩٢ بطلان كل اتفاق على أن يتملك الدائن المرتهن العقار المرهون عند عدم وفاء الدين وكذلك الاتفاق على أن يباع العقار دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون . وهو حكم أريد به حماية الرهن الذي قد يقبل مثل هذه الشروط اعتمادا منه على أنه سيبنى بالدين ثم يجب تقديره ويعتذر عليه الوفاء .

ان كانت عن مدة تزيد على ثلاث سنوات فلا تنفذ فيما زاد عن اجرة ثلاث سنوات الا اذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن . والفرض الثاني ، أن تكون المخالصة بالإجرة المسجولة أو الوفاء بها غير ثابتة بالتاريخ قبل تسجيل طلب العجز كما تكون نافذة في حق الدائن المرتهن .

الالتزام بضمان سلامة الرهن واحتكام هلاك العقار أو تلفه :

يلتزم الراهن ، بمقتضى عقد الرهن ، بضمان سلامة الرهن ، وهو ما نصت عليه المادة ٩٨٧ ، التي تقابل المادة ١٧ من القانون الحالي ، وبمقتضى هذا الالتزام يجب على الراهن أن يمتنع عن أي عمل ايجابي أو سلبي يتسبب من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن ، فعليه أن يمتنع عن هدم العقار المبنى كله أو بعضه ، أو زرع المحروسات من الارض اذا لم يكن زرعها مما يقتضيه استعمالها ، كما عليه أن يحافظ على العقار فلا يتركه يتخرب . وحتى لا يترتب على هذا الالتزام تعطيل حق الراهن في الادارة والاستعمال حدد النص الأعمال التي للدائن أن يعترض عليها بانها التي من شأنها اقصا ضررها اقصا كبيرا . كما يشمل الضمان تعرض الغير القانوني فعلى الراهن أن يدفع أي ادعاء من الغير بحق أو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعي الغير أنه يملك اموال المرهون . وللدائن في سبيل المحافظة على حقه أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه اقصا الضرر اقصا كبيرا ، وله في حالة الاستعجال أن يقوم بالوسائل التحفظية كأن يطالب بتعيين حارس يتولى المحافظة على العقار أو يطلب الترخيص له بعمل الترميمات اللازمة لمنع تهديم العقار .

وإذا أخل الراهن بالتزامه بالضمان الذي قرره المادة ٩٨٧ ، فنسبب يطرأ في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، فيكون للدائن وفقا للقواعد العامة أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب ذلك ، ولما كان الضرر هو زوال التأمين العيني أو ضعفه فيكون الجراء هو أن يقدم الراهن تأمينا كافيا أو يدفع الدين فوراً ، وهذا ما قرره المادة ٩٨٨ فسي فقرتها الاولى (موافقة للفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون الحالي) التي جعلت الخيار للدائن .

أما إذا هلك العقار أو تلف بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه ، وحيث لا تكون يصدد اخلال بالالتزام بالضمان ، وترتب على ذلك زوال التأمين أو ضعفه ، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، فيكون الخيار للمدين بين أن يقدم تأمينا كافيا أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل ، وهذا ما قرره الفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ . وهذا ولم يتضمن النص الحكم الوارد في الفقرة الاولى من المادة ١٨ من القانون الحالي والذي يقرر أنه اذا اختار المدين وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل

كما نصت المادة ١٠٠٣ ، التي تطبق المادة ٣٣ من القانون الحالي ، على أنه يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والتقييد والتجديد في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها .

وأخيرا عرضت المادة ١٠٠٣ ، التي تطابق المادة ٣٤ من القانون الحالي ، لمسألة النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر . فقررت جواز هذا النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار فلا يجوز النزول لدائن عادي ، ويكون النزول في حدود الدين المضمون بالرهن الذي نزل صاحبه عن مرتبته . وإذا تم النزول فيجوز التمسك قبل الدائن الذي تم النزول لمصلحته بأوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل من نزل ، مثل بطلان الرهن أو القيد أو انقضاء الدين في وقت سابق على النزول ولكن لا يجوز التمسك باهتداء حق الدائن الذي نزل إذا كان الانقضاء لاحقا للنزول عن المرتبة .

(فانيا) حق التتبع :

تناول المشروع بنصوص المواد من ١٠٠٤ الى ١٠٣٣ تنظيم حق التتبع أي حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه ، في مواجهة من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابس للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين ، وهو الذي اصطلح على تسميته الحائز .

فصت المادة ١٠٠٤ في فقرتها الاولى ، التي تقابل وتوافق الفقرة الاولى من المادة ٣٥ من القانون الحالي ، على حق الدائن المرتهن اذ حل دونه في أن ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز بعد انذاره بدفع الدين . ومن النص يتضح أن الاجراء الاول الذي يجب على الدائن أن يقوم به هو أن يندر الحائز بدفع الدين . فاذا تم الانذار ، يكون للحائز أن يختار أحد أمور أربعة : اما أن يقوم بوفاء الدين المضمون بالرهن ، أو أن يظهر العقار من الرهن ، أو أن يتخطى عن هذا العقار او ان يتحمل اجراءات التنفيذ على العقار .

وحددت الفقرة الثانية من النص من يعتبر حائزا للعقار المرهون ، في هذا الخصوص ، فذكرت انه كل من انتقلت اليه بأى سبب غير الميراث ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن (تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٥ من القانون الحالي) .

وقيل أن يعرض المشروع لتنظيم خيارات الحائز السابقة الاشارة اليها ، عرض في المادة ١٠٠٥ ، ولا مقابل لها في القانون الحالي ، للدفع التي للحائزان يتمسك بها في مواجهة الدائن المرتهن ، مقتصرًا على دفع المدين اذ مما لا يحتاج الى نص خاص ان الحائز له أن يتمسك بما هو خاص به لعدم نفاذ

الفرع الثاني - أثر الرهن بالنسبة الى الغير

الأثر الجوهري للرهن يكون بالنسبة للغير حيث يتمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون وهذا هو التسبغ ، وان يستوفي حقه بالتقدم على غيره . ولا يترتب شيء من ذلك الا بعد أن تتاح للغير فرصة العلم بوجود الرهن . والاجراء الذي رسمه القانون لذلك هو قيد الرهن ، وقد قرر المشروع في المواد من ٩٩٣ الى ٩٩٩ عدم نفاذ الرهن في حق الغير الا اذا قيد . وكذلك اجراءات القيد وسقوطه وتجديده ومحوه والغاء المحو .

وتضع المادة ٩٩٣/١ القاعدة العامة في عدم نفاذ الرهن في حق الغير الا اذا قيد قبل ان يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وهو الحكم المقرر في المادة ٣٣ من القانون الحالي .

واكمل النص قصصا في القانون الحالي بالنص في الفقرة الثانية على انه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق ، ولا التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر ، الا اذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الاصلى .

ونصت المادة ٩٩٤ على أن أثر القيد يقتصر على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المضمون بالرهن ايها أقل . ونصت المادة ٩٩٥ على سقوط القيد اذا لم يجدد ، وحق الدائن اذا ما سقط القيد في اجراء قيد جديد تكون مرتبته من وقت ابرامه . كما نصت المادة ٩٩٦ على وجوب اجراء التجديد حتى اثناء اجراءات التنفيذ . وعرضت المادة ٩٩٧ لمحو القيد فنصت على انه لا يجوز الا بموجب حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير رسمي . ويثبت المادة ٩٩٨ أثر الغاء المحو وهو أن تعود للقيد مرتبته الاصلية دون أن يكون لهذا الالغاء اثر رجعي بالنسبة الى القيود والتسجيلات التي اجريت في الفترة بين المحو والالغاء . واخيرا عرضت المادة ٩٩٩ لمصروفات القيد وتجديده ومحوه فقررت انها على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك .

(اولا) حق التقدم :

وضعت المادة ١٠٠٠ ، التي تقابل وتوافق المادة ٣١ من القانون الحالي ، القاعدة العامة في حق التقدم أو الاولوية ، بالنص على أن يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، وذلك بحسب مرتبة كل منهم .

كما عرضت المادة ١٠٠١ ، التي تطابق المادة ٣٣ من القانون الحالي ، لتجديد مرتبة الرهن ، فنصت على أن تحسب المرتبة من وقت القيد ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان دينًا مستقبلا أو احتماليا .

نصت المادة ١٠٠٧ التي توافق المادة ٣٧ من القانون الحالي ، على انه يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل اديانها بأن يجدهه عند الاقتضاء ، وذلك الى أن تسحق القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز .

وتعرض المادة ١٠٠٨ ، التي تقابل المادة ٣٨ من القانون الحالي مع تعديل طفيف ، للحالات التي يلزم فيها الحائز بقضاء الديون ومن النص يتضح أن الحائز يلتزم بقضاء الديون في حالتين : (الحالة الاولى) وهي التي تنص عليها الفقرة الاولى ، اذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الاداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المفيدة حقوقهم ، فلكل من هؤلاء الدائنين ان يجبره على الوفاء بقسطه . (الحالة الثانية) اذا كان ما في ذمة الحائز غير مستحق الاداء ، حالا ، أو كان أقل من مجموع الديون المستحقة للدائنين ، أو كان مغايراً لها . فإذا تحقق فرض من هذه الفروض الثلاثة جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعاً ان يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في أصل تمهده ان يدفع بمقتضاها وفي الاجل المتفق عليه . فاذا طالب أحد الدائنين الحائز في الحالة الاولى ، أو طالبوه جميعاً في الحالة الثانية أصبح ملتزماً شخصياً بدفع ما طلب منه ، ويكون هذا الالتزام مضموناً لا بالمقار المرهون وحده ولكن بكافة أموال الحائز . ولا يكون للحائز أن يتخلص من التزامه بتخليه المقار ، وإذا وفي قبيعتبر المقار خالصاً من كل رهن وبالتالي يكون الحائز الحق في طلب محو ما عليه من قيود .

ب - تطهير المقار :

يقصد بحق الحائز في تطهير المقار ، بوجه عام ، حقّه في تخليصه مما عليه من حقوق مقيدة نافذة في حقه . ويكون بأن يعرض الحائز قيمة المقار على أصحاب هذه الحقوق ، ولو قبل حلول آجالها ، فإذا قبلوها دفعها لهم وأصبح المقار خالصاً مما يثقله ، وإذا اعترض أحدهم ببيع المقار بالمزاد وينتهي الامر اما برسو المزاد على الحائز أو على غيره ، وفي الحالتين يطهر المقار مما عليه من حقوق .

وقد عرض المشروع للتطهير في المواد ١٠٠٩ الى ١٠١٤ على النحو الآتي :

تضع المادة ١٠٠٩ ، التي تقابل المادة ٣٩ من القانون الحالي وتطابقها ، الببدأ العام في حق الحائز في التطهير ، ففقره في الفقرة الاولى انه يجوز للحائز أن يطهر المقار من كل رهن تم قيده ، قبل تسجيل سنده حقه . ثم تحدد الفقرة الثانية الوقت الذي يجوز فيه التطهير ، فللحائز أن يطلب التطهير منذ أن يصبح حائزاً ودون انتظار توجيه أي إنذار اليه ودون اعتبار لما اذا كانت ديون الدائنين

الرهن في حقه . ومن النص يتضح انه يجب أن تفرق بين فرضين : (الفرض الاول) أن يكون الحكم قد صدر ضد المدين قبل ان تثبت للحائز صفته هذه ، وهنا يكون الحكم حجة على الحائز فلا يجوز له أن يتمسك بما لا يستطيع المدين نفسه أن يتمسك به بعد صدور الحكم أما الدفوع التي للمدين أن يتمسك بها بعد الحكم ، وهي التي لا تمس حجية الامر المقضى ، كاهتداء الدين بعد صدور الحكم بأي سبب ، فيكون للحائز ان يتمسك بها (الفرض الثاني) أن يكون الحكم قد صدر على المدين ، بعد أن أصبح الحائز حائزاً ، فان كان الحائز قد اختصم في الدعوى أو تدخل فيها كان الحكم حجة عليه ، أما اذا لم يختصم ولم يتدخل فلا يكون الحكم حجة عليه وبالتالي يكون له أن يتمسك في مواجهة الدائن بأوجه الدفع التي كان للمدين ان يتمسك بها ، ولو كان المدين نفسه لم يعد قادراً على التمسك بها ، هذا بالإضافة الى حق الحائز في التمسك بالدفوع التي لا يزال للمدين بعد الحكم ان يتمسك بها .

١ - قضاء الديون :

قد يرى الحائز ، ولو انه غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين ، أن مصلحته تقتضي الوفاء بالديون التي يضمنها الرهن كلها أو بعضها كما لو كانت قيمة الديون كلها أقل من قيمة المقار ويرغب الحائز في الجبولة دون بيعه بالمزاد ، أو كانت الديون أكثر من قيمة المقار ويفضل الحائز الوفاء بدين متقدم ليحل محل الدائن الذي واه . لهذا أعطى المشروع الحائز الحق في قضاء الديون كلها أو بعضها ، بل الزمه بالوفاء في حالات خاصة .

فعرضت المادة ١٠٠٦ ، التي تقابل المادة ٣٦ من القانون الحالي لحق الحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يوفيه هو ولمحققاته التي يضمنها الرهن بما فيها المصروفات التي ائتمنت في الاجراءات من وقت انذاره بدفع الدين ، ويبيى حقه في الوفاء قائماً الى وقت رسو المزاد . فاذا وفي الحائز ، كان له أن يرجع بكل ما آداه على كل من المدين ومن تلقى منه حقه ان لم يكن هو المدين اذا كان سند تمكك الحائز يسمح بهذا الرجوع وللحائز بالإضافة الى الرجوع على كل منهما بدعوى شخصية ، ان يحل محل الدائن فيما كان له من حقوق فيكون له حق الدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلقفه من توابع وما يكفله من تأمينات فيما عدا التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين ويرجع استثناء هذه التأمينات الى ان المقار لوبقى في يد المدين ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين أن يرجع على الكفيل فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لجبرد بوجود حائز .

ومما يجعل فيه الحائز محل الدائن المرتهن الرهن المقرر على المقار الذي يجوز ، وتظهر فائدة الحلول هنا اذا كانت هناك قيود أخرى متأخرة عن رهن الدائن الذي استوفى دينه ، ولذلك

وإذا طلب البيع ، وكان الطلب صحيحاً وفقاً لما نصت عليه المادة ١٠١٢ ، فبياع العقار بأمراد وفقاً للاجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠١٣ ، التي تقابل المادة ٤٣ من القانون الحالي مع شيء من التعديل . وقد نصت المادة ٤٣ على أن يتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز ، كما أوجبت على من يباشر الاجراءات ان يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار .

هذا ولم يأخذ المشروع بالحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون الحالي (وتقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ مصرى) والتي تنص على انه « وبلتزم من ترسو عليه المزايدة بان يرد الى الحائز الذي تزعت ملكيته المصروفات التي انفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الاعلانات ، وذلك الى جانب الزامه بالتمن الذي رسا به المزايد والمصروفات التي اقتضتها اجراءات التطهير » ذلك انه ليس ثمة مبرر لالزام الراسى عليه المزايد بتلك المصروفات .

واخيراً عرضت المادة ١٠١٤ لحالة ما اذا لم يرفض أى من الدائنين عرض الحائز ، وفي حكمها حالة طلب البيع اذا لم يعرض أحد تمناً أعلى مما قدره الحائز قيمة للعقار ، فنصت نأى انه « اذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالاوضاع المبررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزايد تمناً أعلى مما عرضه الحائز ، استقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز اذا هو أودع المبلغ الذي عرضه صندوق التنفيذ » .

هذا ونشير الى أنه اذا تمت اجراءات التطهير اما ببيع العقار وفقاً لنص المادة ١٠١٣ أو باستقرار الملكية للحائز وفقاً لنص المادة ١٠١٤ ، فينقضى الرهن نهائياً حتى ولو زالت لاي سبب ملكية الحائز الذي طهر العقار ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٢٥ في الفصل الخاص بانقضاء الرهن الرسمي .

ج - تخلية العقار :

الخيار الثالث المحول للحائز هو تخلية العقار المرهون ، التي يقصد بها ترك الحيازة العرضية للعقار لشخص آخر يعين حارساً وتتخذ ضده اجراءات البيع الجبرى . والحكمة من تقرير هذا الحق للحائز هي أولاً تمكينه ، وهو شخص غير مسئول شخصياً عن الدين المضمون ، من تقادى ظهور اسمه في اجراءات التنفيذ الامر الذي قد يسبب له الى سمعته المالية نظراً الى أنه قد يشعر الناس باضطراب مركزه المالى في حين انه ليس مديناً بالدين الذى يجرى التنفيذ من أجله . ومن ناحية اخرى فالتخلية تمكن الحائز من التخلص من مسؤولية ادارة العقار المرهون في الفترة التي يجرى فيها التنفيذ خاصة ونماز العقار تلتحق به فتدخل فيما يضمنه الرهن من وقت انذاره .

حالة أم لا ، ويبقى حقه هذا قائماً الى يوم توقيع الحجز على العقار .

ثم بينت المسادتان ١٠١٠ و ١٠١١ ما يجب على الحائز ان يفعله اذا ساراد تطهير العقار ، فعلى الحائز ان يوجه الى كل داسن من الدائنين انقيد حقوقهم اعلاناً يشتمل على البيانات المذكورة في نفس المادة ١٠١٠ والتي تسكن من مرة التاز وسند ملكيته ، والعقار المراد تطهيره ومالكه السابق ، والشئ الذى اشترى به الحائز ان كان سنده بيعاً ، والحقوق المقيدة ومقدار كل منها واسماء الدائنين ، والمبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار والذي يجب الا يقل في أى حال عما بقى في ذمة الحائز من ثمن العقار ان كان قد تسكن بالثراء .

كما تنص المادة ١٠١١ على انه يجب ان يذكر الحائز في الاعلان أنه مستعد ان يوفى الديون المقيدة الى القدر الذى قوم به العقار ، وليس عليه ان يصحب هذا العرض بالمبلغ تقداً وانما ينحصر العرض في اظهار استعدادده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال اياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة .

وإذا وجه الحائز الاعلان على النحو السابق ، فيكون لكل دائن الا يرضى العرض ويطلب بيع العقار . وقد نصت المادة ١٠١٢ ، التي تقابل المادة ٤٣ من القانون الحالي مع شيء من التعديل ، على انه يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كميل لقب مقيد ان يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر اعلان رسمي . ثم بينت الفقرة الثانية ان الطلب يكون باعلان ، يوجه الى الحائز والى المالك السابق . والحكمة من اعلان الحائز واضحة فهو الذى عرض قيمة العقار وطلب البيع يعتبر رفضاً لعرضه ، واما اعلان المالك السابق فالحكمة منه اناحة الفرصة له ليعلم ان العقار سيعرض للبيع في المزايد فقد يعمل على تقادى البيع بأن يفي بالدين ليتخلص من دعوى الضمان التي يرجع بها عليه الحائز اذا ما خرج العقار من يده . كما الزم النص طالب البيع ان يودع صندوق ادارة التنفيذ مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع وذلك حتى لا يقدم أى دائن أو كميل على طلب البيع دون ترو اذ لو لم يرس المزايد تمناً أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز فان طالب البيع هو الذى يتحمل المصروفات لانه هو الذى تسبب في انفاقها . ويترتب على طلب البيع من أحد الدائنين أو من أحد الكفلاء تعلق حق الدائنين الآخرين به ، اذ قد يكون احدهم رافياً في طلب البيع ولم يضمنه من الطلب الا انه وجد غيره قد طلبه ، ولهذا نصت الفقرة الثالثة من النص على انه لا يجوز للطلب ان يتنحى عن طلبه الا بموافقة جميع الدائنين المقيدون وجميع الكفلاء .

وتكون تخلية العقار ، وفقا لنص المادة ١٠١٥ ، التي توافق المادة ٤٩/١ من القانون الحالي ، بتقرير يقدمه الحائز الى ادارة كتاب المحكمة الكلية . ويجب على الحائز أن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية خلال خمسة أيام ومن وقت التقرير بها . فاذا تم ذلك ، فيجوز وفقا للفقرة الثانية من النص لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب الى قاضي الامور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ . ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك . واذا كان من النادر أن يطلب الحائز ، بعد أن تخلى ، تعيين نفسه حارسا ، فقد يرغب في أن يتولى بنفسه ادارة العقار ويكتفي بأن يظهر اسمه في اجراءات التنفيذ بوصفه حارسا على أساس ان هذا لا يسيء الى سمعته المالية .

د - التنفيذ على العقار :

وتنص المادة ١٠١٦ ، التي تقابل المادة ٤٧ من القانون الحالي مع شيء من التعديل ، على انه « اذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المتبقية أو يظهر العقار من الرهن أو أن يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته اجراءات التنفيذ الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخليته العقار ... » وقد اضاف نص المشروع الى هذه العبارة الموجودة في النص الحالي عبارة « ويكون الانذار بعد اعلان السند التنفيذي للدين التضامن تكليفه بالوفاء بالدين وفقا لما يقضي به قانون المرافعات أو مع هذا الاعلان » فبرغم ان الاجراءات تجري في مواجهة الحائز ، الا انه يجب على الدائن أن يبدأ اولا بالتبعية على الدين بالوفاء لانه هو المسؤول عن الدين .

وليس ثمة ما يمنع الحائز من أن يدخل في المزد ولكن يجب في هذه الحالة ألا يعرض ثمننا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠١٧ ، وحكمها وارد في المادة ٤٨ من القانون الحالي .

وعند عرض العقار للبيع في المزد ، سواء اتخذت اجراءات التطهير أو التخلية أو دون أن تتخذ ، فقد يرسو المزد على الحائز وقد يرسو على غيره . فاذا رسا المزد على الحائز اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلى ، ويتطهر العقار من الحقوق المقيدة اذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزد (المادة ١٠١٨) . أما اذا رسا المزد على شخص غير الحائز ، فيكون هذا الشخص قد تلقى ملكيته عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزد (١٠١٩) .

ولما كان الحائز هو مالك العقار ، فاذا رسا المزد بما يزيد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز ، وكان للدائنين المرتهنين من الحائز نفسه أن يستوفوا

وإذا فرض وكان للحائز على العقار ، قبل ان يتملكه ، حق عيني كالانتفاع أو الارتفاق أو الرهن ، وكان هذا الحق نافذا بالنسبة للدائنين فان كان الحق اصليا كالانتفاع أو الارتفاق فالعقار يباع مع اعتبار وجود الحق وبالتالي فاذا رسا المزد على غير الحائز عاد الى الحائز حقه ، وان كان الحق تبعا كالرهن فيكون للحائز أن يستوفي الدين الذي يضمنه هذا الرهن حسب مرتبته بشرط أن يكون قد احتفظ بهذه المرتبة عن طريق تجديد القيد . وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٠٢١ بالنص على أن يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار اليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى .

وإذا بيع العقار ، فيكون للحائز بمقتضى المادة ١٠٢٢ سواء رسا المزد عليه أو على غيره ، أن يرجع بالضمان أولا على المالك السابق بدعوى ضمان الاستحقاق في الحدود التي يسمح بها سند تملكه ، فان كان قد تملك بمقابل فيرجع على سلفه بالتعويض عما لحقه من خسارة سواء في حالة قبول الدائنين القيمة التي عرضها لتطهير العقار أو في حالة بيع العقار والمزد ولو رسا المزد عليه . كما ان الحائز أن يرجع على المدين بما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، ويكون ذلك اما بدعوى الاتراء أو بدعوى الطول حيث يحل محل الدائنين الذين وافهم حقوقهم وعندئذ يستفيد من التأمينات التي قدمها المدين دون التأمينات التي قدمها غيره .

واخيرا نصت المادة ١٠٢٣ ، التي تقابل المادة ٥١ من القانون الحالي ، على ان الحائز مسئول قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف يخطئه فاذا تسبب الحائز بخطئه في تلف العقار ، ولو قبل ان يبدأ الدائنون في الاجراءات ضده ، فيكون قد اعتدى على حقوقهم فيسأل وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، ولا يفيد من التعويض الا الدائنون الذين لم يكف الثمن لقضاء ديونهم .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

ينقضى الرهن الرسمي ولا بصفة تبعية لانقضاء الدين المضمون وقد سبق أن قررت المادة ٩٨٣ أن يكون الرهن تابعا للدين المضمون في صحتة وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك . وقد نصت المادة ١٠٢٤ ، التي تقابل الفقرة الاولى من

الباب الثاني الرهن العياري

الفصل الاول انشاء الرهن العياري

عرفت المادة ١٠٢٧ الرهن العياري ، وهي تقابل المادة ٥٧ من القانون الحالي ، والنص يضع تعريفا لعقد الرهن العياري وتعريفا في الوقت نفسه لعقد الرهن الذي يرتب عليه .

ويتضمن تعريف المشروع حكما يخالف حكم القانون الحالي ، كما أنه أبرز مسائل وان كانت مسلمة في ظل القانون الحالي الا ان التعريف لم يشر اليها . فأولا ، حرص نص المشروع على بيان أن الرهن العياري عقد « به يلتزم شخص ... ان يسلم شيئا ... » مما يدل على ان التسليم هو التزام على عاتق الراهن وليس ركنا في العقد ، وبذلك عدل المشروع عن مذهب القانون الحالي في اعتبار الرهن العياري عقدا عينيا لا يتعد الا بالتسليم اذ تنص الفقرة الاولى من المادة ٥٨ من هذا القانون على أنه « يشترط لتنام رهن الحيازة أن يقبض الدائن المرتهن الشيء المرهون » .

هذا بالإضافة الى ان نص المشروع ذكر أن الرهن ينشأ ضمنا لدين على الراهن او على غيره ، وهو ما لم يرد في نص القانون الحالي . كما نص المشروع على أن العطل الذي قد يسلم اليه المرهون يعينه المتعاقدان ، واخيرا صرح نص المشروع بأن الحق الذي يرتب على عقد الرهن هو حق عيني .

ويختلف الرهن العياري عن الرهن الرسمي ، فيما يتعلق بالرهون ، بأنه لا يقتصر على رهن العتار ، بل يمكن أن يرهن المنقول رهنا حيازيا ، ولهذا عبرت المادة ١٠٢٧ عن الرهون بالشيء . ثم جاءت المادة ١٠٢٨ فنصت على أن « لا يكون محلا للرهن العياري الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمراد العيني من منقول وعقار » ، وبديهي ان ما يمكن بيعه استقلالاً لا بد أن يكون مما يجوز التعامل فيه ولهذا لم يرد هذا الشرط الاخير في نص المشروع على خلاف نص المادة ٦٢ من القانون الحالي .

وأحالت المادة ١٠٢٩ على أحكام المواد ٩٧٤ و ٩٧٥ و ٩٧٨ و ٩٨١ و ٩٨٢ و ٩٨٣ المتعلقة بالرهن الرسمي . وهذه المواد المحال عليها تتناول رهن ملك الغير ، وبقاء الرهن قائما لمصلحة الدائن المرتهن حسن النية اذا كان قد صدر من مالك تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لاي سبب آخر ، ورهن المياني القائمة على أرض الغير ، وجواز انشاء الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو دين مسبق أو دين احتمالي ، ومبدأ عدم تجزئة الرهن ، واخيرا تبعية الرهن للدين المطعون في صحته

المادة ٥٢ من القانون الحالي ، على أن يقضي الرهن الرسمي باقتضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذي اقتضى به الدين دون أخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين اقتضاء الدين وعودته وعلى ذلك اذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو الإبراء مثلا ، انقضى الرهن بالتبعية . فاذا ابطال الوفاء أو الإبراء عاد الدين وعاد الرهن ، فاذا كان مالك العتار قد رتب عليه حقا عينيا في الفترة بين اقتضاء الرهن وعودته الى شخص حسن النية فان عودة الرهن لا تضر بحق هذا الشخص .

هذا ولم ينقل المشروع حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٢ من القانون الحالي التي تنص على انه « ويجوز للمدين ان يفي بالدين قبل حلول الأجل ويطلب محو الرهن ، فإذا لم يقبل الدائن جاز للمدين أن يودع صندوق المحكمة الدين وملحقاته وما قد يكون قد اشترط من تعويض عند التعميل بالوفاء وعندئذ يبيح الرهن » لم ينص المشروع على هذا فليس ثمة ما يبرر اجبار الدائن المرتهن على استيفاء الدين قبل حلول الاجل .

كما يقضي الرهن الرسمي بصفة اصلية ، حتى ولو لم ينقض الدين المضمون به كله أو بعضه ، بنسجم اجراءات التطهير ويبيع العتار جبرا بالمراد العيني .

وقد نصت المادة ١٠٢٥ ، التي تقابل المادة ٤٥ من القانون الحالي ، على أنه « اذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ، ولو زالت لاي سبب من الاسباب ملكية الحائز الذي طهر العتار » فاذا ما طلب الحائز التطهير وقبل الدائنون القيمة التي عرضها واستقرت ملكية الحائز للعقار نهائيا بإيداع المبلغ الذي عرضه وفقا لنص المادة ١٠١٤ من المشروع ، فيتطهر العقار من الرهن المقيدة ولو كان بعض الدائنين لم يحصل على حقه . ويبقى الرهن منقضي حتى ولو زالت بعد ذلك ملكية الحائز لاي سبب .

كما نصت المادة ١٠٢٦ ، التي تقابل المادة ٢/٥٣ من القانون الحالي ، على أنه « اذا بيع العتار المرهون يباع جبريا بالمراد العيني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العتار أو الحائز أو الحارس الذي سلم اليه العتار عند التخلية ، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المراد أو يدفعه الى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

هذا ولم ير المشروع ما يدعو الى النص على ما ورد في القانون الحالي من اقتضاء الرهن باتحاد الذمة (م ٥٤) أو بنزول الدائن عنه (م ٥٥) أو باقتضاء مدة تقادم الدين المضمون بالرهن (م ٥٦) .

الراهن انتهى الرهن . الا اذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن . كل هذا دون اخلال بصقوق الغير حسن النية « فليس ثمة ما يمنع من أن يثبت الدائن المرتهن انه سلم الشيء الى الراهن ليتولى هو اصلاحه على أن يعيده اليه بعد الاصلاح ، فاذا ثبت هذا فلا يكون الرهن قد اقضى ويجب اعادة الشيء الى المرتهن ، لكن اذا كان الراهن قد رب على الشيء في فترة وجوده معه حقا لغيره على أساس عدم وجود الرهن فلا يتأثر بهذا الغير اذا كان حسن النية وقت نشوء حقه اذا ما قضي باعتبار ان الرهن لم ينقذ . وتعرض المادة ١٠٣٥ ، التي تقابل المادة ٦٩ من القانون

الحالي ، لالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه . فنصت على أن « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له ان يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ... » وبناء على ذلك يجب على الراهن ان يحافظ على الشيء الى أن يتم تسليمه ليبيح على الحالة التي كان عليها وقت العقد ، وعليه بعد التسليم ان يتمتع عن سلب العيارة من المرتهن او من المدلل وعليه أن يتمتع عن التصرف في الشيء تصرفا يضر بالدائن المرتهن مثل التصرف في المقول المرهون الى شخص حسن النية قبل تسليمه الى المرتهن وتمكين المتصرف اليه من حيازة المرهون اذ يترتب على مثل هذا التصرف تفضيل المتصرف اليه على الدائن المرتهن . كذلك يجب على الراهن ، اذا كان المرهون عقارا ، ان يقدم المستندات اللازمة لاجراء التيد ، وعليه اذا كان المرهون منقولاً ان يحرر عقد الرهن كتابة على الوجه اللازم لنفاذ الرهن في حق الغير ... الخ .

وقد أعطى نص المشروع الدائن المرتهن وسيلة عاجلة للعمل على المحافظة على الشيء المرهون ، اذ تقضي المادة بأن « للدائن المرتهن في حالة الاستعجال ان يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تزم للمحافظة على الشيء المرهون » وهو حكم لم يرد في النص المقابل في القانون الحالي ، وتظهر فائدة هذا الحكم في الاحوال التي يحدث فيها ما يستدعي التيام باجراء لحفظ المرهون قبل ان يتسلمه المرتهن بحيث يكون الحفظ على الراهن ، وكذلك اذا كان الاجراء الذي يباشره الدائن المرتهن ، بعد ان تسلم الشيء المرهون ، في مواجهة الراهن نفسه .

وعرضت المادة ١٠٣٦ لبراك أو تلف الشيء المرهون فأحالت على أحكام المادتين ٩٨٨ و ٩٨٩ الخاصتين بهلاك أو تلف الشيء المرهون رهنا رسميا ، سواء يخطئ الراهن أو بسبب اجنبي ، وانتقال الرهن بمرتهن الى الحق الذي يترتب على الهلاك كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة .

وانقضائه ، وهذه كلها موضوعات لا وجه فيها لمغايرة الحكم بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي .

ثم عرضت المادة ١٠٣٠ لرهن المال الشائع رهنا حيازيا فنصت على انه « يجوز رهن المال الشائع رهنا حيازيا ، وتسرى على هذا الرهن أحكام المادتين ٩٧٩ و ٩٨٠ » ، وهي تقابل وتوافق المادة ٦٤ من القانون الحالي . وعلى ذلك يسرى على الرهن الحيازي حكم المادة ٩٩١ الخاص بالرهن الصادر من جميع الشركاء ، والمادة ٩٩٢ الخاصة برهن الشرك لحصته الشائعة .

ونصت المادة ١٠٣١ ، التي تقابل المادة ٦٣ من القانون الحالي ، على ان يشمل الرهن الحيازي ملحقات الشيء المرهون ولم يشر المشروع الى الشار ، كما يفعل نص القانون الحالي ، اذ لا يستثار المرهون وخصمها حكم خاص ورد في المادة ١٠٣٨ من المشروع .

وأخيرا نصت المادة ١٠٣٢ ، وحكمها وارد في المادة ٦٥ من القانون الحالي ، على انه يجوز ان يرهن الشيء رهنا حيازيا ضمنا لعدة ديون اذا قبل من تسلم الشيء أن يعوزه لحساب أصحاب تلك الديون حتى ولو كان هو أحدهم » ، فاذا قبل الدائن المرتهن أن يعوز الشيء لحساب نفسه ولحساب دائن مرتهن آخر ، أو قبل المدلل أن يعوز الشيء لحساب عدة دائنين مرتهنين ، فتزول العقبة التي تحول دون رهن الشيء ضمنا لأكثر من دين .

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

الفرع الاول - فيما بين المتعاقدين

(اولا) بالنسبة الى الراهن :

عرضت المادة ١٠٣٣ ولا مقابل لها في القانون الحالي ، لالتزام الراهن بتسليم المرهون ، فأوجبت الفقرة الاولى على الراهن تسليم الشيء الى الدائن المرتهن أو المدلل الذي عينه المتعاقدان ، ثم أحالت الفقرة الثانية فيما يتعلق بهذا الالتزام على أحكام الالتزام بتسليم المبيع .

واذا تم التسليم ، فالقاعدة أن يكون للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون الى ان يستوفي حقه ، او ينقضي الرهن لسبب آخر ، ومن اسباب انقضاء الرهن نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن ، وبناء على هذا الاصل وأخذاً بالتأليب يفترض أن رجوع المرهون الى حيازة الراهن كان بسبب انقضاء الرهن ويكون للدائن المرتهن في هذه الحالة ان يثبت العكس . ولهذا نصت المادة ١٠٣٤ على انه « اذا رجع المرهون الى حيازة

(ثانياً) بالنسبة الى الدائن المرتهن :

يعرض نص المادة ١٠٣٧ لالتزام الدائن المرتهن ، اذا تسلّم المرهون ، بحفظه وصيانيته ، فيقرر أنه « اذا تسلّم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانيته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه » والنص يقابل المادة ٧٣ من القانون الحالي ، ولكنه أقر أن يقتصر على القاعدة العامة دون ذكر بعض ما ورد في النص الحالي ، فلم ينص على تفقات الحفظ اكتفاء بما ورد في المادة ١٠٣٨/٣ في شأنها ، كما لم ينص على الحكم الوارد في الفقرة الثانية الخاص بواجب الدائن المرتهن في أن يبادر بإعلان الرهن بما يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو نقص في القيمة والا كان مسئولاً ، فهذا تطبيق لالتزام الدائن المرتهن ببذل عناية الشخص العادي في ادارة الشيء المرهون وقد نصت عليه المادة ١٠٣٩ .

وتعرض المادة ١٠٣٨ التي تقابل المادة ٧٥ لمنفعة الشيء المرهون وشماره ، فنصت أولاً على أن ليس للدائن أن ينتفع بالشيء دون مقابل ، كما فرضت على الدائن واجب استثماره استثماراً كاملاً ، ثم قررت حق الدائن في الحصول على صافي الربح ومقابل استعماله الشيء خصصاً من المبلغ المضمون بالرهن ، ولو لم يكن أهله قد حصل ، وبينت ترتيب الخصم فيخصم أولاً ما انفق في المحافظة على الشيء وما دفعه من التكاليف ثم بعد ذلك مما يستحقه من تعويضات ، ثم من المصروفات التي تدخل فيما يضمنه الرهن وهي مصروفات العقد الذي انشأ الدين ومصروفات عقد الرهن وقبضه والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن . واخيراً يكون الخصم من أصل الدين .

وعرضت المادة ١٠٣٩ التي تقابل المادة ٧٤ من القانون الحالي ، لالتزام الدائن المرتهن بإدارة الشيء المرهون وحددت معيار العناية التي يجب أن يبذلها في ذلك بعناية الشخص المعتاد وهو ما تقتضيه به القواعد العامة ، كما حرصت على النص على ان ليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء الا برضا الدائن لأن هذا هو مقتضى الإدارة المعتادة . كما نص اخيراً على حكم يفصل في مضمون فكرة الإدارة وهو انه يجب على الدائن ان يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

فإذا أخل الدائن المرتهن بالتزامه هذا ، كان للراهن أن يرجع عليه بالتعويض وفقاً للقواعد العامة . وبالإضافة الى هذا عرض المشروع في الفقرة الثانية لبعض صور الاخلال بالالتزام مقرراً لها أجزاء خاصاً . وهذه الصور هي اساءة استعمال حق الإدارة ، وإدارة الشيء ادارة سيئة ، وارتكاب افعال جسيم في الإدارة ، أما الجزء الخاص فهو حق الدائن في طلب وضع

الشيء تحت الحراسة او طلب استرداد الشيء مقابل دفع ما عليه وهو ما يفيد انه يجوز طلب الاسترداد والدفع حتى قبيل حلول الاجل .

وأخيراً يلتزم الدائن المرتهن ، اذا ما استوفى حقه ، بأن يرد الشيء المرهون الى الراهن ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٤٠ ومنها يتضح ان الالتزام بالرد لا يكون الا بعد أن يستوفي الدائن كامل حقه وما يتصل بهذا الحق من مصروفات وتعويضات .

وأحال المشروع بنص المادة ١٠٤١ على احكام المادة ٩٩١ فقرة أولى وهي الخاصة بعدم جواز التنفيذ على أموال الراهن غير المدين ، أي الكفيل العيني ، الا ما رهن منها ، وبعدم احقية هذا الرهن في الدفع بتجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك . كما أحال النص على المادة ٩٩٢ الخاصة ببطلان شرط تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء بالدين وبطلان شرط البيع دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون .

الفرع الثاني - اثر الرهن بالنسبة الى الغير

يقصد بالغير هنا ، كما في الرهن الرسمي ، كل من يشار من مباشرة الدائن المرتهن السلطات التي يخولها حق الرهن ، فيصدق معنى الغير على كل من يكتسب حقاً عينياً ، أصلياً أو تبعياً ، على الشيء ، كما يصدق على الدائن العادي المالك للشيء المرهون .

وأول مسألة تعرض هي شروط نفاذ الرهن في حق الغير . وقد عرضت المادة ١٠٤٢ لشرط مشترك يجب توفره لنفاذ الرهن الجبازي في حق الغير أيما كان الشيء المرهون وهو ان يكون المرهون في حيازة الدائن المرتهن أو المعدل الذي ارتضاه المتعاقدان . وهذا الشرط لا يكفي وحده لنفاذ الرهن في حق الغير ، بل يجب توافر شروط اخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون ، وقد وردت هذه الشروط في النصوص الخاصة ببعض انواع الرهن الجبازي (المسادة ١٠٤٨ بالنسبة لرهن العقار ، والمادة ١٠٥٠ بالنسبة لرهن المنقول ، والمادة ١٠٥٤ بالنسبة لرهن الدين) .

هذا ويلاحظ انه قد تردت نصوص تحد من نطاق تطبيق القاعدة الواردة في المادة ١٠٤٢ كما هي الحال بالنسبة لنص المادة ١٠٤٩ التي تميز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير بشرط ان يذكر الايجار في القيد أو يؤثر به في هامش القيد .

وتعرض المادة ١٠٥٣ لحق الدائن المرتهن في حبس المرهون ، فقد نصت الفقرة الاولى على انه « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق

الدائن المرتهن عن الأضرار التي تلحقه بسبب عيوب في الشيء المرهون . وثالثا المصروفات التي افتقها الدائن المرتهن في العقد الذي أنشأ الدين المضمون بالرهن ومصروفات عقد الرهن وقيده والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن . وبدهى ان الذي يدخل من هذه المبالغ ويستوفيه الدائن المرتهن بالتقدم عند التنفيذ هو ما بقي منها بعد ما خصمه الدائن من الربح وفقا لنص المادة ١٠٣٨ من المشروع .

هذا ولم يعرض المشروع بنصوص خاصة لعق الدائنين المرتهن رهنا حيازيا في التبعية اكتفاء بما ورد في المادة ١٠٢٧ التي تعرف الرهن الحيازى من ان الدائن المرتهن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من الشيء المرهون « في أي يد يكون » اذ يفيد هذا ان يكون للدائن المرتهن أن ينفذ على الشيء ولو انتقلت ملكيته الى غير الراهن ، وهذا هو التبعية . أما الاحكام الخاصة بحائز العقار المرهون رهنا رسيا فلا محل لمثلها في الرهن الحيازى ، فلا يعتبر مشتري العقار المرهون حيازيا حائزا وبالتالي ليس له ان يطلب تطهير العقار او التخلية ويقتصر حقه اذا ما اراد تفادى نزع ملكية العقار على ان يفي بالدين وفقا للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول . واذا كان الشيء المرهون منقولاً فيكون للدائن المرتهن أيضا حق تبعية الا اذا اصطلح حقه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحق . ولهذا لم ير المشروع ما يدعو الى النص على ما تقرره المادة ٨٢ من القانون الحالي التي تقول « للدائن المرتهن ان يستوفي حقه من الشيء المرهون رهن حيازة ، حتى ولو انتقلت ملكيته الى اجنبي غير انه للاجنبي ان يوفى الدائن حقه فيحل فيه محله الا في رهن قدمه غير المدين ضمانا لنفس الحق » .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

ينقضى الرهن الحيازى ، كالرهن الرسي ، اما بالتبعية لانهاء الدين المضمون بالرهن ، واما بصفة اصلية ولو لم ينقض الدين المضمون .

ويعرض نص المادة ١٠٤٥ ، الذى يقابل ويوافق نص المادة ٨٣ من القانون الحالي ، لانقضاء حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون . وبعد ان قرر النص هذه القاعدة ، نص على ان حق الرهن يعود اذا زال السبب الذى اقتص به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد اكتسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته . وهذا نص مماثل لنص المادة ١٠٢٤ من المشروع الخاصة بانقضاء الرهن الرسي .

تم حفظها وفقا للقانون » والحس هنا يعتبر سلطة من السلطات التي يخولها الرهن فهو يختلف عن الحق في الحبس الذى يثبت للدائن المادى وفقا للقواعد العامة . وهذا الحبس يجعل للدائن المرتهن الحق في الامتناع عن التخلي عن الشيء طالما ان حق الرهن لم ينقض ، وذلك مع مراعاة الحكم الوارد في المادة ١٠٥٢ اذ يكون للراهن عندما يصبح الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة ان يطلب رده اليه مقابل شيء آخر يقدمه بده .

والدائن المرتهن اذ يحبس الشيء يجسبه بالحالة التي كان عليها وقت ان اصبح الرهن نافذا في حق الغير ، ولهذا فالحبس لا يخل بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون ، فاذا فرض مثلا ان مالك العقار رهنته وسلمه الى الدائن المرتهن ، وقبل ان يقيده هذا الرهن قام المالك ببيع العقار او بترتيب حق اقتناع عليه وسجل المشتري أو من كسب الاقتناع عقده قبل قيد الرهن ، فيكون لاي منهما أن يطلب أخذ العقار من الدائن المرتهن الذي لا يكون له في هذا الفرض ان يتسك في مواجهة أيهما بصفته في الحبس .

هذا ويظل حق الحبس قائما اذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون ارادته أو دون علمه ، ويكون للدائن في هذه الحالة الحق في استرداده وفقا لاحكام الحيازة ، سواء كان الشيء في يد الراهن أو في يد غيره ، ويعتبر الشيء المرهون في هذه الحالة في حكم المسروق أو الضائع . وعلى ذلك فان كان المرهون منقولاً وباعه المختلس الى مشتر حسن النية فيجوز للمرتهن ان يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت خروج الشيء من حيازته وان كان المشتري قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو من يتجر في مثل هذا الشيء ، فيكون له ان يطلب من الدائن المرتهن اذا ما طلب الاسترداد أن يعجل له الثمن الذى دفعه . واذا كان المرهون عقارا فيكون للدائن المرتهن ان يسترده وفقا لاحكام دعوى استرداد الحيازة .

المادة ١٠٤٣ .
وتعرض المادة ١٠٤٤ ، وهي تقابل المادة ٨٠ من القانون الحالي مع شيء من التعديل ، لما يضمنه الرهن الحيازى بالإضافة الى أصل الحق ، فنصت على أنه « لا يقتصر الرهن الحيازى على ضمان أصل الحق وإنما يضمن أيضا وفي نفس المرتبة ... » ثم ذكرت اولاً المصروفات الضرورية التي أنفقت للمحافظة على الشيء . ويلاحظ ان الدائن المرتهن اذا كان له ان يستوفى هذه المصروفات بيقضي حقه في الرهن ، فله أيضا حق امتياز لضمان استيفائها ان كان الشيء منقولاً (المادة ١٠٣٣ من المشروع) . وثانيا التعويضات التي قد يستحقها

والحالة الثالثة، هي حالة هلاك المرهون الذي يصدق على حالة انقضاء الحق المرهون في رهن الدين. وهذا مع مراعاة ان نص المادة ١٠٣٦ من المشروع احالت على نص المادة ٩٨٩ الخاصة بالرهن الرسي والتي تقر انه اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذي يترتب على ذلك.

وأخيراً قررت المادة ١٠٤٧، التي تقابل وتوافق نص المادة ٨٨ من القانون الحالي مع تعديل لفظي، حكماً استثنائياً ووعيت فيه مصلحة الراهن دون ان يضر بالدائن المرهون بل قد يكون في مصلحته، وهو انه « يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ان يطلب من المحكمة الترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين. وللمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تأذن بالبيع وتحدد عندئذ شروط البيع وتصل في أمر ايداع الثمن». وواضح من النص أن المحكمة قد تأذن بالبيع أولاً تأذن على ضوء ما يتبين لها من مدى تأثير ذلك على مصلحة الدائن المرهون، فقد يتبين لها ان الاعتبارات التي بنى الراهن على أساسها طلبه وبالذات كون الصفقة رابحة لا تتناسب مع مصلحة الدائن المرهون في الاحتفاظ بجائزة الشيء المرهون وخصم غلته ما يستحقه الى وقت حلول أجل الدين.

الفصل الرابع

بعض أنواع الرهن الحيازي

عرض المشروع في هذا الفصل للقواعد التي تخص أنواع رهن العقار وثانياً رهن المنقول، وثالثاً واخيراً رهن الدين.

الفرع الاول - رهن العقار

سبق أن قرر المشروع بنص المادة ١٠٤٢، الذي يسرى بالنسبة لكل صور الرهن الحيازي أياً كان محله، انه يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرهون أو العدل الذي ارضاه المتعاقدان. وراياً أن هذا الشرط لا يكفي وحده لنفاذ الرهن في حق الغير بل يجب توافر شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون، وقد نصت المادة ١٠٤٨ على الشروط الإضافي في خصوص رهن العقار بقولها « يشترط لنفاذ الرهن العقارى في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن، وتسرى على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسي». وهو ما تقرره المادة ٧٧ من القانون الحالي.

وتضع المادة ١٠٤٩، وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٧٢ من القانون الحالي، قاعدة تقيد القاعدة التي توجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرهون أو العدل،

هذا ويلاحظ فيما يتعلق بأثر عدم سماع الدعوى بالدين المضمون بالرهن الحيازي لمرور الزمان، أن وجود الشيء المرهون في يد الدائن المرهون يعتبر اقراراً ضمناً مستسراً بالدين وبالتالي فلا تبدأ المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى بالدين، ولو أصبح هذا الدين مستحق الاداء، طالما ان الشيء في يد المرهين. وهذا الحكم منصوص عليه في المادة ٤٤٩ من المشروع.

وتعرض المادة ١٠٤٦ التي تقابل المادة ٨٦ من القانون الحالي مع شيء من الخلاف، لانقضاء حق الرهن الحيازي بصفة اصلية في حالات ثلاث:

الحالة الاولى هي نزول الدائن المرهين عن حق الرهن ذاته أى حتى ولو بقى الدين المضمون لم ينقض. ولخطورة هذا النزول نظراً الى أنه قد يؤدي الى عدم امكان استيفاء الدين تطلب النص في الدائن المرهين اهلية ابراء المدين من الدين. وقد يكون النزول صريحاً وقد يكون ضمناً، وفي شأن النزول الضمني قرر النص انه « ويجوز أن يستفاد التنازل الضمني من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون»، ولم يسر المشروع الاخذ بما ورد في نص القانون الحالي، الذي تأثر في ذلك بنص المادة ١١١٣ مصري، من انه يجوز ايضا ان يستفاد التنازل الضمني من موافقة الدائن المرهين على التصرف في المرهون دون تحفظ. وإذا كان للدائن المرهين ان ينزل عن حقه هو، فهو لا يملك بآرادته ان يؤثر في حقوق الغير، ولهذا نص المشروع « على انه اذا كان الدين المضمون بالرهن مثقلاً بحق الغير، فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا اذا اقره».

والحالة الثانية هي ان يجتمع حق الرهن الحيازي مع حق ملكية الشيء المرهون في يد شخص واحد، كما لو اشترى الدائن المرهين الشيء المرهون. وسبب الانقضاء في هذه الحالة هو اتحادي الذمة. ويلاحظ ان اتحادي الذمة ليس في الواقع سبباً من اسباب الانقضاء بقدر ما هو مانع من مباشرة الحق، فاذا زال المانع أمكن استعمال الحق، كما ان اتحادي الذمة يجب الا يضر بالغير. وعلى ذلك اذا كان الدين المضمون بالرهن قسداً رهنه الدائمن بدوره لدائمن له فان الدائن الاول اذا اشترى الشيء المرهون واتحدت ذمته بذلك فاتحداها على هذا الوجه لا يضر بحق الدائن الثاني. كذلك لا ينقض الرهن باتحادي الذمة اذا كان لمالك الشيء المرهون مصلحة في استبقاء الرهن كما لو كان الراهن كميلاً عينياً ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ثم باع هذا الدين مستقيماً الرهن لخصاه فيبيى الرهن بمرتبه. وأخيراً فاذا زال اتحادي الذمة وكان لزواله أثر رجعي، كما لو فسخ القيد الذي اشترى به المرهين الشيء المرهون، بقي الرهن كما كان قبل اتحادي الذمة.

يطلب من القاضى الترخيص له في يمه بالزاد العلنى أو بسعره في البورصة أو السوق . وحق المرتهن في طلب البيع يقوم على أساس خشية أن يصبح المنقول غير كاف لضمان حقه ، وأما حق الراهن في طلب البيع فيقوم على أساس انه المالك فيكون له أن يعمل على تفادى ما يهدد الشيء من هلاك أو تلف . فإذا تبرر للقاضى أن ثمة ما يبرر البيع فيأذن به ، ويفصل في الوقت نفسه في أمر ايداع الثمن ، وينتقل حق الدائن المرتهن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه .

وقرر المشروع في المادة ١٠٥٣ التي لا مقابل لها في القانون الحالي ، حكماً خاصاً فيما يتعلق بكيفية استيفاء الدائن المرتهن حقه من المنقول المرهون . فالأصل أنه اذا أصبح حق الدائن مستحق الاداء ولم يسه له الدين أن يتبع الدائن اجراءات التنفيذ الجبري وفقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات . واستثناء من هذا الاصل نصت المادة ١٠٥٣ على انه « يجوز للدائن المرتهن لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالزاد العلنى أو بسعره في البورصة أو السوق » . فقد يكون من الأوفى في بعض الاحوال بيع المنقول بغير اتباع اجراءات البيع الجبري تجنباً لطول الاجراءات وكثرة المصاريف وبخاصة اذا كان المنقول مما يتحدد سعره في البورصة أو السوق فأجاز النص هذا وجعل الترخيص به للقاضى حتى يمكن التحقق مما اذا كان البيع دون اتباع اجراءات البيوع الجبرية يضر بالراهن أم لا ، وكذلك ليبن القاضى عند الترخيص الطريقة التي يتم بها البيع .

الفرع الثالث - رهن الدين

ان مصطلح « المنقول » يصدق ، فيما يصدق عليه ، على الدين ، اذ كل ما ليس عقاراً يعتبر منقولاً (المادة ٢٧ من المشروع) ولكن المشروع خصص رهن الدين بقواعد خاصة تفرضها طبيعته باعتباره علاقة بين شخصين الدائن (وهو الراهن) والمدين .

وأول هذه القواعد الخاصة هي التي تتعلق بنفاذ الرهن : فإذا كان الرهن يتم - كما تتم حوالة الحق - بالاتفاق بين الراهن والمرتهن ، فتنبى مسألة نفاذ الرهن . واذا كانت مسألة نفاذ رهن المنقول المادى لا تنور الا بالنسبة للغير ، ففي رهن الدين تظهر مسألة نفاذه في حق المدين بالدين المرهون .

ونفاذ رهن الدين في حق المدين يكون بما يحقن عليه بوجود الرهن حتى يستطيع أن يتصرف وفق ما يقتضيه الرهن . وقد قررت المادة ١٠٥٤ أن الرهن « لا يكون نافذاً في حق المدين إلا باعلانه بالرهن أو بقبوله اياه » وهي نفس القاعدة المقررة لنفاذ حوالة الحق بالنسبة للمدين بالحق المحال ، بل ان رهن الدين يعبر عنه عادة بأنه حوالة على سبيل الرهن .

اذ نص في الفقرة الاولى على انه « يجوز للدائن المرتهن لعقار ان يؤجره للراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير » . ولحماية الغير الذين قد يتخددعون فيعتقدون أن الرهن غير موجود أو غير نافذ في حقه من سبب وجود العقار في يد الراهن وهو المستأجر ، نصت الفقرة الثانية من النص على انه « اذا اتفق على الايجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد . أما اذا اتفق عليه بعد الرهن وجب ان يؤشر به في هامش القيد ، الا ان هذا التأشير لا يكون ضرورياً اذا جدد الايجار تجديداً ضمناً » .

الفرع الثاني - رهن المنقول

تضع المادة ١٠٥٠ ، التي تقابل وتوافق المادة ٧٨ من القانون الحالي ، القاعدة الخاصة بالشرط الذى يضاف الى انتقال الحيازة لنفاذ رهن المنقول في حق الغير ، فنصت على أن « يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن » . ويلاحظ أن الكتابة هنا ليست مطلوبة لانعقاد الرهن ولا لاثباته وانما هي شرط لنفاذه في حق الغير ، ولهذا فهي لازمة للنفاذ اياً كانت قيمة الشيء المرهون . ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لاعمال مبدأ تخصيص الرهن سواء من حيث الدين المضمون أو الشيء المرهون . واذا نصت العبارة الاخيرة من النص على ان التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن ، فيلاحظ ان اشتراط الكتابة لنفاذ الرهن هو شرط اضافي يضاف الى انتقال حيازة المرهون ، ولهذا فمرتبة الرهن تتحدد بالوقت الذى يجتمع فيه الشرطان ، انتقال الحيازة والورقة الثابتة التاريخ ، بحيث اذا تأخر انتقال الحيازة عن التاريخ الثابت فتستحدد المرتبة من وقت انتقال الحيازة .

ونصت المادة ١٠٥١ ، ولا مقابل لها في القانون الحالي على أن « الاحكام المتعلقة بالأثار التي ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسرى على رهن المنقول » وبناء على ذلك اذا رهن المنقول شخص غير مالكه وحازمه المرتهن وهو حسن النية أى يجعل أن الراهن غير مالك ، فهذا المرتهن ان يتمسك بالرهن ، ومن ناحية أخرى يجوز لمن حاز الشيء المرهون بسبب صحيح وحسن نية أى مع جهله بوجود حق الدائن المرتهن أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء في مواجهة الدائن المرتهن .

وعرضت المادة ١٠٥٢ للحالة التي يكون فيها الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل تقديم شيء آخر بدله ، فأجازت لكل من المرتهن والراهن ان

وتعرض المادة ١٠٥٨ التي تقابل وتوافق المادة ٩٤ من القانون الحالي ، للدفع التي يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك بها قبل الدائن المرتهن . وهذه الدفع نوعان : أولا الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، فلو كان المقدم الذي نشأ عنه هذا الحق باطلاً كان الرهن بالتبعية باطلاً ، وللمدين أن يتمسك بهذا البطلان قبل الدائن المرتهن ، وكذلك لو كان الحق المضمون قد اقتصى لاي سبب فله أن يتمسك بهذا الانقضاء . والنوع الثاني هو الدفع التي للمدين بالدين المرهون قبل دائته أي الراهن ، فإذا كان الدين المرهون قد نشأ بعقد باطل كان للمدين في هذا الدين أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الدائن المرتهن ، كما له أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأسباب انقضاء الدين المذكورة في المادة ١٠٥٧ إذا كان السبب قد تحقق قبل أن يصبح الرهن نافذاً في حقه بالاعلان أو اذا كان الدائن قد قبل سبب الانقضاء ، وله كذلك أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بعدم سماع الدعوى لمور الزمان .

وتعرض المادة ١٠٥٩ التي تقابل المادة ٩٥ من القانون الحالي ، لاثبات استحقاق الدين المرهون قبل أن يصبح الدين المضمون بالرهن مستحق الاداء . ونظرا لتعلق حق الدائن المرتهن بالدين المرهون ، وفي الوقت نفسه فالراهن هو الدائن في هذا الدين ، نصت الفقرة الاولى من النص على أنه لا يجوز للمدين أن يوفي الدين الا للراهن والمرتهن معا . فإذا انقضا على الاستيفاء فبدهي أن يكون ذلك بعد أن يتفقا على مصير الدين المضمون . وإذا لم يتفق الراهن والمرتهن ، فكلك منهما أن يطلب اني المدين ايداع ما عليه أن يؤديه ، فإذا تم الايداع انتقل الرهن الي ما تم ايداعه ، بمعنى أن يكون ضمانا للحق الذي كان مضمونا بالرهن . وفي هذه الحالة ، اذا اتفق الراهن والمرتهن على طريقة استغلال ما اداه المدين كان بها ، فإذا لم يتفقا كان لكل منهما أن يلجأ الي المحكمة لتنظر فسي أمر استغلال ما اداه المدين ، وللمحكمة عندئذ أن تقضي بما تراه أنفع للراهن باعتباره هو صاحب المال المودع ، دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن أي دون أن يؤثر في مدى ما له من ضمان .

وأخيرا عرضت المادة ١٠٦٠ التي تقابل المادة ٩٦ من القانون الحالي ، لحالة ما اذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الاداء ، ولم يستوف الدائن المرتهن حقه بعد . ففي هذه الحالة اذا كان كل من الدينين من جنس واحد ، كان للدائن المرتهن أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له ، فإذا لم يكونا من جنس واحد فللدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون بالمزاد العلني أو بسرعه في البورصة أو السوق وهو الحكم الوارد في المادة ١٠٥٣ وأحال عليه نص المادة ١٠٦٠ .

أما نفاذ رهن الدين في حق الغير ، كالمحال اليه أو مرتهن آخر أو دائن حائز ، فيكون بتوفر شرطين ، الشرط الاول هو حيازة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون وهذه الحيازة هي التي تتلاءم مع طبيعة المرهون الذي ليس له كيان مادي فيكتفى بحيازة السند . أما الشرط الثاني فهو أن يكون الرهن قد أصبح نافذاً في حق المدين بالاعلان أو القبول فإن كان قد نفذ بالقبول فيجب أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . وتحسب مرتبة الرهن ، التي لا تظهر أهميتها الا بالنسبة للغير ، من وقت اجتماع شرطى النفاذ بالنسبة اليهم أي حيازة الدائن المرتهن لسند الدين ، واعلان الحوالة الذي يكون دائما ثابت التاريخ أو التاريخ الثابت لقبول المدين بالدين المرهون .

وهذه القواعد هي التي قررتها المادة ١٠٥٤ التي تقابل المادة ٨٩ من القانون الحالي مع شيء من التعديل في الصياغة .

والقاعدة الواردة في المادة ١٠٥٤ هي الواجبة التطبيق بالنسبة للديون العادية ، أما الصكوك (أي السندات) الاسمية أو لأمر ، فقد قررت المادة ١٠٥٥ من المشروع الاحالة في شأن رهنها بوجه عام لما يقضى به القانون في شأنها ، إذ نصت هذه المادة ، التي تقابل المادة ٩٠ من القانون الحالي ، على أن « يكون رهن الصكوك الاسمية والصكوك لأمر وفقا لما يقضى به القانون .

وإذا لم يكن النص قد اشار الى الصكوك لحاملها ، فذلك لما استقر عليه الرأي في شأنها من اعطائها حكم المنقولات المادية على أساس أن الحق يندمج في الصك .

وتنص المادة ١٠٥٦ التي تطابق المادة ٩١ من القانون الحالي ، على أنه لا يجوز رهن الدين اذا كان غير قابل للحوالة أو الحجز ، وهذا تطبيق للقاعدة العامة المقررة في المادة ١٠٢٨ بخصوص محل الرهن ، والحكمة منه ظاهرة فالرهن يهدف الى ضمان الدين فإذا لم يف المدين كانت وسيلة الدائن هي بيع المرهون والحصول على حقه من الثمن . وهذا لا يتأتي اذا كان الدين لا يقبل الحوالة أي لا يقبل البيع الجبري .

وتعرض المادة ١٠٥٧ لقاعدة تخص رهن الدين فيما يتعلق باقتضاء الرهن فنقول « لا يسرى الوفاء بالدين المرهون أو تجديده أو المقاصة به أو اتحاد الذمة فيه أو البراء منه في مواجهة الدائن المرتهن الا باتقاره . كما لا يسرى في مواجهته أي تعديل في الدين يكون من شأنه أن يضره الا بقبوله » . والنص يقابل المادة ٩٢ من القانون الحالي ولكنه يختلف عنه في أنه لا يقتصر على عدم سريان الاقتضاء الذي يتم بالاتفاق وإنما يشمل كذلك المقاصة واتحاد الذمة .

الباب الثالث حقوق الامتياز الفصل الاول احكام عامة

حقوق الامتياز هي تأميمات خاصة يقرها القانون احقوق يعينها على مال أو أموال معينة أو على كل أموال المدين . وقد عرف القانون الحالي الامتياز في الفقرة الاولى من المادة ٩٧ قلا عن المادة ١١٣٥ مصرى ، بأنه « ٠٠٠ أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفتة » ونظرا لورود النصوص الخاصة بالامتياز في قانون التأميمات العينية ، كما وردت في مصر ، في الكتاب المخصص للحقوق العينية التبعية أو التأميمات العينية ، فقد أخذ البعض على التعريف أنه اغفل الاشارة الى أن الامتياز حق عيني ، ولكن البعض الآخر رأى أن هذا الاغفال كان مقصودا لان وصف الامتياز بوجه عام بأنه حق عيني كان ولا يزال محل خلاف ، ويكفي الاشارة في هذا الخصوص أن بعض حقوق الامتياز ، وهي حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين مع أن الحق العيني لا يتصور وجوده الا اذا كان محله مينا بالذات ، كما أن بعض حقوق الامتياز لا تخول سلطة التبعية وهي أهم مظاهر ورود الحق على الشيء وبالتالي عينية الحق . ولهذا أكبر المشروع عدم وضع تعريف تشريعي خاص ، ومن الفقهاء من ذهب الى أن فكرة الامتياز فكرة مقعدة تستصمى على التعريف الدقيق .

واذ تجنب المشروع تعريف حق الامتياز اكثرى في نص المادة ١٠٦١ ، التي تقابل الفقرة الثانية من المادة ٩٧ مسن القانون الحالي ، بالقول انه « لا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص في القانون » وهذه فكرة أساسية في نظام الامتياز فلا يجوز لطرفي الالتزام الدائن والمدين أن ينشأ امتيازاً في غير الحالات التي يقرها القانون ، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الحق ممتازا اذا كان القانون لم ينص على ذلك . والقول ان الامتياز لا يكون الا بمقتضى نص في القانون ، لا يعنى حصر حقوق الامتياز في تلك التي وردت في هذا الفصل ، فيمكن أن يرد النص الذي يقرر الامتياز في أي موضع آخر سواء في الملوة المدنية أو في غيرها من المدونات أو في قانون من القوانين الخاصة بموضوع معين .

والقانون اذا يقرر الامتياز فذلك مراعاة منه لصفة في هذا الحق تجعله يستحق الرعاية فيستوفيه صاحبه بالاولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، ولهذا فالقانون هو الذى يحدد الحق الممتاز ، كما يحدد محل الامتياز أي المال الذى يستوفى منه صاحب الحق حقه بالاولوية ، كما أن القانون يحدد مرتبة الامتياز ، ولكن هذا

لا يعنى أنه يلزم بالضرورة أن يحدد لكل حق على حدة مرتبه فى النص أو النصوص التي تقرر امتياز هذا الحق ، ولهذا نصت المادة ١٠٦٢ على أن يحدد القانون مرتبة الامتياز ، فان لم يحدد القانون لامتياز مرتبه كان متأخرا عن كسل امتياز متصوص على مرتبه . كما نصت الفقرة الثانية من النص على أنه اذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

وتتقسم حقوق الامتياز ، من حيث الاموال التي ترد عليها ، الى قسمين ، حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة ، وقد نصت المادة ١٠٦٣ ، التي تقابل وتطابق المادة ٩٩ من القانون الحالي ، على أن « ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار . أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون على منقول أو عقار معين » .

ورود حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين يعنى أنها لا ترد على مال أو أموال معينة بذاتها ، وانما يكون لصاحب الحق الممتاز التقدم على ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ ، منقولات كانت أو عقارات ، دون نظر الى ما كان لديه من أموال وقت نشوء الحق الممتاز ، أي أن مركز الدائن صاحب الحق الممتاز لا يختلف عن مركز الدائن العادى لا فيما يتعلق بحق التقدم . ولهذا نص المشروع في صدر المادة ١٠٦٤ على أنه « لا يلزم التقيده فى حقوق الامتياز العامة ولو وردت على عقار ٠٠٠ » كما نص في صدر المادة ١٠٦٥ على أنه « لا يترتب على حقوق الامتياز العامة حق التبعية » .

ولكن ثمة حقوق امتياز ، وهي الضامنة لمبالغ مستحقة للخزاة العامة ، تستحق رعاية خاصة اقتضت أن يخصصها المشروع بقواعد استثنائية وهذه الحقوق قد تكون عامة ترد على جميع أموال المدين وقد تكون خاصة ترد على مال أو أموال معينة . فان كان الامتياز خاصا وواردا على عقار ، فقد سوى بينه المشروع وبين حقوق الامتياز العامة من حيث عدم لزوم التقيده ، فبعد أن قررت المادة ١٠٦٤ عدم لزوم التقيده فى حقوق الامتياز العامة قالت « ٠٠٠ كما أنه لا يلزم فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزاة العامة . ومن ناحية أخرى فاستثناء من القاعدة التي تقرر أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التبعية نص المشروع على أن تستوفى المبالغ المستحقة للخزاة العامة من ثمن الاموال المثقلة بها في أي يد (م ١٠٧٣ / ٣) ، ولهذا فبعد أن قررت المادة ١٠٦٥ القاعدة العامة فى أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التبعية ، قالت « وذلك مع مراعاة ما يقضى به القانون فى شأن امتياز المبالغ المستحقة للخزاة العامة » .

الدين فوراً ، وإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء حقه بلا تأمين كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو يوفى الدين فوراً (م ٩٨٨) وإذا هلك محل الامتياز أو تلف وترتب على ذلك تبوت حسق كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة انتقل الامتياز الى هذا الحق (م ٩٨٩) .

وأخيراً عرضت المادة ١٠٦٩ التي تقابل المادة ١٠٣٣ من القانون الحالي ، لانهاء حق الامتياز فنصت على أن « ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضى بها حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي ووفقاً لأحكام مذهب الحنفيين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الاحكام مع طبيعة حق الامتياز ، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك » . وبناء على ذلك ينقضى الامتياز أياً كان محله بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون به ، كما ينقضى الامتياز بصفة أصلية إذا كان محله عقاراً بالاسباب التي ينقضى بها الرهن الرسمي فينقضى إذا تمت اجراءات التطهير وكذلك بإيداع الشئ أو دفعه للدائنين إذا بيع العقار بالمراد العلني . وإذا كان محل الامتياز منقولاً فينقضى بصفة أصلية بالاسباب التي ينقضى بها الرهن الحيازي الوارد على منقول ، بنزول الدائن المرهون عن الامتياز ، وباتحاد الدائماً وبهلاك المحل .

الفصل الثاني

انواع الحقوق الممتازة

بعد أن وضع المشروع الاحكام العامة لحقوق الامتياز ، تناول أنواع الحقوق الممتازة التي تقتضي السياسة التشريعية أن ترد في نصوص المدونة المدنية ، فنص في المادة ١٠٧٥ على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة الى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة » .

وقد قسم المشروع حقوق الامتياز الى قسمين : الاول يشمل حقوق الامتياز العامة أي التي ترد على كل أموال المدين وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وقد وردت النصوص الخاصة بهذا القسم مرتبة وفقاً لمرتبة كمال امتياز . والقسم الثاني يشمل حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار .

الفرع الاول - حقوق الامتياز العامة

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

يأتي في المرتبة الاولى الامتياز الذي قرره المادة ١٠٧١ التي تقابل المادة ١٠٥٥ من القانون الحالي وتوافقها ، للمصرفات القضائية ، والحق الممتاز هو حق من أئق مصروفات قضائية

وفيما يتعلق بمرتبة حقوق الامتياز العامة عندما يسراد استيفاء الحق من عقار من عقارات المدين ، وكذلك مرتبة حقوق الامتياز العقارية الضامنة للمبالغ المستحقة للخزاة العامة ، نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٤ على أنه « وتكون هذه الحقوق الممتازة جميعاً أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقارى آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزاة العامة يتقدم على حقوق الامتياز العامة » .

وحقوق الامتياز الخاصة قد يكون محلها منقولاً وقد يكون عقاراً ، فإذا كان محل الامتياز عقاراً فيأخذ حكم الرهن الرسمي فيما لا يتعارض مع طبيعة الامتياز ، وقد نصت المادة ١٠٦٦ ، التي تقابل المادة ١٠١١ فقرة اولى من القانون الحالي ، على أن « تسرى على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والتبديل وما يترتب على التبديل من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو » وعلى ذلك ، وبالإضافة الى الاحكام المذكورة في النص بنوع خاص ، يسرى على الامتياز الخاص الواقع على عقار ما يسرى على الرهن الرسمي مما يتعلق بمشتملات الرهن (م ٩٧٧) ورهن المأبى القائمة على أرض التبديل (م ٩٧٨) والرهن الصادر من جميع الملاك ... الخ » .

وإذا كانت حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها بحسب الاصل حق التبعية ، فحقوق الامتياز الضامنة للمبالغ المستحقة للخزاة العامة ومنها ما يكون عاماً يرد على جميع أملاك المدين تخول صاحبه سلطة التتبع (م ١٠٧٣/٢) كما أن حقوق الامتياز الخاصة كلها تخول صاحبها سلطة التتبع سواء أكانت مما يجب قيده أم لا . ولكن التبعية قد يصطدم بالنسبة للمنقولات بقاعدة « الحيازة في المنقول سند الحق » بما لها من أثر مسقط ، وهذا ما قرره المادة ١٠٦٧ ، التي تقابل المادة ١٠٥٥ من القانون الحالي ، إذ تنص الفقرة الاولى منها على أن « لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على اعتبار خلوه منه » ثم أوردت الفقرة الثانية تطبيقاً خاصاً بقولها « ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة الى الامتعة التي يأتي بها النزلاء الى فندقه » .

وعرضت المادة ١٠٦٨ التي تقابل المادة ١٠٢٢ من القانون الحالي لآثار هلاك الشيء المحل بالامتياز أو تلفه ، فأحالت على أحكام الرهن الرسمي بقولها « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » . وعلى ذلك إذا هلك محل الامتياز يخطأ المدين كان الدائن صاحب الامتياز بالخيار بين أن يقضى تأميناً كافياً أو يستوفى

خاص بقرار الامتياز ، كما يرجع الى النصوص الخاصة لتحديد ما يرد عليه الامتياز فقد يرد على كل أموال المدين وقد يرد على أموال معينة .

أما مرتبة الامتياز فقد نصت عليها الفقرة الثانية من النص بقولها « وتسنوي هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا يرهن عدا المصروفات القضائية » .

والحكمة من تقرير هذا الامتياز واضحة وهي رعاية المصلحة العامة التي تقضى ضمان تحصيل مستحقات الخزافة العامة حتى لا يتعطل نشاط الدولة .

ويأتي في المرتبة الثالثة امتياز مصروفات حفظ وأصلاخ المنقول ، اذ نصت عليه المادة ١٠٧٣ ، وتقابل المادة ١٠٧٢ من القانون الحالي . والحق الممتاز هو حق من اتفق مصروفات في حفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاخ، والمقصود بالاصلاخ هنا هو منع الهلاك او التلف فلا يشمل الامتياز المصروفات النافعة التي لم تحفظ المنقول بل كان الغرض منها تغييره او تحسينه مثل مصروفات صباغة السيارة الجديدة لمجرد تغيير لونها . وفاضى الموضوع هو الذي يفصل في مسألة التفرقة بين مصروفات الحفظ وغيرها من المصروفات . والمنقول المذكور في النص لا يقتصر على المنقول المادى بل يشمل كذلك المنقولات المعنوية كالديون ، وعلى ذلك تتميز من المصروفات المضمونة بهدا الامتياز اجرة التجار اصلاخ الاثاث واجرة الميكانيكي الذي اصلاخ السيارة ومصروفات اتقاد البضائع من الحرق أو الحريق وما يتفقه الدائن في قطع تقادم دين للمدين على غيره .

ومحل الامتياز هو المنقول الذي تم حفظه كله ، وليس فقط ما ترتب على اتقاق المصروفات من زيادة في قيمته .

أما مرتبة الامتياز فهي الثالثة أي بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزافة العامة . واذ تعددت المصروفات المضمونة بهذا الامتياز فيقدم منها ما اتفق اخيرا على ما اتفق قبله ، ذلك لان من اتفق اخيرا هو الذي افاد من اتفق أولا اذ لولا المصروفات الاخيرة لهلك الشيء ولم يحصل من اتفق اولا على شيء أو لتلف المنقول فنقصت قيمته ، في حين أن من اتفق اخيرا لم يستفد شيئا من المصروفات التي اتفقت أولا .

هذا ونشير الى أن الامتياز قد يصطدم بالامر المسقط لتقاعدة الحيازة في المنقول وان المشروع قد اعتبر كلاما من مؤجر العقار وصاحب القرض حائزا للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة أو في الفندق (المادة ١٠٦٧ من المشروع) .

ثم يأتي في المرتبة الرابعة حقوق الامتياز العامة ، المنصوص عليها في المادة ١٠٧٤ ، التي تقابل المادة ١٠٨ من القانون الحالي . وهذه الحقوق تشمل ثلاث طوائف : أولا المبالغ المستحقة

لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها وتوزيعها . ويقصد بوصف المصروفات بأنها قضائية أن تكون قد أفتت في اجراءات تتم أمام القضاء أو على يد أعوان القضاء ، كمتدوب الاعلان وكتاب الجلسات والخبراء والخسراس القضائية ، ولا يقصد بالحفظ في هذا الخصوص الحفظ المادى من الهلاك أو التلف لان مصروفات هذا الحفظ مضمونة بامتياز آخر متأخر في المرتبة ونصت عليه المادة ١٠٧٣ وانما يقصد الحفظ القانونى تمهيدا لبيع الاموال وتوزيع ثمنها : فيدخل فيها ما يتفق في وضع الاختتام على أموال المدين أو في جرد التركة أو اجراء قسمتها أو في تصفية الشركة أو في دعوى الحراسة أو دعوى ائشار الافلاس وقسى ادارة أموال المفلس وفي الحجوز التحفظية ... الخ ويشترط أن تكون المصروفات قد اتفقت لمصلحة جميع الدائنين الذين يتقدم عليهم الدائن ، فلا يدخل فيها ما اتفق لمصلحة من اتفق وحده مثل مصروفات الدعوى التي يرفعه الدائن للحصول على حكم بحقه . واذ أفتت لمصلحة بعض الدائنين دون البعض فتكون ممتازة بالنسبة لمن افادوا منها فقط ، فنقتات شهر الافلاس مثلا تكون ممتازة في مواجهة الدائنين العاديين دون الدائنين المرتبين لاموال معينة من أموال المدين .

ومحل الامتياز ، كما يتضح من النص ، هو ثمن أموال المدين التي أفتت المصروفات لحفظها ، ولهذا فهو امتياز على منقول ولو كان المال الذي يبيع عقارا .

ويأتي امتياز المصروفات القضائية في المرتبة الاولى فيقدم الدائن على كل حق آخر سواء كان صاحب هذا الحق دائنا عاديا أو كان له تأمين عيني أيا كان هذا التأمين . واذ تعددت المصروفات ، فتكون الاولوية لما أفتق في الحفظ والبيع على تلك التي أفتت في التوزيع . واذ تعددت المصروفات التي أفتت في الحفظ أو البيع فيتساوى الدائنون بها بمعنى أن تستوفى قبل أي حق آخر بنسبة قيمة كل منها ، وكذلك اذا تعددت مصروفات التوزيع فيتساوى الدائنون بها .

هذا والحكمة من تقرير هذا الامتياز ووضعه في المرتبة الاولى هي أن الدائن بالحق الممتاز قد افاد الدائنين الآخرين ، بانفاذه المصروفات ، في استيفاء حقوقهم من الاموال التي أفتت عليها .

ويأتي في المرتبة الثانية امتياز المبالغ المستحقة للخزافة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى ، وقد اشارت المادة ١٠٧٢ التي تقابل المادة ١٠٦ من القانون الحالي ، لهذا الامتياز لتحديد مرتبته . أما الحق الممتاز ومحل الامتياز فيرجع فيها الى النصوص الصادرة في شأن الامتياز ، فلا يكفي أن يثبت حق ما للدولة حتى يكون مضمونا بامتياز بل لا بد من نص

والحق الممتاز هو حق مؤجر المباني أو الاراضي في الاجرة لمدة سنتين أو لمدة الاجبار ان قلت عن ذلك ، وكذلك كل حق آخر يثبت للمؤجر بمقتضى عقد الاجبار كالتعويض الاسدي يستحقه المؤجر عن تلف العين المؤجرة أو استعمالها في غير ما اعدت له أو عن عدم قيام المستأجر بالتزام يفرضه عليه عقد الاجبار كالتزامه بعمل تغييرات أو اصلاحات معينة في العين المؤجرة أو ملحقاتها . أما الحقوق التي تكون للمؤجر قبل المستأجر لسبب آخر غير الاجبار كالتقراض فلا يضمنها الامتياز .

ومحل الامتياز هو ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من منقولات قابلة للحجز ، ومن محصول زراعي . وفيما يتعلق بملكية المنقولات فالامتياز يرد عليها اولا اذا كانت مملوكة للمستأجر ، وثانيا اذا كانت مملوكة لزوجته المستأجر ، وثالثا اذا كانت مملوكة لغيرها ولم يثبت ان المؤجر كان يعلم بذلك وقت وضعها في العين المؤجرة ، أما اذا كان يعلم انها ليست مملوكة للمستأجر أو زوجته فالامتياز لا يشملها . وثبوت حق المؤجر في الامتياز على منقولات الغير عندما يكون حسن النية يجعله في حكم الحائز حسن النية فتسرى احكام استرداد المنقولات المسروقة أو الضائعة . واربعا ، اذا كانت المنقولات والمحصولات مملوكة لمستأجر من الباطن فالامتياز المؤجر يرد عليها اذا كان قد اشترط صراحة على المستأجر عدم التأجير من الباطن . فاذا لم يكن المؤجر قد اشترط ذلك فلا يثبت له الامتياز على منقولات المستأجر من الباطن الا لضمنا المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الاصلى في ذمة المستأجر من الباطن وقت ان يندره المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصيلي .

وواضح من النص انه يشترط ثبوت الامتياز أن تكون المنقولات أو المحصولات الزراعية موجودة في العين . فاذا وجدت بالعين وبالتالي ثبت عليها الامتياز فما اثر قلها ؟ اذا نقلت المنقولات أو المحصولات أو بعضها بعلم المؤجر ودون معارضة منه انقضى حق الامتياز بالنسبة لما نقل ، وكذلك ينقض الامتياز بالنسبة لما نقل اذا كان ما بقي في العين المؤجرة يكفي للوفاء بالحقوق المتأخرة . أما اذا نقلت على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ، ولم يبق في العين ما يكفي لضمنا الحقوق المتأخرة ، فيبقى الامتياز قائما دون أن يضر هذا بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه المنقولات اي الا اذا اصطدم قيام الامتياز بالامر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول . وتأتي مرتبة الامتياز بعد الحقوق السابقة ، أي في المرتبة الخامسة . واذا تعددت المرصوفات التي يتضمنها الامتياز فتكون لها جميعا مرتبة واحدة تستوفي بنسبة كل حق منها . ثم يأتي في المرتبة السادسة امتيازان ، الاول هو امتياز المؤجر ، الذي نصت عليه المادة ١٠٧٦ التي تقابل المادة ١١٠ من القانون الحالي .

للإجراء من خدم وعمال وغيرهم من اجرهم ومرتباتهم من أي نوع كان . ثانيا ، المبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولم يعوله من ماكل ومليين ودواء . ثالثا ، النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب فقتهم عليه . وتشترك الحقوق المتأخرة بطوائفها الثلاث ، في شرط واحد وهو انها تقتصر على ما هو مستحق منها في سنة الشهور الاخيرة أي السابقة مباشرة لتاريخ الحادث الذي أدى الى تصفية أموال المدين كالوفاة أو شهر الافلاس ، فان لم يقع ما يستدعي تصفية كل أموال المدين واراد صاحب الحق استعمال امتيازهم عند بيع مال من أموال المدين فيكون المقصود هو سنة الشهور السابقة على الحجز على هذا المال .

أما محل الامتياز فهو جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وقد رأينا من قبل أن هذه الحقوق لا يلزم فيها القيد ولو وردت على عقار كما أنه لا يترتب عليها حق التسرع (المادتان ١٠٦٤ و ١٠٦٥) .

وتأتي هذه الامتيازات في المرتبة الرابعة بعد حقوق الامتياز السابقة . والدائن الذي يتمتع بامتياز من هذه الامتيازات يتقدم في استيفاء حقه المضمون من عقار أو عقارات المدين على كل دانه له حق عيني مقيد على العقار أي كان تاريخ القيد فيتقدم على جميع المرتهين واصحاب حقوق الامتياز الخاصة العقارية ، ولكنها متأخر عن المبالغ المستحقة للخرافة العامة . واذا تعددت حقوق الامتياز العامة فقيمها بينها تستوفي بنسبة كل منها .

ثم يأتي في المرتبة الخامسة امتياز مرصوفات الزراعة (م ١٠٧٥) وفيه نجد الحق الممتاز هو ما صرف في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات وما صرف في أعمال الزراعة والحصاد مثل اجرة الادوات والآلات التي استخدمت في هذه الاعمال .

ومحل الامتياز هو المحصول الذي صرفت المرصوفات في انتاجه أي كانت المدة التي اقتضاها انتاج المحصول ، سنة أو أقل أو أكثر . واذا كانت المرصوفات قد انفتحت في انتاج أكثر من محصول ، فيرد الامتياز على كل محصول بنسبة ما خصه من هذه المرصوفات . ويرد هذا الامتياز على محصول الارض سواء كان المدين بالمرصوفات هو مالك المحصول أم كان غير المالك ، وسواء بقي المحصول في الارض أو نقل منها الا اذا اصطدم بالامر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول .

وتأتي مرتبة الامتياز بعد الحقوق السابقة ، أي في المرتبة الخامسة . واذا تعددت المرصوفات التي يتضمنها الامتياز فتكون لها جميعا مرتبة واحدة تستوفي بنسبة كل حق منها . ثم يأتي في المرتبة السادسة امتيازان ، الاول هو امتياز المؤجر ، الذي نصت عليه المادة ١٠٧٦ التي تقابل المادة ١١٠ من القانون الحالي .

من ١٠٧١ الى ١٠٧٥ . ولكن اذا كان المنقول الموجود فى الفندق محملا بحق امتياز متقدم ، كامتياز الحفظ مثلا ، فصاحب الفندق يعتبر حائزا وفقا لنص المادة ١٠٦٧ فلا يصح عليه بالامتياز المتقدم الا اذا كان يعلم بوجوده وقت وضع المنقول فى الفندق . واذا تراحم صاحب امتياز الفندق وصاحب امتياز المؤجر - وهما فى مرتبة واحدة - قدم الحق الاسبق فى التاريخ ما لم يكن غير نافذ بالنسبة لصاحب الحق الآخر .

وعلى ذلك اذا نقل المنقول من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم معارضته ووضع فى الفندق فيكون امتياز المؤجر أسبق فى التاريخ فيقدم على امتياز صاحب الفندق ، اذا ثبت أن صاحب الفندق كان يعلم بامتياز المؤجر ، فإذا لم يثبت ذلك اعتبر صاحب الفندق حائزا حسن النية للمنقول فلا يحتاج ذلك بامتياز المؤجر . ومثل هذا يقال فى الصورة العكسية اي اذا نقل المنقول من الفندق دون علم صاحب الفندق أو رغم معارضته ووضع فى العين المؤجرة .

وفى المرتبة السابعة يأتي امتياز بائع المنقول ، الذى نصت عليه المادة ١٠٧٨ ، التى تقابل المادة ١١٢ من القانون الحالى .

والحق الممتاز هو حق بائع المنقول فى الشئ كله أو ما بقى منه فى ذمة المشتري وملحقات هذا الشئ مثل مشغل فئات المطالبة به . ويستوى أن يكون الشئ مؤجلا أو غير مؤجل فهو فى الحالى مضمون بالامتياز ما دام المشتري لم يدفعه . أما الحقوق الأخرى ، غير الشئ وملحقاته ، التى تثبت للبائع ينقضى عقد البيع كالتعويضات التى يستحقها البائع لاختلال المشتري بالتزام من التزاماته فلا يضمنها الامتياز سواء كان التمويش قضائيا أو اتفاقيا .

وأما محل الامتياز فهو المنقول المبيع ذاته ، ويبقى المنقول محملا بالامتياز ما دام محتفظا بذاتيته ، فاذا قد ذاتيته كما لو استخدم المنقول فى بناء عقار فأصبح عقارا بطبيعته كالأحجار والأخشاب فيزول حق الامتياز . ويبقى الامتياز قائما على المنقول المبيع ولو تصرف فيه المشتري أو نشأ عليه للغير حق آخر ، الا اذا اصطدم بحق حائز حسن النية ، فاذا كان الغير الذى اشترى المنقول أو ارثته رهنا حيازا قد تسلمه وهو حسن النية أي جاهلا بامتياز البائع فلا يحتاج بحق الامتياز عليه .

وتأتى مرتبة امتياز البائع تالية لحقوق الامتياز السابقة ، الا أنه يتقدم على امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق اذا ثبت انها كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

ويأتى فى نفس مرتبة امتياز بائع المنقول ، وهى المرتبة السابعة امتياز المتقاسم فى المنقول الذى نصت عليه المادة ١٠٧٩ التى تقابل المادة ١١٣ من القانون الحالى .

قلها اذا وقع المؤجر عليها حجرا استحقاقيا فى الميعاد القانوني . ومع ذلك اذا بيعت هذه الاموال الى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، وجب على المؤجر أن يرد الشئ الى ذلك المشتري » .

ويأتى فى المرتبة السادسة أيضا امتياز صاحب الفندق ، الذى نصت عليه المادة ١٠٧٧ التى تقابل المادة ١١١ من القانون الحالى .

والحق الممتاز هو ما يستحقه صاحب الفندق فى ذمة النزيل عن اجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه . فيجب أولا أن تكون يصدد صاحب فندق ويقصد به المكان الذى يعد لتقديم المأوى وما يقتضيه من خدمات سواء كان يقدم الطعام اصحاب المطاعم والمقاهى الذين لا يقدمون المأوى ويثبت الامتياز لصاحب الفندق سواء كان النزيل من أهل البلد أو من بلد آخر . ويضمن الامتياز اجرة الاقامة وثمن الطعام والشراب والخدمات التى يقدمها الفندق للنزيل ومن معه كأفراد أسرته وخدمته مثل اجرة غسل الملابس واجرة جراج السيارة الملحق بالفندق ، كما يشمل ما دفعه صاحب الفندق لحساب النزيل عندما كلفه بذلك كاجرة التاكسى أو شراء بعض الاشياء التى طلبها النزيل . ويتضمن الامتياز على ضمان ما يستحقه صاحب الفندق عن آخر مرة نزل فيها النزيل فى الفندق ، فاذا فرض أن ترك النزيل الفندق مدينا بشئ . مما ذكر ثم عاد مرة اخرى فلا يكون لصاحب الفندق حق امتياز على ما يحضره هذه المرة من ائتمة لضمان المبالغ السابقة .

أما محل الامتياز فهو الامتعة التى أتى بها النزيل الى الفندق أو ملحقاته ، سواء أتى بها الى الفندق عند حضوره أو أتى بها خلال الفترة التى أقام فيها بالفندق ، وسواء أتى بها النزيل بنفسه أو بواسطة احد تابعيه . فيشمل محل الامتياز الملابس والمجوهرات والنقود والسيارة والبضائع التى يشتريها النزيل ويحضرها الى الفندق أو احد ملحقاته كالمخازن . والاصل أن الامتياز يرد على هذه الاشياء اذا كانت مملوكة للنزيل أو

أحد تابعيه ، ولكن صاحب الفندق يعتبر حائزا حسن النية فلا يحتاج عليه بحق الغير اذا كان لا يعلم وقت ادخال الاشياء فى الفندق بحق الغير ، وحسن النية مفترض السى أن يثبت العكس . ولكن اذا كانت الامتعة مسروقة أو ضائعة فلما لكها أن يستردها من صاحب الفندق وفقا للقاعدة العامة فى هذا الشأن . واذا نقلت الامتعة رغم معارضة صاحب الفندق أو دون علم فيسرى هنا ما ذكر فى شأن امتياز المؤجر الوارد فى المادة السابقة .

ومرتبة هذا الامتياز هى المرتبة السادسة اي نفس مرتبة امتياز المؤجر اي بعد حقوق الامتياز المنصوص عليها فى المواد

أن يقيد حتى يحتاج به على الغير ، كما هي الحال بالنسبة للرهن الرسمى ، وتكون مرتبته من وقت القيد .

وتقرر المادة ١٠٨١ التي تقابل المادة ١٦٥ من القانون

الحالى ، امتياز المقاولين والمهندسين . والنقطة التى هو ما

يثبت للمقاولين والمهندسين الدين عهد اليهم فى تشييد ابنىة

او منشآت اخرى أو فى اعادة تشييدها او فى ترميمها او فى

صيانتها . فيجب أولا ان يكون صاحب الحق مقاولا او

مهندسا . واذا كان القانون الحالى ، متأثرا بالقانون المصرى ،

يفسر الامتياز على المهندسين المعماريين دون غيرهم ممن

المهندسين ، فلم ير المشروع ما يبرر ذلك خاصة والمباني

والمنشآت فى الوقت الحاضر تقتضى أعمالا من مهندسين من

تخصصات مختلفة ، مدنيين وكهربائيين وغير ذلك . ويجب ان

يكون المهندس أو المقاول قد عهد اليه بالعمل الذى يطالب

بالمبالغ المستحقة عنه ، فاذا قام بالعمل من تلقاء نفسه فلا يتمتع

بهذا الامتياز . ولكن لا يشترط ان يكون مالك العقار هو

الذى عهد الى المقاول أو المهندس بالعمل فيثبت الامتياز ولو

كان مستاجر العقار أو حازنه هو الذى عهد الى المقاول أو

المهندس بالعمل .

أما محل الامتياز فهو المباني أو المنشآت الاخرى التى

شيئت أو رمت أو أجرى فيها عمل من أعمال الصيانة ، لاق

قيمتها كلها ولكن بقدر ما ترتب على عمل المقاول أو المهندس

من زيادة فى قيمة العقار وقت بيعه . فاذا كان المقاول متلاقدا

أمام مبنى على أرض فضاء فلا يكون له امتياز على كل قيمة

الأرض وما عليها ولكن على الفرق بين قيمة الأرض وحدها

وقيمتها بما عليها من مبنى .

وهذا الامتياز يجب أن يقيد ، وتكون مرتبته من وقت

القيد . لكن يلاحظ أن المادة ٩٧٧ من المشروع عندما قررت أن

الرهن يشمل جميع التحسينات والانشاءات التى أجريت فى

العقار المرهون قالت « مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة

للمقاولين أو المهندسين فاذا رهن المقاول ثم قيد وبعد ذلك قام

المقاول أو المهندس بسا عهد اليه من أعمال فى هذا العقار ثم

قيد الامتياز ، ويعتقد امتياز المقاول أو المهندس رغم تأخر

قيده على قيد الرهن » .

وأخيرا نصت المادة ١٠٨٢ التى تقابل المادة ١١٦ من

القانون الحالى ، على امتياز متقاسم العقار الذى يضمن

والحق الممتاز هو حق كل متقاسم للمقول فى الرجوع

على غيره من المتقاسمين بسبب القسمة ، سواء كانت اتفاقية

أو قضائية ، وسواء كانت قسمة عينية أو بطريق التصفية أى

عن طريق بيع المضمون لتوزيع الثمن . والحقوق التى تثبت

للمتقاسم بسبب القسمة هى ، أولا : معدل القسمة أى الفرق

بين قيمة الحصص الذى تقرر دفعه الى المتقاسم الذى اختص

بأقل من نصيبه عينا . وثانيا : ما يستحقه المتقاسم من ثمن

المقول الذى بيع لعدم امكان قسمته عينا اذا كان البيع لاحد

الشركاء . وثالثا : ما يستحقه المتقاسم من تعويض اذا ما

استحق شئ مما آل اليه فى القسمة على أساس الالتزام

بالضمان .

ومحل الامتياز هو المقول أو المقولات التى وقعت فى

نصيب المتقاسم الذى يكون مدينا بالحق المضمون بالامتياز .

فاذا كان الحق هو معدل القسمة ورد الامتياز على ما وقع من

مقولات فى نصيب من يلتزم بالمعدل . واذا كان الحق الممتاز

هو ما يخص أحد المتقاسمين من ثمن المقول الذى اشتراه

غيره من المتقاسمين ورد الامتياز على هذا المقول . واذا كان

الحق الممتاز هو التعويض بسبب الاستحقاق ورد الامتياز

على جميع المقولات التى اختص بها غيره من الشركاء كل بقدر

ما يلتزم به من التعويض .

وأما مرتبة هذا الامتياز فهى المرتبة السابعة وهى نفس

مرتبة امتياز بائع المقول ، فاذا تراحم الحقان قدم الاسبق فى

التاريخ .

الفرع الثانى - حقوق الامتياز

الخاصة الواقعة على عقار

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار هى التى يكون

محل الامتياز فيها عقارا أو عقارات معينة (م ١٠٦٣ من

المشروع) وقد سبق أن نص المشروع على أن تسرى عليها

أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة

هذه الحقوق (م ١٠٦٦) ، كما سبقت الإشارة الى أن ما يكون

منها ضمانا لمبالغ مستحقة للخزانة العامة لا يلزم قيدهومسح

ذلك فهو يخول حق التمتع (م ١٠٦٤) .

وقد نص المشروع على امتياز بائع العقار ، وامتياز

المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين ، وامتياز المتقاسم فى

عقار .

فقررت المادة ١٠٨٠ التى تقابل المادة ١١٤ من القانون

العقارى ، امتياز بائع العقار رهنا الامتياز ويشتمل

ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، على نحو ما سبق

ذكره بالنسبة لامتياز بائع المقول . ويرد الامتياز على العقار

المبيع . ونظرا الى أن الامتياز خاص ويرد على عقار فيجب

القيسد .